

UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTENOR ORREGO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“LA FILIACIÓN DEL ADULTO CONCEBIDO
MEDIANTE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL
HETERÓLOGA EN EL DERECHO FAMILIAR
PERUANO”**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR : Br. MERCEDES ELISABETH REYNA CASTRO

ASESOR: Abg. FRANCISCO JAVIER MAURICIO JUÁREZ



**TRUJILLO – PERÚ
2015**

UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTENOR ORREGO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“LA FILIACIÓN DEL ADULTO CONCEBIDO
MEDIANTE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL
HETERÓLOGA EN EL DERECHO FAMILIAR
PERUANO”**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR: Br. MERCEDES ELISABETH REYNA CASTRO

ASESOR: Abg. FRANCISCO JAVIER MAURICIO JUÁREZ

TRUJILLO – PERÚ.

2015

PRESENTACIÓN

SEÑORES DOCTORES MIEMBROS DEL JURADO:

Dando cumplimiento a uno de los requisitos exigidos por el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Privada “Antenor Orrego”, ponemos su disposición la tesina titulada:

**“LA FILIACIÓN DEL ADULTO CONCEBIDO
MEDIANTE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL
HETERÓLOGA EN EL DERECHO FAMILIAR
PERUANO”**

Esperando cumplir con los objetivos propuestos, sometemos la presente tesina a su evaluación y ponderación respectiva, esperando que la misma pueda ser aprobada.

Trujillo, Noviembre del 2015.

MERCEDES ELISABETH REYNA CASTRO
Bachiller en Derecho

AGRADECIMIENTO

A mi familia, por su comprensión y estímulo constante, además de su apoyo incondicional a lo largo de mis estudios.

A todas las personas que de una u otra manera me apoyaron en la realización de este trabajo.

DEDICATORIA

A Dios, por darme la fortaleza para vencer cualquier obstáculo.

A mis queridos padres, Mario y Ana por la semilla de superación que han sembrado en mí.

A mi abuelita por su amor incondicional.

A Joseph por darme ánimos en todo momento.

RESUMEN

El interés por abordar la presente investigación, titulada **“La filiación del adulto concebido mediante inseminación artificial heteróloga en el derecho familiar peruano”**, radica en la necesidad de determinar si el estado necesita regular este problema jurídico que nace desde el momento que una persona adulta desea encontrar su verdadera identidad biológica y ve su derecho limitado pues existe un vacío legal acerca del tema de filiación en casos de inseminación artificial heteróloga lo cual genera que no exista una clara perspectiva sobre cuál sería la adecuada decisión por parte de los magistrados, que vulneraría derechos fundamentales.

La identidad es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo.

Creemos que la importancia de la presente investigación radica en la posibilidad de determinar si el estado debe legislar el vacío legal que existe sobre el tema de filiación en los casos de los adultos nacidos por inseminación artificial heteróloga, pues al tener mayoría de edad, pueden ejercer sus derechos de una manera más amplia, y tienen plena conciencia del deseo de querer conocer su origen biológico, asumiendo las consecuencias que se derivarían de esta decisión.

ABSTRACT

The interest in addressing this research , entitled " Adult affiliation conceived through artificial insemination heterologous in the Peruvian family law " is the need to determine whether the state needs to regulate this legal issue that arises from an individual adult , you want to find their true biological identity , see your limited right because there is a legal vacuum on the issue of parentage in cases of artificial insemination heterologous this triggers the lack of a clear perspective on what would be the right decision from the judges , which threatening breach of fundamental rights .

The identity is a human right which includes correlated rights: the right to a name, to know their own history subsidiary, the recognition of legal personality and nationality. Like all human rights, the right to identity is derived from the inherent dignity of the human being, which is why it belongs to all people without discrimination, the State being obliged to guarantee, through the execution of all the means disposal to make it effective.

We believe that the importance of this research lies in the possibility of determining whether the state should legislate the legal gap on the issue of parentage in cases of adults born by artificial insemination heterologous, and although my research is directed toward the adults is because having come of age, can exercise their rights more broadly, and are fully aware of the desire to know their biological origin, assuming the consequences that would result from this decision.

TABLA DE CONTENIDO

CARATAULA	
CONTRA CARATULA	
PRESENTACIÓN	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
DEDICATORIA.....	v
RESUMEN.....	vi
ABSTRACT	vii
TABLA DE CONTENIDO	viii
PROBLEMÁTICA DE INVESTIGACIÓN.	1
1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	2
2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.	4
3. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	6
4. HIPÓTESIS DE INVESTIGACION.....	7
5. VARIABLE DE INVESTIGACION.....	7
6. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLE.....	8
7. OBJETIVOS.....	9
7.1 General.	9
7.2. Específicos.....	9
8. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	9
8.1. CONVENIENCIA.....	9
8.2. RELEVANCIA SOCIAL.	10
8.3. IMPLICANCIA PRÁCTICA.....	10
8.4. VALOR TEÓRICO.	10
DESARROLLO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN	11
SUBCAPÍTULO I.....	12
MARCO HISTORICO Y CONTEXTUAL	12
SUBCAPÍTULO II.....	15

MARCO NORMATIVO	15
1. EN EL PERÚ.....	16
2. EN ARGENTINA	18
3. EN COSTA RICA.	19
4. ESPAÑA	20
5. EN INGLATERRA.	23
MARCO TEÓRICO.....	25
TÍTULO I.....	26
DERECHO DE FAMILIA	26
1.1. NATURALEZA JURÍDICA.....	26
1.2. DEFINICIÓN.....	26
1.3. OBJETIVO.	28
1.4. CONTENIDO.....	28
1.5. FINALIDAD.	29
1.6. PARENTESCO.....	29
1.6.1. ETIMOLOGÍA.	29
1.6.2. NATURALEZA JURÍDICA.....	30
1.6.3. CARACTERÍSTICAS.	31
1.6.4. CLASES.....	33
1.7. FAMILIA.....	36
1.7.1. CONCEPTO.....	36
1.7.2. IMPORTANCIA.....	38
1.7.3. FUNCIONES.....	38
TÍTULO II.....	40
LA FILIACIÓN.....	40
2.1 CONCEPTO:	40
2.2 CLASES.....	41
2.3 FILIACIÓN MATRIMONIAL.....	42
2.3.1 LA DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL.	42

2.4 FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL	45
2.4.1 INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD	45
TÍTULO III	47
LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	47
3.1 ANTECEDENTES	47
3.2 LINEAMIENTOS GENERALES	48
3.3 CONCEPTUALIZACIÓN	49
3.4 CLASIFICACIÓN	50
3.4.1 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	50
3.4.2 FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA	53
TÍTULO IV	57
ASPECTOS ÉTICO MORALES EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	57
4.1 NOCIONES GENERALES	57
4.2 BIOÉTICA	59
4.2.1 ETIMOLOGÍA Y DEFINICIÓN	59
4.2.2 LOS PRINCIPIOS	60
3.4 RELIGIÓN Y BIOÉTICA	66
4.4 LOS VALORES Y LAS OBLIGACIONES MORALES EN LAS TERAS	67
TÍTULO V	69
EL CONTEXTO LEGAL DE LA CONCEPCIÓN POR INSEMINACIÓN ARTIFICIAL ASISTIDA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y NACIONAL	69
5.1 EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	69
5.1.1 EN ESPAÑA	69
5.1.2 EN INGLATERRA	71
5.1.3 EN ARGENTINA	71
5.1.4 EN COSTA RICA	73
5.2 EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL	74
5.2.1 Derecho de Familia	75
5.2.2 Código Penal	76

5.2.3 Ley General de Salud.....	76
5.3 La Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos	77
5.4 Los derechos clásicos y los nuevos derechos de la persona	79
5.5 AVANCE CIENTÍFICO EN CONTRAPOSICIÓN AL DERECHO.....	81
TÍTULO VI	82
PROBLEMÁTICA ORIGINADA POR LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN MATERIA DE FILIACIÓN.....	82
6.1 Nueva forma de determinar la filiación en el Código Civil.....	82
6.2 Inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del esposo	82
6.3 Inseminación de mujer sola	83
6.4 La información sobre el origen biológico como Derecho Fundamental	84
6.5 El anonimato del donante	86
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	89
1. TIPO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA.	90
2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN.	90
3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.	90
4. MATERIAL DE INVESTIGACIÓN.	91
4.1 Legislación.....	91
4.1.1 Nacional.....	91
4.1.2 Internacional.....	91
4.2 Doctrina.	91
4.2.1 Internacional.....	91
4.2.2 Nacional.	91
4.3 Jurisprudencia.....	91
4.3.1 De la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.	91
4.3.2 De la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia	92
5 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.	92
5.1 Métodos generales.....	92

5.1.1	Análisis:	92
5.1.2	Síntesis:	92
5.1.3	Inducción:	92
5.1.4	Deducción:.....	92
5.2	Métodos específicos.....	93
5.2.1	Exegético:	93
5.2.2	Dogmático:	93
5.2.3	Derecho comparado:.....	93
6	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.....	94
6.1	De recolección	94
6.1.1	Técnica del Fotocopiado	94
6.1.2	Técnica del Internet.....	94
6.1.3	Técnica de recopilación documental	94
6.1.4	Técnica del Escaneo	94
	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	95
	CONCLUSIONES.....	96
	RECOMENDACIONES.....	98
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	99
	ANEXOS	102

CAPÍTULO I.

PROBLEMÁTICA DE INVESTIGACIÓN.

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

El derecho de filiación del adulto concebido mediante inseminación artificial heteróloga, será abordado desde la perspectiva del Derecho de Familia en lo relacionado al derecho que le asiste al concebido por asistencia genética en contraposición a su real derecho a la verdad biológica, en el contexto normativo peruano.

Este grave problema se advierte actualmente en nuestro país, máxime si desde hace más de quince (18) años se han comenzado a emplear las técnicas de inseminación artificial asistida a parejas que no pueden concebir en forma natural, así como la toma de decisión de la mujer de acceder a la maternidad sin intervención de una pareja, hoy existe plena conciencia no solo a nivel de organizaciones de derecho familia y de derechos humanos; sino incluso del propio Estado, pues el tema materia de estudio tiene una directa repercusión en la vulneración de diversos derechos fundamentales contra la familia, principalmente el derecho a la verdad biológica que le asistiría al concebido mayor de edad, dentro del contexto propio de la filiación, como es en el caso de los concebidos por inseminación artificial asistida heteróloga.

Uno de los principales complicaciones que genera el uso de estas técnicas, sería la imposibilidad que una persona mayor de edad que desee conocer su origen biológico vea limitado su derecho, pues no puede acceder a la información por decisión unilateral de la madre o por negativa de la clínica de fertilidad, lo que contravendría a su real derecho a conocer su origen biológico, el cual es descrito por Gafo Román, como “un derecho fundamental de la persona, que aunque no esté explícitamente individualizado en la constitución, tiene holgada cabida en nuestra norma fundamental <<la dignidad de la

persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de su personalidad ... son fundamento del orden político y de la paz social>> (GAFO ROMÁN, 2013), además de generar una distinción en el derecho de filiación entre las personas que nacen de manera natural con las personas que fueron concebidas por inseminación artificial heteróloga.

El Artículo 373 del Código Civil indica que “el hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos”. Lo cual significa que un adulto que nació por inseminación artificial heteróloga puede pedir se declare su filiación, pero al no tener conocimiento de quien es su padre, ¿cómo podría pedir se declare su filiación? Pues las clínicas que utilizan estas técnicas aseguran a los donadores total confidencialidad por lo que no les podrían revelar su nombre, esto generaría que se vulnera su derecho a conocer su real filiación, sin un sustento mínimo lo cual pone en peligro derechos fundamentales.

Por otro lado, la búsqueda de su origen, podría causar repercusión en el derecho a la intimidad del donante, pues en las clínicas de fertilidad aseguran su anonimato, y es con esas disposiciones que tanto el donador y la madre se comprometen, que se lleva a cabo este tipo de reproducción asistida; Porque si no existieran este tipo de acuerdos y se permitiera conocer la identidad del donante se reduciría considerablemente el número de donantes y afectaría la técnica de reproducción heteróloga que cada año se desarrolla más en nuestro país.

Es por ello, que el derecho debe ir a la par de los avances científicos, y así poder dictar leyes que sean el reflejo de la realidad de una sociedad, pues

como sabemos este se encarga de regular las conductas entre personas y las etapas de la vida humana, además de normativizar sus conductas con sus instituciones internas y externas creados por el hombre, para la creación de condiciones de vida satisfactoria en un espacio y un tiempo determinado.

Porque al interponerse la demanda de filiación, cuál sería la decisión del juez, si no existe normas que regulen este tipos de caso. ¿Cuál es el derecho que debería primar? ¿el derecho del adulto concebido por inseminación artificial heteróloga de que se declare su filiación? O ¿el derecho del donador de no vulnerar intimidad? El cual está ligado con el derecho fundamental del secreto profesional.

En consecuencia, al ver que cada vez se está utilizando más las técnicas de inseminación artificial, se requiere que éstas queden reguladas, más aun cuando existen derechos fundamentales que podrían vulnerarse, por ejemplo su derecho a la verdadera identidad biológica.

2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

- Mendoza Paredes, Irma Elizabeth (2009) realizó la investigación titulada:

“AFECTACIÓN AL DERECHO DE IDENTIDAD DEL CONCEBIDO CON EL USO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ” en la Universidad Privada Antenor Orrego, en la que concluye que:

- *“Existen posturas marcadas por los órganos jurisdiccionales en las que, afectando el derecho a la identidad biológica que ampara a todos los menores, aplican el artículo 361° y 396° del Código Civil, declarando así infundadas las demandas cuando los recurrentes buscan que el menor sea reconocido por el padre biológico”*

- Ramírez Núñez, Paola Janet (2012) realizó la investigación titulada:
“RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL DE LA MUJER CASADA Y LA TRANSGRESIÓN A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA DEL MENOR EMERGENTE DEL ARTÍCULO 396° DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO” en la Universidad privada Antenor Orrego, en la que concluye que:
 - *“El Derecho de Identidad del Hijo Biológico y de la Madre Natural se lograría mediante la Acción de Impugnación de Paternidad modificando el Artículo 367° del Código Civil.”*

- Chávez García, Hilda Rosa (2001) realizó la investigación titulada *“LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA Y EL TRASTROCAMIENTO DE LAS RELACIONES PATERO-FILIALES EN EL CÓDIGO CIVIL”*. en la Universidad Nacional de Trujillo, en la que concluyo que:
 - *“La inseminación artificial heteróloga, trastoca de manera significativa las relaciones paterno-filiales prescritas en el libro III del Código Civil vigente. Es necesario que se dicte una ley especial de las TERAS, que regule el desarrollo y la aplicación de estos procedimientos genéticos.”*

- Luján Espinoza, Gladys Margarita (2005) realizó la investigación titulada *“INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y EL DERECHO DE FAMILIA PERUANO”* en la Universidad Nacional de Trujillo, en la que concluyó:
 - *“Es necesaria una modificación urgente del artículo 7 de la ley de salud, restringiendo el uso de las técnicas de reproducción asistida a*

matrimonios y prohibiendo la intervención de cedente de material genético, en atención al interés superior del niño y el de la sociedad.”

- Merino Espejo, Carmen Lucia (2007) realizó la investigación TITULADA “ASPECTOS DE UNA LEY EFICAZ SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUAMÁN ASISTIDA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL” en la Universidad Nacional de Trujillo, en la que concluyo que:
 - *“La inseminación artificial heteróloga en el Perú trastoca los principios tradicionales del Derecho de Familia, careciendo de validez la presunción páter is.”*

- Gonzales Pérez, Maricela del Rosario (2012) REALIZÓ LA INVESTIGACIÓN TITULADA “LA VERDAD BIOLÓGICA EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN” España. en la Universidad de Medellín, en la que concluyo que:
 - *“la legislación española sobre reproducción asistida se ha dictado al margen del hijo como sujeto principal digno de protección, lo que está determinando su aplicación y desarrollo”.*

3. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

¿ES NECESARIO REGULAR EL DERECHO DE FILIACIÓN DEL ADULTO CONCEBIDO POR INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN EL DERECHO FAMILIAR PERUANO?

4. HIPÓTESIS DE INVESTIGACION.

EL DERECHO LA FILIACIÓN DEL ADULTO CONCEBIDO POR INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA SI DEBE SER REGULADO EN EL DERECHO FAMILIAR PERUANO PARA EVITAR LA VULNERACIÓN DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES.

5. VARIABLE DE INVESTIGACION.

EL DERECHO DE FILIACIÓN DEL ADULTO CONCEBIDO POR INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.

6. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLE.

CUADRO N° 1

OPERACIONALIZACION DE VARIABLE

VARIABLE	INDICADORES	SUB-INDICADORES
<p>EL DERECHO DE FILIACIÓN DEL ADULTO CONCEBIDO POR INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÒLOGA.</p>	<p>FILIACION</p> <p>INSEMINACIÒN ARTIFICIAL</p>	
		Matrimonial
		Extramatrimonial
		Homologa
		Heteròloga
		Inseminación artificial heteròloga sin consentimiento del esposo.
		Inseminación de mujer sola.
		La información sobre el origen biológico como Derecho Fundamental de la Persona.
El anonimato del donante.		

7. OBJETIVOS.

7.1. General.

- Determinar los fundamentos jurídicos y fácticos para regular el derecho del adulto concebido por inseminación artificial heteróloga a conocer su verdadera identidad en el Perú.

7.2. Específicos.

- Determinar en qué consiste el derecho a la identidad del adulto concebido por inseminación artificial asistida, estableciendo en qué cuerpo normativos se sustentaran sus derechos.
- Determinar el origen y la evolución de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro Heteróloga a la luz de la doctrina, y la legislación comparada.
- Analizar la utilización de la Inseminación Artificial y su repercusión jurídica en el Derecho de Familia.
- Comparar las legislaciones de Perú, Costa Rica, argentina, España, e Inglaterra. sobre la filiación en los casos de inseminación artificial heteróloga.

8. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

8.1. CONVENIENCIA.

La presente investigación sirve para dar a conocer de qué manera se estaría afectando el derecho a conocer su verdadera identidad biológica del adulto concebido por inseminación artificial heteróloga, y como otras legislación han regulado este tema.

8.2. RELEVANCIA SOCIAL.

La presente investigación reviste de relevancia social, pues en los últimos tiempos la forma de concepción ha sufrido vertiginosos cambios, uno de los cambios es el referido a la inseminación artificial heteróloga la cual genera problemas legales porque vulnera derechos fundamentales; esto supone que existen personas que no tienen padre porque la madre de manera unilateral se irrogó ese derecho.

8.3. IMPLICANCIA PRÁCTICA.

La presente investigación está orientada hacia la necesidad de protección derecho a la identidad por filiación del adulto concebido por inseminación artificial heteróloga, siendo éste un derecho inherente y fundamental para su desarrollo e integridad, de igual manera se efectuara una comparación con las legislaciones de Argentina, Costa Rica, España e Inglaterra, para establecer de qué manera se reguló el presente tema.

8.4. VALOR TEÓRICO.

La presente investigación desarrollará un marco teórico que permita integrar los fundamentos jurídicos que protegen el derecho a la identidad biológica del adulto concebido por inseminación artificial Heteròloga, haciendo un análisis con las legislaciones de Argentina, Costa Rica, España e Inglaterra, a fin de concientizar tanto a nuestros legisladores como a nuestra sociedad, de la necesidad de ir mejorando nuestro ordenamiento jurídico sobre este tema y facilitar a la población el acceso a la justicia.

CAPÍTULO II

DESARROLLO TEÓRICO

LA INVESTIGACIÓN

SUBCAPÍTULO I

MARCO HISTORICO Y CONTEXTUAL

La familia es la célula básica del tejido social, núcleo esencial de la vida en sociedad, base de la sociedad y núcleo básico del sistema; en otras palabras, la familia es el núcleo esencial de la sociedad. En ese sentido, tenemos entonces que de todas las instituciones, públicas o privadas, la familia es la que reviste mayor significación representando el núcleo fundamental, la base más sólida en la que reposa toda la organización social; siendo así, se debe tomar en cuenta los cambios por los que atraviesa actualmente las familias tradicionales como por ejemplo: la existencia de personas concebidas a través de la inseminación artificial asistida; debiéndose normar y comprender en los sistemas jurídicos formulados no solo a partir del derecho de familia propiamente, sino también a la luz del derecho constitucional y los principios de derechos humanos que lo albergan (VARSI ROSPIGLIOSI, 2013).

Para tener un mejor panorama sobre el tema, debemos tener en cuenta que en nuestro país, la norma que permite recurrir a las técnicas de inseminación artificial asistida, existe desde el año 1997 con la promulgación de la ley general de salud, es así que hace 18 años se vienen naciendo niños a través de estas técnicas, teniendo un promedio de nacimiento de dos mil niños al año.

Esto ha generado diversos problemas jurídicos, como es el tema del derecho de filiación del adulto concebido por inseminación artificial heterloga, pues no existe más norma que la ley general de salud antes mencionada, para regular los derechos y obligaciones que se derivan a partir del masivo nacimiento de estas personas.

En cuanto a la Filiación, tenemos que en sentido genético 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; en ese sentido la situación de los hijos no siempre recibió un trato igualitario, sus derechos estaban condicionados a que nazcan dentro de un matrimonio, pues si lo hacían fuera de él, entonces se encontraban en una situación de inferioridad y con derechos restringidos, respecto de aquellos que si habían nacido dentro de un matrimonio, a la par de la denominación de ilegítimos que se les dio, y que por cierto era muy peyorativa. (MENDEZ COSTA, y otros, 2001).

En el Código Civil de 1936, se les clasificó en legítimos en tanto que habían nacido dentro de un matrimonio, e ilegítimos si el nacimiento se producía fuera del matrimonio. Con el Código Civil de 1984, se supera este trato discriminatorio en consonancia con el artículo 6°, de la Constitución de 1979, vigente cuando se promulgó el Código Civil de 1984, sin embargo se les separa según nazcan dentro de un matrimonio o fuera de él; son matrimoniales o extramatrimoniales pero con iguales derechos. La Constitución de 1993, en su artículo 6°, recogió la igualdad de los hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres, y la naturaleza de la filiación de los hijos en los Registros Civiles y en cualquier documento de identidad, sin embargo brinda dos condiciones a los hijos, los matrimoniales cuando nacen de padres casados, y los extramatrimoniales cuando nacen de padres no casados, entendiéndose que la división de los hijos no califica sino describe la situación de ellos.

Como vemos sobre el tema de filiación, solo han regulado los dos clases de filiación la matrimonial y la extramatrimonial, mas no la filiación que se generaría

en la persona que fue concebida por inseminación artificial asistida. Por ello, en el supuesto que un adulto quisiera conocer su identidad biológica, a través de la filiación, vería limitado ese derecho pues no existe ninguna norma que regule esta condición. Es mas no existe ninguna norma en el libro de derecho de familia, del código civil peruano, que resuelva problemas legales generados a partir de dicha técnica.

La presunción de paternidad aparece como un derecho, en tanto es únicamente el marido, y nadie más que él, quien dispone de la facultad (o poder) de contestar la paternidad (artículo 367°). En efecto, el legislador se opone radicalmente a la idea de que la presunción legal pueda ser cuestionada, en caso de adulterio, por la madre del niño y por su cómplice (es decir, el padre biológico del menor).

Lo cual genera un nuevo problema jurídico, pues en el caso que la inseminación artificial heteróloga fuera realizada sin consentimiento del esposo, y este logre impugnar la paternidad, el menor verá afectado su derecho de paternidad y si luego decide solicitar su filiación para el adecuado desarrollo de su personalidad este se verá limitado, pues existe un vacío legal acerca de este tema.

SUBCAPÍTULO II

MARCO NORMATIVO

- **Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.**
 - **Artículo 07°:** “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.
 - **Artículo 08°:** “*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*”.

- **Convención Americana sobre los Derechos Humanos 1969**
 - **Artículo 5°: Derecho a la Integridad Personal:** “*1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*”.
 - **Artículo 11°, inciso 1: Protección de la Honra y de la Dignidad:** “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

- **Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos 1976**
 - **Artículo 26° :** “*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

1. EN EL PERÚ.

○ **Constitución Política del Perú de 1993.**

- **Artículo 2°:** “Toda persona tiene derecho:
 - *A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.*”

- **Artículo 4°:** “*La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley*”.

- **Artículo 6°:** “*La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad*”.

- **Artículo 55°:** *“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.*
- **Cuarta Disposición Final y Transitoria:** *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.*
- **Código Civil de 1984.**
 - **Artículo 373°:** *“El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentara conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos.*
 - **Artículo 374°:** *“La acción pasa a los herederos del hijo:*
 - 1.- Si este murió antes de cumplir veintitrés años sin haber interpuesto la demanda.*
 - 2.- Si devino incapaz antes de cumplir dicha edad y murió en el mismo estado.*
 - 3.- Si el hijo dejó iniciado el juicio.*

En el caso de los dos primeros incisos, los herederos tendrán dos años de plazo para interponer la acción.”
- **Ley general de salud**

Artículo 7: *“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y*

de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos."

2. EN ARGENTINA

○ **Ley Nacional de fertilización humana asistida N° 26.862**

- **Artículo 1:** *"Toda persona capaz, mayor de edad, puede someterse al uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, habiendo previamente prestado su consentimiento informado, de acuerdo a los términos de la Ley 26.529 – Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud- o la que en el futuro la reemplace. El consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida debe protocolizarse ante escribano público o ante funcionario público dependiente del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, y es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer o la iniciación de alguna de las Técnicas permitidas".*
- **Artículo 2:** *"Las personas que se sometan a Técnicas de Reproducción Humana Asistida pueden aportar su propio material genético y el de su pareja para llevar a cabo el embarazo, o recibir gametos femeninos y/o masculinos aportados por terceros".*
- **Artículo 9:** *"Quienes se constituyan en aportantes de gametos para terceros podrán hacerlo en una sola oportunidad en un único Centro Médico autorizado. El material genético de un mismo aportante sólo*

podrá ser utilizado para realizar Técnicas de Reproducción Humana Asistida a las que se someta una misma persona o pareja. Previo a la realización de los estudios clínicos a que refiere el Artículo 6, el Centro Médico autorizado deberá realizar una consulta con el Registro Único de Centros Médicos Autorizados y Aportantes de Gametos, que se crea por el Artículo 28 de esta Ley, a los efectos de constatar que la persona que pretende constituirse como aportante no haya aportado sus gametos de forma previa en otro Centro Médico autorizado”.

- **Artículo 10:** *“Quienes se constituyan en aportantes de gametos para terceros podrán hacerlo en una sola oportunidad en un único Centro Médico autorizado. El material genético de un mismo aportante sólo podrá ser utilizado para realizar Técnicas de Reproducción Humana Asistida a las que se someta una misma persona o pareja. Previo a la realización de los estudios clínicos a que refiere el Artículo 6, el Centro Médico autorizado deberá realizar una consulta con el Registro Único de Centros Médicos Autorizados y Aportantes de Gametos, que se crea por el Artículo 28 de esta Ley, a los efectos de constatar que la persona que pretende constituirse como aportante no haya aportado sus gametos de forma previa en otro Centro Médico autorizado”.*

3. EN COSTA RICA.

- **Constitución Política.**

- **Artículo 24°:** *“Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones...”*
- **Artículo 53°:** *“Los padre tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él. Toda*

persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley”.

○ **Código de Familia.**

- **Artículo 72:** *“La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldría a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades”.*
- **Artículo 76:** *“El derecho de los hijos para vindicar el estado que les pertenece es imprescriptible. Por muerte de los hijos ese derecho pasa a los nietos y respecto a ellos también es imprescriptible”.*
- **Artículo 95:** *“La investigación de paternidad o maternidad, tratándose de hijos mayores, podrá intentarse en cualquier momento en vida del padre o madre o a más tardar dentro del año siguiente a su fallecimiento”.*

4. ESPAÑA

○ **Constitución Política**

- **Artículo 10 inciso 1:** *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.*
- **Artículo 20 inciso 4:** *“Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la*

intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.”

○ **Ley 14/2006**

- **Artículo 3 inciso 1:** *“Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.”*
- **Artículo 3 inciso 6:** *“Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurren en el origen de los hijos así nacidos. No obstante, se tratará de mantener la máxima integración posible de la documentación clínica de la persona usuaria de las técnicas”*.
- **Artículo 5 inciso 5:** *“La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. 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 y de los pre embriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

- **Artículo 6 inciso 3:** *“Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.”.*
- **Artículo 7 inciso 1:** *“La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”.*
- **Artículo 8 inciso 3:** *“La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”.*

5. EN INGLATERRA.

○ LEY DE FERTILIZACIÓN HUMANA Y EMBRIOLOGÍA.

- **Artículo 31 inciso 3:** *“toda persona que hubiere cumplido los 18 años de edad , podrá pedir al consejo, mediante la instancia correspondiente que atienda una solicitud referente a lo dispuesto en el apartado 4 siguiente, debiendo el consejo atender dicha solicitud si:*

- a) La información contenida en el Registro demuestra que el peticionario nació o pudo haber nacido como con secuencia de los servicios de tratamiento.
- b) Se ha facilitado al peticionario la oportunidad de recibir asesoramiento adecuado sobre las consecuencias posibles de la admisión de la instancia”.

- **Artículo 31 inciso 4:** *“Podrá el peticionario solicitar al Consejo que le expida certificación en al que le informe si se deduce del contenido registro que determinada persona que no es su padre ha sido o podría haber sido su progenitor, de no ser por lo dispuesto en los artículos 27 al 29 de la presente Ley, y si esa información así lo demuestra.*

- a) *Que la certificación suministre al peticionario la parte íntegra (pero nada más que esa parte) de dicha información relativa a la persona en cuestión que el Consejo esté reglamentariamente obligado a facilitar.*
- b) *Que la certificación diga si esa información demuestra que, de no ser por lo dispuesto en los artículos 27 al 20 de esta Ley, existiría vínculo de parentesco entre el peticionario y un*

tercero especificado en la solicitud como la persona con quien el propio petitioner desea contraer matrimonio”.

- **Artículo 31 inciso 5:** “No podrá disposición reglamentaria alguna obligar al Consejo a que facilite información identificadora de la persona cuyos gametos hubieren sido utilizados, o de la que un embrión se hubiere tomado, si la persona titular del permiso tenía esa información en un momento en que no se podía exigir al Consejo que facilitase la clase de información”.

MARCO TEÓRICO.

SUBCAPÍTULO III.

TÍTULO I

DERECHO DE FAMILIA

1.1. NATURALEZA JURÍDICA.

Tradicionalmente se ha considerado que, el Derecho de Familia, es una rama del Derecho civil, sin embargo, puesto que este último se estructura sobre la base de la persona individual y que habitualmente se ha estimado que las relaciones de familia no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, en la actualidad gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del Derecho, con principios propios. Sin embargo, para considerarse autónoma, es necesario que se den tres supuestos, la independencia doctrinal, la independencia legislativa y la independencia judicial.

1.2. DEFINICIÓN.

El Derecho de familia es aquella rama del Derecho que se encarga de normar las relaciones existentes entre aquellas personas que se encuentran unidas por medio de vínculos sanguíneos, de afinidad, afectivos o creados por ley. Está representado por el conjunto de normas multidisciplinarias que regulan la sociedad conyugal, la sociedad paterno-filial y las instituciones de amparo familiar. La razón de ser de estas normas jurídicas es la regulación de las relaciones que tienen sustento en la unión intersexual y en la filiación. (DIAZ DE GUIJARRO, 1953).

Paulo Lôbo sostiene que el Derecho de familia es el conjunto de reglas que disciplinan los derechos personales y patrimoniales de las relaciones de familia. Para Venosa el Derecho de familia es la rama del Derecho Civil con características peculiares e integradas por un conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas familiares, orientado por elevados intereses morales y el bienestar social (LÔBO, 2008).

Para los profesores brasileños Cristiano Chaves de Farías e Nelson Rosenvald, el Derecho de familia es un conjunto de normas-principios y normas-reglas jurídicas que regulan las relaciones derivadas del vínculo afectivo, incluso sin matrimonio, destinados a promover la personalidad humana, a través de los efectos personales, patrimoniales y asistenciales.

Actualmente, y dada su dimensión, el Derecho de familia no es una rama exclusiva del Derecho Privado ni del Derecho Civil. Merece una variada atención jurídica comenzando por el Derecho constitucional que reconoce de los principios que la inspiran; el Código Civil que regula directamente las relaciones familiares; el Código de menores que desarrolla técnicamente el aspecto tutelar y de resguardo de aquellos integrantes que, por cuestiones de edad, ameritan un cuidado especial; el Código Penal que sanciona los delitos contra la familia, los matrimonios ilegales, los delitos contra el estado civil, los atentados contra la patria potestad y la omisión de asistencia familiar, así también el Código procesal regula procesos típicos de las relaciones familiares.

1.3. OBJETIVO.

Trata a la familia como el conjunto de personas cuya unión está fundamentada en vínculos afectivos, sanguíneos o legales. Esta rama del Derecho tiene como principal objeto de su estudio las constelaciones normativas que tipifican los elementos e instituciones en los que se desarrollan las relaciones personales de índole familiar.

1.4. CONTENIDO.

- **Relaciones personales**, entre padres e hijos (filiación), entre cónyuges (matrimonio), entre convivientes (unión estable), entre tutor y pupilo (tutela) y curador con curado (curatela).
- **Relaciones patrimoniales**, régimen económico del matrimonio (artículo 295°), tratamiento patrimonial derivado de las uniones estables (artículo 323°), derecho de habitación (artículos 323°, y 731°), gananciales (artículos 323°, y 730°) derechos sucesorios (artículos 724°, y 822°), alimentos (artículos 472°, y ss.), patrimonio familiar (artículo 488°).
- **Relaciones de familia**, las dos típicas instituciones del Derecho de familia son el matrimonio y la filiación. El matrimonio configura familia por excelencia y la filiación por especialidad. Todo lo demás se deriva de ellos. Surgen, también las relaciones de la unión estable que cada vez tienen mayor trascendencia legal.

- **Relaciones cuasi familiares**, derivadas del aspecto de cuidado y atención hacia los sujetos de derechos débiles dentro de la familia entre las que tenemos a la tutela (dirigida a los menores) y la curatela (a los mayores incapaces). Ambas instituciones derivan de la incapacidad, figura perteneciente al Derecho de las personas, de ahí que se discuta su denominación y ubicación en el Libro de familia.

1.5. FINALIDAD.

Busca la protección de la institución familiar entendida como el conjunto de individuos que comparten una vida bajo semejante escala de valores en los que el afecto es su principal razón de integración. La familia, como base estructural de la sociedad y el medio natural en la que el hombre encuentra felicidad, desarrollo y medio de vida, requiere de un Derecho que responda realmente a sus expectativas, finalidades y exigencias. Sin embargo, las normas legales actualmente no están del todo acorde con el esquema de desarrollo de la familia, requiriéndose un tratamiento legal no limitativo sino que, A contrario sensu, llegue a encontrar un norte y sirva para perfilar las finalidades de las familias.

1.6. PARENTESCO.

1.6.1. ETIMOLOGÍA.

La palabra parentesco proviene del latín *parentus* que se origina de *par*, igual y de *entis*, ente o ser. Parientes son todas aquellas personas que comparten un mismo origen. (VARSI ROSPIGLIOSI, 2013).

Otro sector refiere que la palabra parentesco (cualidad de pariente) está formada a partir del término *pariente* y el sufijo *esco* que indica relación o pertenencia. Por su parte la palabra pariente proviene de las concepciones latinas *parens*, *parentis* y *parentatus* que significa padre o madre.

La mayoría de la doctrina afirma que el origen etimológico de la palabra parentesco viene del verbo *parere* (parir, dar a luz) y este de la raíz indoeuropea *per* que significa producir.

Para el Diccionario Crítico Etimológico de la Lengua Española, este es el vínculo, conexión, enlace o relación que existe entre las personas.

1.6.2. NATURALEZA JURÍDICA.

Dentro de la naturaleza jurídica del parentesco tenemos diferentes posturas como:

1.6.2.1. Derecho Personalísimo: Se considera al parentesco como un derecho personalísimo que el sujeto tiene respecto de aquellos vínculos que mantiene con cada uno de los miembros de su familia.

1.6.2.2. Atributo de la Persona: Es un elemento o cualidad de la persona que la distinguen de otra. La persona cuenta con un parentesco propio que conjuntamente con el resto de sus atributos coadyuvan a su identificación y su distinción de otros sujetos de derecho.

- 1.6.2.3. Institución de Derecho de Familia: El parentesco genera relaciones familiares que supone aquel vínculo que une a una persona con los distintos miembros de su familia cuyo alcance, duración y efectos son establecidos por el ordenamiento jurídico.
- 1.6.2.4. Vínculo Jurídico: El parentesco es un vínculo jurídico existente entre consanguíneos, afines y entre el adoptante y adoptado (ZANNONI, 1998). Este criterio que alude al vínculo jurídico se sustenta en que el vínculo biológico, mientras no trascienda en ese plano, no tendrá consecuencias jurídicas (AZPIRI, 2005).

1.6.3. CARACTERÍSTICAS.

El parentesco tiene las siguientes características:

- Es connatural del ser humano; (concebido, persona natural) y permite distinguir a una persona de otra, la identifica. Cae bajo el marco de protección del derecho a la identidad e intimidad.
- Es una institución principal de Derecho de Familia; generadora de relaciones o vínculos familiares. A partir del parentesco surgen lazos de familia entre los miembros vinculados parentalmente.
- Genera el estado de familia parental entre las personas vinculadas. El parentesco hace surgir entre los parientes estados de familia parentales correspondientes entre sí; v.g.: padres,

abuelos, bisabuelos; hijos, nietos, bisnietos; hermanos, tíos, sobrinos, primos, etc.

- Tiene su origen en la naturaleza, la ley (y de ser el caso la religión). La principal fuente del parentesco son los lazos de sangre, sea porque las personas descienden unas de otras o se comparte un tronco común. Además, la ley crea entre personas no vinculadas por lazos de sangre, relaciones parentales, como es el caso de los adoptados, afines y compadres/ahijados. La religión ya no genera efectos parentales a través de sus sacramentos (bautismo, confirmación y matrimonio).
- El alcance, duración y efectos jurídicos del parentesco son establecidos por el ordenamiento jurídico. Así estemos ante relaciones parentales consanguíneas, el ordenamiento jurídico determinará a las personas que serán consideradas parientes, la permanencia y/o extinción y los correspondientes efectos jurídicos que genera. El parentesco genera vínculos o relaciones que, al margen de la fuente consanguínea o legal, son contempladas y recogidas por la ley para generar efectos jurídicos. En general, el contenido de las diferentes relaciones jurídicas parentales es establecido por el ordenamiento jurídico a partir de normas de orden público y de carácter imperativo.
- No tiene un alcance ilimitado, si así fuera los ámbitos de la familia se confundirían con los de toda la humanidad o con los de extensas porciones de ella. Terminaría siendo parientes de todos.

- Los efectos jurídicos del parentesco tienen una repercusión multidisciplinaria, se vinculan no solo al ámbito civil, sino al ámbito penal, procesal, societario, electoral, etc.

1.6.4. CLASES.

En doctrina encontramos varios criterios que se tienen en cuenta para extraer la diversidad de parentesco. Revisemos las más trascendentales.

1.6.4.1. Según la base matrimonial o extramatrimonial: parentesco civil y parentesco natural.

Tradicionalmente la doctrina distinguió un parentesco legítimo o civil que se da cuando la generación que se forma tiene su base en el matrimonio y un parentesco natural, caracterizada por una generación extramatrimonial que obtiene el reconocimiento jurídico.

1.6.4.2. Según la intensidad del vínculo: parentesco por línea y parentesco por grado.

La intensidad del vínculo de parentesco está relacionada con determinados efectos jurídicos.

A su establecimiento se llega mediante un cómputo de línea y grado. La distinción se realiza entre los parientes en línea recta (personas que descienden unas de otras) y parientes

en línea colateral (personas que aun habiendo un tronco común, no descienden de otra).

Los grados tantos como generaciones en línea recta, excluido el pariente cuyo parentesco se quiere determinar. En cuanto al parentesco colateral, se contara con referencia al número de generaciones en vía ascendente por un lado y descendente por otro, excluida la persona cuyo parentesco se quiere determinar. Cuando más lejano está el tronco más aumenta el número de grados y, por ende, se debilita el vínculo de parentesco.

1.6.4.3. Según la capacidad de extensión del vínculo: parentesco abierto y parentesco cerrado.

Podemos hablar de un parentesco abierto y de un parentesco cerrado relacionado a la capacidad de extensión de este fenómeno a la de los sujetos entre los cuales existe el vínculo inmediato de sangre. V. gr. En los casos del parentesco matrimonial y el parentesco extramatrimonial: en el primer caso se extiende los efectos jurídicos; en el segundo caso, se da una tendencia de limitar la extensión del parentesco al hijo y al progenitor que lo han reconocido o de quien ha sido declarada la paternidad.

1.6.4.4. Según el contenido del vínculo: parentesco fuerte y parentesco débil.

Es posible determinar un parentesco fuerte, atributivo de un correspondiente estatus, con una relación jurídica parental de contenido pleno de derechos y obligaciones; y, un parentesco débil, no atributivo del referido estatus parental que genera una relación jurídica que tiene relevancia solo en determinados supuestos de hecho y para efectos jurídicos específicos. V. gr. El parentesco consanguíneo termina siendo un parentesco más fuerte que el parentesco por afinidad (este se presenta como el débil), mientras menos grados separen a los parientes, vale decir, mientras más cercanos sean el parentesco será más fuerte y mientras más lejano sea más débil será.

1.6.4.5. Según la duración del vínculo: parentesco *intra vitam* y parentesco *ultra mortem*.

El parentesco *intra vitam* constituye el parentesco hasta la muerte (*usque ad mortem*) y lo encontramos en todas aquellas situaciones jurídicamente relevantes previstas por el ordenamiento jurídico para regular en vía inmediata los vínculos entre parientes. V. gr. El caso de las obligaciones alimentarias. El contenido de la relación jurídica parental termina con la muerte de las personas.

Mientras que en el parentesco *ultra mortem* constituye el parentesco más allá de la muerte, por lo que el vínculo parental, trascendiendo la vida de las dos partes, se constituye como título específico para la transferencia de un derecho de un sujeto al otro (sucesiones) o para el surgimiento de un derecho en cabeza de un sujeto (pariente) después de la muerte del otro. Normalmente, en este último caso, el parentesco constituye título de legitimación para la tutela de un interés que es propio del sujeto en tanto pariente del difunto. V. gr. Para la protección del derecho moral de autor, después que este ha fallecido, para la tutela penal de la memoria del difunto. El contenido de la relación jurídica parental trasciende la muerte de las personas.

1.7. FAMILIA.

1.7.1. CONCEPTO.

El concepto familia, tiene muy diversas definiciones, ya que algunas responden a contenidos jurídicos y otras a aspectos históricos que no son coincidentes, ni en el tiempo ni en el espacio. En un sentido amplio de parentesco, la familia es el conjunto de parientes con los cuales existe algún vínculo jurídico, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos, diferente según la persona a quien se la refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado, a los colaterales por consanguinidad hasta el sexto grado y a los afines hasta el cuarto, y que, en un sentido más restringido, es el núcleo paterno-filial o agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad. Sin que quepa desconocer un concepto intermedio, en el cual la familia es el

grupo social integrado por las personas que viven en una casa bajo la autoridad del señor de ella.

Como sostiene Méndez Costa (COSTA, 2011), *la familia institución*, está integrada por los padres e hijos no emancipados por el matrimonio que conviven bajo la autoridad parental y *la familia parentesco*, conformado por personas unidas por un vínculo de parentesco, sin convivencia ni sujeción a la autoridad familiar.

La familia para Ossorio (OSSORIO, 2000) es: El vínculo familiar que ofrece importancia jurídica porque da nacimiento a una amplia serie de derechos y de obligaciones, especialmente referidos al matrimonio, a la relación paterno-filial (la patria potestad de modo muy destacado), los alimentos y a las sucesiones.

Desde una perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.

La familia moderna es el resultado de un vínculo afectivo, donde se elevan los sentimientos de solidaridad, lealtad, respeto y cooperación; es un organismo compuesto de elementos jurídicos, éticos y morales. Finalmente familia es un concepto cultural, es la base de la estructura social y la sede de la plenitud de bienestar de los seres humanos, cimiento sobre el cual se erige la sociedad.

Después de haber analizado las anteriores definiciones de derecho de familia, consideramos que el derecho de familia puede ser definido como: El conjunto de relaciones y vínculos que existe, entre dos o más

personas unidas por lazos de parentesco ya sea éste consanguíneo o de afinidad.

1.7.2. IMPORTANCIA.

La familia es básica para la conformación de un Estado políticamente organizado, de un Estado de Derecho. Las relaciones familiares se trasladan fácilmente al ámbito social y es así que, como estructura primaria, permite la organización de las comunidades. El Estado es a la sociedad y está a la familia, que finalmente se conforma de personas.

En la familia se generan, se forman y se educan las personas para la perpetuación de la especie, y en consecuencia se contribuye para la manutención y el desenvolvimiento del Estado, mediante la introducción en la sociedad de personas aptas para integrarse y responder por su misión.

1.7.3. FUNCIONES.

a) **Función geneonómica**, llamada también función procreacional.

La función geneonómica implica la generación y conservación de vida en forma orgánica e institucionalizada. De este modo se formaliza el acto sexual a través de la familia, básicamente en el matrimonio, siendo este el ejercicio legítimo de la genitalidad. Sin embargo la función de la familia no puede reducirse solo a la procreación, puesto que se caería en el absurdo de afirmar que las personas infértiles serían ajenas a la formación de una familia.

b) **Función alimentaria**, no se refiere exclusivamente a la alimentación propiamente dicha, sino a todo lo que necesita una

persona para realizarse como educación, salud, vestimenta, vivienda, recreación. En esta función tenemos el rol protector de los menores, incapaces y demás sujetos de derechos débiles.

- c) **Función asistencial**, está referida a la colaboración mutua, ayuda y protección que requieren las personas para desarrollarse como seres sociales. No olvida a las personas en estado especial como es el caso de los menores, mujeres embarazadas y ancianos que merecen un trato de asistencia preferencial.
- d) **Función económica**, la familia es el motor económico, una comunidad de producción, una unidad de consumo. Esta función es notoria en las familias campesinas en las que la fuerza de trabajo es la característica, mientras más manos más producción, mientras más hijos más generación de riqueza, es la llamada familia *patrimonializada*.
- e) **Función de trascendencia**, está referido a la transmisión de valores, cultura, vivencias entre sus integrantes. Se forma a los individuos, se les educa. La familia es la escuela por excelencia, la más importante en la que la persona adquiere valores y comportamientos.
- f) **Función afectiva**, la *affectio*, el amor, comprensión, entrega es la razón que permite la integración de las personas que conforman una familia. Por esta función muchas veces se le niega su carácter jurídico puesto que consagra al hombre como un ser emocional y le resta importancia a su perfil jurídico.

TÍTULO II

LA FILIACIÓN.

2.1 CONCEPTO:

La palabra filiación proviene del latín “filiatio” que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su segunda acepción significa “procedencia de los hijos respecto de sus padres”. Así mismo, deriva del latín “filius” que significa hijo.

La filiación es la procedencia de los hijos respecto a los padres; la descendencia de padres a hijos. También, la calidad que el hijo tiene con respecto a su padre o madre, por las circunstancias de su concepción y nacimiento, en relación con el estado civil de los progenitores (COSTA, 2011). Asimismo CORNEJO CHAVEZ, Héctor: "Es aquella que vincula a una persona con todos sus antepasados y descendientes (filiación en sentido genérico), y más restringidamente, la que vincula a los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto)" (CHAVEZ, 1991).

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique señala: "La filiación en sentido genérico es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, la filiación en sentido estricto la que vincula a los hijos con sus padres y que establece una relación de sangre y de derecho entre ambos". (ROSPIGLIOSI, 1996).

En la actualidad con el avance de la ciencia y la reproducción genética, han aparecido nuevas formas de fecundación artificial, los cuales dejan de lado el contacto sexual de la pareja, correspondiendo el papel principal en el proceso de fecundación al médico que asiste a la pareja para que puedan

engendrar nuevos seres ya sea con su propio material genético o en su defecto con material genético donado por un tercero.

Todos estos avances nos están legando una realidad, que está llevando a la reformulación conceptual y normativa de la sociedad paterno-filial vigente en nuestra codificación civil, sobre la Reproducción Humana Asistida. Esta normatividad, parte del principio de que las normas por ellas establecidas tienen carácter excepcional ante las reglas generales del régimen de filiación existente en cada país, ya que tales variaciones solo pretenden satisfacer las nuevas cuestiones suscitadas con la Reproducción Humana Asistida, postura teórica a la que deberá dar respuesta nuestra legislación nacional.

2.2 CLASES.

Los preceptos de la ley de cada país determinan las clases de filiación. Fundamentalmente, el matrimonio es el término de referencia. Es decir, se parte de la relación surgente por el hecho del nacimiento del hijo y de la existencia del matrimonio.

Razones que enmarcan en las antiguas organizaciones sociales y consecuentemente familiares, hicieron que el derecho deslindara distintas clases de filiación, que necesariamente varían según la ley de cada país. Conforme a las disposiciones del Código Civil, puede afirmarse que dicha ley reconoce las siguientes clases de filiación:

- a) Filiación legítima: que es aquella que se genera cuando ambos padres reconocer de manera voluntaria al hijo.

- b) Filiación legitimada: es cuando el hijo es reconocido a través de una sentencia judicial.
- c) Filiación ilegítima: cuando el hijo no está reconocido.
- d) Filiación adoptiva: esta se genera a través de la filiación.

2.3 FILIACIÓN MATRIMONIAL.

En doctrina es común definir a la filiación matrimonial refiriéndola al hijo tenido en las relaciones matrimoniales de sus padres, sin embargo el concepto termina siendo impreciso, pues hay dos momentos distanciados en el tiempo, la concepción y el nacimiento o alumbramiento y que estos no necesariamente ocurran en el matrimonio, y así puede ser concebido antes del matrimonio y nazca dentro de él, o concebido en el matrimonio y nazca después de la disolución o anulación de éste; entonces, es necesario saber si por tenido ha de entenderse al concebido o alumbrado, y por último, que el hecho de que una mujer casada conciba y o alumbre un hijo, no significa necesariamente que el padre de éste sea el marido de aquella.

2.3.1 LA DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL.

En caso de que el hijo nazca de mujer casada, la paternidad queda atribuída *ministerio legis* al marido de ésta; es decir, sin necesidad de reconocimiento expreso por parte del marido, la ley le atribuye la paternidad de los hijos que tiene su esposa con posterioridad a la celebración del matrimonio.

La presunción de paternidad matrimonial es una presunción legal relativa, que asigna la paternidad con carácter imperativo, de modo que no puede ser modificada por acuerdo de partes; salvo que, en sede jurisdiccional y ejercitando la pretensión de impugnación de la paternidad matrimonial, se actúen las pruebas y se obtenga una sentencia que la deje sin efectos.

En consecuencia, aunque la mujer casada anote al hijo ocultando su estado civil, diciéndose soltera, y no mencione el nombre de su marido al inscribir al niño, y aun en el caso de que a ello se sume un acto de reconocimiento de paternidad de un tercero, no perderá relevancia jurídica la presunción de paternidad (artículos 362°, y 396°, del Código Civil).

Evidentemente, el reconocimiento practicado por el tercero carece de eficacia estructural ya que se contrapone a una filiación establecida por la ley. En los supuestos señalados, el marido podrá solicitar que se deje sin efecto la mención del padre que se atribuyó al inscrito en la partida de nacimiento, prevaleciendo simplemente de la presunción de paternidad matrimonial; promoviendo una acción de nulidad del reconocimiento, para incluirse como padre de la criatura y dejar sin efecto el reconocimiento del tercero. Asimismo, podrá interponer una acción de rectificación de partida de nacimiento, para modificar la mención del estado civil de la mujer que se dijo soltera.

La presunción de paternidad matrimonial tiene una vigencia en el tiempo. Al efecto, debe tenerse en cuenta que la ley considera que el término máximo de un embarazo es de trescientos días y el mínimo, de

ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento. En tal sentido y en estricto, se establece que la presunción de paternidad matrimonial rige desde los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días siguientes de su disolución (artículos 361°, y 363°, inciso 1, del Código Civil).

Al hijo nacido dentro del período indicado se le considera concebido dentro del matrimonio (presunción de concepción dentro del matrimonio), presunción legal relativa que admite prueba en contrario actuada en sede jurisdiccional, quedando sin efecto, por mérito de la sentencia que ampare la pretensión de impugnación de la paternidad matrimonial.

Pero la ley no descarta la paternidad del marido: al contrario, se la atribuye implícitamente al establecerse que puede ser impugnada. Si el marido no impugna la paternidad en el plazo de caducidad, la atribución legal quedaba firme, y con ella también la “legitimidad” (Al respecto se debe tener en cuenta la incaducibilidad de las acciones de filiación, 2002)

En ese contexto, se sostiene que “la ley ha otorgado carácter legítimo a esos hijos en virtud de un hecho decisivo: el nacimiento posterior al matrimonio, no obstante que, de acuerdo a los principios generales, tales hijos deberían considerarse extramatrimoniales por haber sido concebidos con anterioridad”.

2.4 FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.

En la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, básicamente casados no están. No existe el acto jurídico matrimonial que garantice que la calidad de progenitor resida en el marido de la mujer.

Es la voluntad de parte (reconocimiento) o la imposición jurisdiccional, iussu iudicis (por orden del juez) los únicos medios de establecerla. Son dos las formas por decisión o imposición. (VARSI ROSPIGLIOSI, 2013).

Al respecto Ochoa Guzman, Oscar señala: “la filiación extramatrimonial, no puede ser establecida sino por decisión judicial. A acción de reconocimiento de filiación se confiere a hijo para lograr que un hombre sea declarado judicialmente como su padre o una mujer como su madre”. (OCHOA GUZMAN, 2006).

2.4.1 INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

Los criterios en contra hace buen tiempo fueron tratados y resueltos por la doctrina y jurisprudencia comparada considerando la no afectación de los derechos del demandante en los procesos de filiación, tomándose muy en cuenta el principio de proporcionalidad. Es decir, se valora que las restricciones son equilibradas teniendo como fomento el bien común. Este nuevo proceso de filiación genera todo un análisis en cuanto a su trascendencia en las partes, lo que aprecia de nuestra posición expuesta.

Qui sapit el principal punto en discusión de la ley esté al momento de aplicar el *test de necesidad*, es decir, comprobar si existe alguna otra forma de solución que la consagrada en la ley, Una alternativa, por decirlo, menos discutible, igualmente eficaz a nivel de protección de los derechos exigidos. Analicemos este punto. Solución como la propuesta tiene sustento tanto en un problema social como el interés superior del niño, ambas situaciones exigen de una decisión y protección “especial”. La paz social. La integridad de la familia, el derecho a la identidad gozan de una prevalencia sobre el derecho del supuesto padre a negar su paternidad.

La doctrina y jurisprudencia comparada reconocen la legitimidad y constitucionalidad de las pruebas biológicas considerando que por encima de los derechos individuales del presunto progenitor está el derecho del menor a conocer su verdadera identidad, su derecho esencial a su ascendencia biológica completa.

Todo ello parte del denominando derecho identitario del niño. El principio de la libre investigación del origen genético forma parte del derecho fundamental de la identidad, razón por demás suficiente para legitimarlo e impulsar su defensa y reconocimiento.

El Tribunal Supremo y Constitucional de España, en líneas generales categórico en este planteamiento, viene fallando a favor del máximo derecho a la libre investigación de la paternidad frente a la integridad física, la libertad religiosa, intimidad y honor que como derechos son comúnmente alegados en estos procesos.

TÍTULO III

LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

3.1 ANTECEDENTES

La reproducción humana asistida es el método más antiguo para combatir la esterilidad.

En Grecia y en el imperio romano se realizó esta técnica con animales y los árabes también usaban la inseminación artificial con animales.

En el siglo XII, un médico practicaba en sus pacientes con problemas de fertilidad el baño en una tina que contenía agua con espermatozoides. (ROSPIGLIOSI VARSINI, 1995).

El primer intento se produce en España en el siglo XV, en el que se llevó a cabo por medio de un español cierta práctica en la reina, doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV, con espermatozoides de éste, aunque no tuvo éxito por ser el rey estéril.

En 1785, se dan las primeras pruebas en humanos. THOURET, decano de la facultad de medicina de París, logró fecundar a su mujer estéril gracias a una inseminación intravaginal de su propio semen con una jeringa de estaño.

En lo que atañe a la fecundación extracorpórea, en 1980 se logró la primera fecundación in vitro del ovocito de una coneja y la correspondiente transferencia del embrión; en 1937 un editorial anónimo de una revista sugirió la posibilidad de fecundar extracorpóreamente material genético humano; en 1944 se fecundó un óvulo humano en probeta, pero rápidamente murió; en 1953 se usó semen congelado en inseminación humana.

En 1970 embriones de ratones son clonados; en 1960 se mantuvo vivo un embrión humano durante 60 días en un tubo de ensayo, lo que fue condenado por la iglesia.

En 1983 nació el primer bebé producto del espermatozoides del esposo y del óvulo donante; en 1984 nació el primer bebé de un embrión congelado. En 1993 se clonaron embriones humanos.

3.2 LINEAMIENTOS GENERALES

El ser humano, por lo general, en una etapa de su vida, busca perennizar su nombre, ejerciendo para este fin, su capacidad procreativa. “Pero la realidad y la ciencia, enseña, que ya, por razones físicas y/o psíquicas, no todos los seres humanos, están en aptitud de procrear. Ante tal evidencia, que trastoca la historia personal y familiar, el desarrollo de la biología y la Medicina, en especial de la Genética y la Ingeniería Genética, permite acudir, en ayuda de las parejas estériles e infértiles, emergiendo las Técnicas de Reproducción Asistida. (VERDUSCO PARDO, GABIREL y VERDUSCO GUIZAR, ALEJANDRO, 1990)

La irrupción de estas técnicas, ha generado crisis, en el Derecho, Nuevos derechos especiales, son materia de reflexión: "... el derecho a procrear, a la identidad genética o a conocer nuestro origen biológico, a la intimidad genética y al llamado derecho a no saber. En caso de este último derecho, su sustento está en que, no debe informarse a terceros la forma como hemos sido procreados ni informárenos, sin requerimiento, acerca de nuestro origen. Asimismo, la aplicación de estas tecnologías ha llevado al surgimiento de nuevas categorías jurídicas: Filiación no natural, contra natura o asistida,

convenios sobre el cuerpo humano, naturaleza jurídica de los elementos genéticos y los denominados delitos biológicos (GOMEZ GRANDA, 1995)

El desarrollo alcanzado en el ámbito de las TERAS, que el Derecho no debe ignorar, por contenidos morales, éticos y jurídicos, nos plantea firmemente, una realidad insoslayable: la disociación justificable entre procreación y sexualidad, permitiendo que la primera venga separada de la corporalidad; y es así, que se habla de la fecundación extracorpórea.

3.3 CONCEPTUALIZACIÓN

Las TERAS son unas de los mayores logros de la Biogenética y consiste en los distintos procedimientos que tengan por finalidad fundamental paliar la esterilidad humana, cuando otras medidas terapéuticas hubieran sido desechadas por inadecuadas, ineficientes o clínicamente inconvenientes.

Por ello se dice que las TERAS son métodos supletorios, no alternativos, debido a que buscan superar una deficiencia biológica o síquica que impide tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o han resultado ineficaces, robusteciendo el derecho a la salud reproductiva positiva. No es alternativo, pues siendo la finalidad directa la procreación esta no puede estar supeditada a la mera voluntad de la persona.

Por su parte VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, precisa:

"Las TERAS son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. No representan una terapia puesto que nada cura, solamente palian los efectos de la esterilidad. (ROSPIGLIOSI VARSÍ, 1995).

La Iglesia Católica, a través de LA CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, sostiene:

"Procreación artificial, se entiende como los diversos procedimientos técnicos encaminados a lograr la concepción de un ser humano por la vía diversa de la unión sexual del varón con la mujer" (RATZINGE, 1997).

Teniendo en cuenta lo expresado se puede deducir que las TERAS es el conjunto de tecnologías y procedimientos avanzados; para la solución de problemas relacionados con la reproducción humana originados fundamentalmente por la infertilidad, por una vía diversa de la unión sexual del varón con la mujer.

3.4 CLASIFICACIÓN

3.4.1 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

3.4.1.1 DEFINICIÓN:

En la literatura medico ética se define la inseminación artificial como el procedimiento médico por el cual se introduce el semen en el órgano femenino, sin recurso a una relación sexual normal, con el fin de llevar a cabo una fecundación. Se trata de lograr la unión de los gametos masculinos y femeninos mediante procedimientos técnicos.

Según Clara Mosquera Vásquez, la inseminación artificial "es una técnica de a reproducción asistida que consiste en introducir semen, previamente recolectado, en el aparato genital femenino". (MOSQUERA VASQUEZ, 197)

Para Enrique Varsi Rospigliosi, la inseminación artificial es aquella que "tiene como fin esencial la procreación, pues el semen se inocular de

manera directa pero asistida, en la vagina de la mujer y no hay posibilidad de realizar experimentación alguna (salvo en lo que respecta a la selección, previa a la inseminación de gametos masculinos)". (ROSPIGLIOSI, 1996)

El procedimiento de inseminación solo cuando la mujer es fecunda pero existen dificultades para realizar el acto sexual. En el hombre pueden darse varios factores como anomalías del pene, provengan de origen congénito o psicológico, lo cual le dificulta o imposibilita para que se pueda producir la fecundación.

Asimismo el término artificial se refiere no a la fecundación. Es decir el proceso biológico de la fecundación es normal - natural y es tan sólo el modo de facilitar la fecundación que es artificial.

3.4.1.2 FORMAS

Existen dos formas de inseminación artificial, la inseminación homóloga y heteróloga.

a) Inseminación artificial homóloga: Es aquella que se realiza con el semen del esposo o compañero de la mujer, es decir existe de por medio un vínculo jurídico sea el matrimonio o el concubinato. La inseminación homóloga es uno de los métodos más antiguos, para ello se han utilizado diferentes procedimientos, entre los que se incluyen la intrusión del semen en la vagina (inseminación artificial intravaginal), en el interior de la cerviz de la mujer (inseminación artificial intracervical), en el fondo del útero (inseminación artificial intrauterina) y la punción e inyección del esperma en las trompas de

Falopio, con la finalidad de aproximar facilita la llegada de los espermatozoides al óvulo (inseminación artificial intratubárica).

Es un procedimiento que en muchos países se utiliza en la propia consulta del médico sin necesidad de grandes recursos. De otro lado su práctica no crea mayor problema puesto que existe un vínculo matrimonial que le otorga seguridad jurídica; así mismo la unión de hecho le ofrece una presunción legal de paternidad al producto de la concepción

Para la Doctora María Cobas Cobiella la inseminación artificial homóloga es “aquella inseminación que se produce con el espermatozoide del marido”. (COBAS COBIELLA, 1995).

b) Inseminación artificial heteróloga: Es aquella en la cual se utiliza semen de un donador, y se indica cuando el varón no tiene espermatozoides o cuando es portador de alguna enfermedad hereditaria. Esta forma se presenta cuando el semen que se introduce en el útero de una mujer no es el del esposo o concubino, sino de un tercero o cedente.

Teniendo en cuenta a decir del Doctor PERALTA ANDIA Javier, señala que "Se realiza en aquella mujer casada, pero con esperma proveniente de un tercero"

Al respecto el Dr. Eduardo A. Zanoni ha manifestado: “a inseminación artificial heteróloga ofrece serios problemas de orden ético y jurídico. Desde el punto de vista ético esta técnica es reprochable porque los esposos, por un acto de voluntad, aceptan que intervenga en la fecundación el elemento de un tercero y éste,

el tercero, cede ese elemento que le ha sido dado por naturaleza para procrear si nacerse personalmente responsable del nuevo ser que contribuye a crear". (ANTONIO, 1990).

Para realizar estas prácticas se utilizaban bancos e espermatozoides humanos congelados, los que empezaron a funcionar en la década del setenta, época en la que centenares de mujeres ya habían sido impregnadas artificialmente con espermatozoides humanos.

3.4.2 FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA

3.4.2.1 ANTECEDENTES

Merkin y Rock fueron los primeros que utilizaron este método para fertilizar con espermatozoides un ovocito extruido de la trompa. Posteriormente con los avances científicos, el 25 de Julio de 1978 se produjo el nacimiento de Louise Joy Brown en el Oldham Hospital, ubicado cerca de Manchester, Inglaterra, convirtiéndose en la primera bebe probeta del mundo. Su madre, una inglesa de 32 años tenía obstruidas las trompas de Falopio. Los médicos le extrajeron un ovulo maduro y lo fecundaron con esperma del esposo. Posteriormente el embrión fue implantado en el útero de Lesley Brown donde se desarrolló normalmente hasta su nacimiento.

El primer nacimiento del bebé peruano concebido mediante Fertilización In Vitro, se produjo el 27 de Febrero de 1989. Cabe

indicar que tanto la fecundación como la implantación fueron realizadas no en el Perú, sino en Colombia.

Fecundaciones In Vitro han continuado realizándose en casi todos los países del mundo desde 1978, asegurándose haberse efectuado más de 600,000 con éxito hasta la fecha; encontrándose el jurista frente a una realidad ante la cual no puede mostrarse indiferente y que, sin duda, debe ser objeto de un tratamiento jurídico adecuado.

3.4.2.2 DEFINICIÓN

La fecundación extracorpórea, también es denominada fecundación in Vitro y es otra de las clases de las técnicas de inseminación artificial Asistida. Consiste en la extracción del ovulo de una mujer y la fertilización en un laboratorio, con semen proporcionado por el marido, concubino o tercero.

Para Enrique Varsi Rospigliosi “la fecundación extracorpórea busca la unión del espermatozoide y el óvulo, es decir la fecundación en una probeta y tiene entre sus objetivos, además, la investigación humana científica”. (ROSPIGLIOSI VARSÍ, 1995)

3.4.2.3 FORMAS

La fecundación extracorpórea puede ser homóloga, heteróloga o bisemanal.

a) FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA HOMÓLOGA:

Parece indudable que existe un legítimo derecho a que, con fines terapéuticos, se fecunde In Vitro, es decir, en el Laboratorio, un óvulo extraído de la mujer con semen de su esposo o concubino, para que pueda conseguir un embarazo. Este caso se presenta cuando la paciente tiene obstruidos las trompas y el óvulo no puede circular libremente hasta la matriz. Se hace necesario la intervención de un profesional para extraer el óvulo y, una vez fecundado, implantarlo en el útero, a fin de que pueda anidar en él. Esta situación no presenta ningún problema, ni desde el punto de vista científico ni jurídico. Los fines que la provocan no rozan la falta de ética profesional que profesa la Deontología Médica, ya que se trata de suplir o corregir una deficiencia de la naturaleza. De contrario parecer es la Iglesia que recrimina estas técnicas por cuanto no existe unión natural entre el hombre y la mujer.

b) FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA HETERÓLOGA:

Es aquella que se produce cuando la unión de los gametos tiene lugar en el laboratorio, el cual puede ser realizado con el óvulo de la esposa o concubina y el semen de un tercero; o también el óvulo de tercera persona y el semen del esposo o concubino.

Situación distinta de la fecundación homóloga, es la que se plantea con la fecundación heteróloga, pues en este caso se hace uso de componentes genéticos extraños al esposo o

concubina, a la esposa o concubina. De por sí su aplicación genera una diversidad de problemas jurídicos entre ellos con la filiación, lo cual es un tema delicado y controversial que será analizado más adelante a la luz de la doctrina y legislación nacional y comparada.

c) FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA BISEMINAL:

(ROSPIGLIOSI, 1996) Es aquella que se realiza mezclando el esperma del Marido concubino con el de un tercero. La finalidad de esta técnica es elevar las probabilidades del que el marido sea el padre del bebe o al menos que se establezca una duda acerca de su paternidad. Esta forma de fecundación es considerada para algunas legislaciones como una manera de manipulación genética, mientras que para un sector de la doctrina es una variante de la técnica heteróloga. (ROSPIGLIOSI VARSÍ, 1995).

TÍTULO IV

ASPECTOS ÉTICO MORALES EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

4.1 NOCIONES GENERALES.

Es difícil señalar con exactitud el origen de un período histórico, de un movimiento cultural o hasta de una disciplina académica. Incluso cuando todavía no han pasado muchos años desde el inicio de algo nuevo, los acontecimientos que le dieron origen pueden ser diversos; en cierta forma distinguir un primer paso es siempre problemático. Hablar del origen de la Bioética significa inevitablemente especular. La especulación empieza con el intento de definir el término Bioética. De forma preliminar, puedo decir que consiste en el estudio sistemático de la conducta moral en las ciencias de la vida (DRANE, 2011). Se puede sostener que la bioética es parte integrante de la biociencia; mientras esta se basa en los principios de las ciencias naturales y la evolución de riesgos, la bioética descansa en los principios morales formados durante el curso de la historia de la ética general y profesional, y en su aplicación tradicional.

Ahora enfocándonos en la bioética en relación a la reproducción humana asistida, debemos decir que la utilización de estos nuevos procedimientos ha generado múltiples problemas éticos. Hasta hace poco tiempo, los problemas éticos-morales planteaban que el ejercicio de la medicina era fácilmente superable con la aplicación del sentido común y de la buena fe, debido a que en ese entonces la complejidad de los procedimientos y su trascendencia en los seres humanos era mínima.

Con el rápido avance científico en el tema de reproducción artificial, muchas personas están optando por este método para poder tener un bebe, por eso que cada año existen más centros de fertilización, en donde no solo se puede utilizar técnicas de reproducción asistida si no también la congelación de material genético, la facultad de poder elegir genes que disminuyan ya posibilidad de tener un hijo con una enfermedad genética o poder elegir el sexo y el color de sus ojos. Lo que ha hecho que la bioética, en tan solo unas décadas se ha convertido en una preocupación de primer orden en todo el mundo.

Como consecuencia de la especialización de estos tratamientos y habiendo surgido nuevas ramas médicas, es necesario fijar pautas y deberes morales básicos en el quehacer médico dando lugar a la Bioética: encargada de fijar los patrones esenciales para la correcta aplicación de la medicina y la biología en los seres vivos, constituyendo así mismo una respuesta racional, lógica y equitativa frente a la aplicación, poder y eficacia de la Biomedicina.

Con este trabajo busco destacar la importancia de que las nuevas tecnologías de reproducción humana surgidas con el desarrollo científico sean tuteladas por el Derecho, así como valorar las implicancias éticas - morales de estas novedosas técnicas reproductivas propiciando un conocimiento adecuado de las posibles soluciones a los puntos medulares que se derivan a partir de su aplicación, en especial en lo que respecta a la filiación existente entre los padres y los nacidos por estas técnicas de reproducción humana asistida.

4.2 BIOÉTICA

4.2.1 ETIMOLOGÍA Y DEFINICIÓN

Bioética es una palabra compuesta que deriva de dos voces latinas Bio y Ética. El diccionario de la lengua española señala que Bio significa vida y Ética es parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre.

El término Bioética fue propuesto en 1970 por el científico y oncólogo estadounidense POTTER VAN RENSSLAER; dicho término lo introdujo en su libro Bioethics, Bridge to the Future (La Bioética Un Puente hacía el Futuro). Según sus propias palabras eligió "Bio" para designar el conocimiento que aportan las ciencias sobre la vida y "Ética." para hacer referencia al sistema de valores humanos. (ROSPIGLIOSI, 1996). Su nombre nos indica una forma especial de ética en la que se conjuga el aspecto biológico y la relación con los deberes profesionales.

En este sentido ha nacido una nueva reflexión de la ética cuya vinculación está en directa relación con la vida, salud e integridad somática de todo ser vivo, sensibilizando el desarrollo social.

La Organización Panamericana de la Salud dedicado a la Bioética, define: "El estudio de la conducta humana en el campo de las ciencias biológicas y atención de la salud, en la medida que esta conducta se examine a la luz de valores y principios morales" (SCOLLE CONNOR, 1991).

Por su parte LLANOS ZULVAGA, Roberto con argumento paralelo sostiene: "El conjunto de conocimientos científicos que estudian la

transformación tecnológica de la medicina y es, además, la respuesta racional a los problemas morales, políticos y sociales que plantea las formas de atención a la salud humana, con la única finalidad de producir beneficio en las intervenciones biomédicas. (LLANOS ZULVAGA, 1995).

La Bioética es la ciencia que se encarga de estudiar las relaciones de la ética con la vida, de sus procedimientos y políticas vinculadas al correcto actuar científico, en relación con la salud humana, sustentado en los derechos humanos. Busca la existencia de una armonía entre el hombre, la naturaleza y las técnicas biomédicas.

4.2.2 LOS PRINCIPIOS

Se han hecho muchos esfuerzos para elaborar pautas sobre investigación médica en seres humanos. Ejemplos concretos en el ámbito internacional son el Código de Nuremberg, que data de 1947; la Declaración de Helsinki, promulgada en 1964 y enmendada en 1975; y las Pautas Internacionales para la Investigación Biomédica relacionada con Seres Humanos, propuesta en 1,982 por el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (COICM) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Estos documentos han ayudado a delinear los principios de ética más pertinentes a la investigación biomédica en seres humanos.

La protección de la vida y el fomento de los métodos de salud se inspiran en tres principios que se conocen como la trinidad de la Bioética:

4.2.2.1 PRINCIPIO DE RESPETO POR LAS PERSONAS.

El hombre por su esencia y estado natural no puede ser objeto de la ciencia. La libertad de las investigaciones no debe atentar contra la individualidad del mismo, esto en base a la defensa de los derechos fundamentales de la persona como son: el derecho de todo ser humano a la vida, a la integridad física y así como los derechos de la familia y el hijo.

Este principio en la doctrina es conocido también como el Principio de Autonomía, por cuanto implica que el hombre tiene derecho a informarse y emitir su consentimiento respetando su libertad y autodeterminación. La autonomía personal se refiere a la capacidad que tienen las personas para auto gobernarse, libres tanto de influencias externas que los controlen como de limitaciones personales que les impidan hacer una verdadera opción, como podría ser una comprensión inadecuada del objeto o las circunstancias de la elección. El individuo autónomo obra libremente, en conformidad con un plan de acción que él mismo ha elegido.

“En lo referente a la investigación biomédica en seres humanos, el principio de respeto incluye dos aspectos principales. Por un lado, el respeto por los derechos y por la persona misma que se somete a la investigación; por el otro, el respeto por el bienestar general de quien participa en dicha investigación. Es así como el primer aspecto implica la necesidad de facilitar al potencial sujeto de investigación la

información que le permita decidir si desea participar por su propia voluntad en el proyecto”. (LEWIS, 1989). El segundo aspecto apunta, hacia el principio de beneficencia, el cual se analiza más adelante.

BEAUCHAMP Y CHILDRESS han clasificado los elementos incluidos dentro del principio de respeto en dos categorías: a) los elementos concernientes a la información, y b) los elementos relativos al consentimiento. La primera categoría se refiere a la comunicación de la información pertinente y su comprensión. La segunda abarca el consentimiento voluntario y la capacidad para consentir. De este modo, el principio de respeto busca asegurar que cada individuo que participe como sujeto de una investigación lo haga con pleno conocimiento y entendimiento de lo que está por realizarse, de las posibles consecuencias y de su posibilidad de decidir no participar en la investigación o incluso de retirarse cuando esta se haya iniciado. (BEAUCHAMP & CHILDRESS, 2000).

4.2.2.2 PRINCIPIO DE BENEFICENCIA

Todo procedimiento o medida médica aplicada al ser humano debe basarse en la utilidad, beneficio y solidaridad de sus resultados. Es decir, los fines que se busca con las intervenciones médicas son positivas y de orden terapéutico. Todo acto que tienda a perjudicar la vida debe ser evitado.

La beneficencia exige que pongamos actos positivos para promover el bien y la realización de los demás. El Principio de

Beneficencia se refiere a la obligación moral de obrar para beneficiar a los demás, muchos actos de beneficencia no son obligatorios; pero existe una obligación general de ayudar a los demás a promover sus intereses. Algunos autores sostienen que no existen obligaciones de beneficencia en sentido estricto. La beneficencia sería un ideal moral, nunca una obligación en sentido estricto.

Para empezar, BEAUCHAMP Y CHILDRESS señalan que aunque no hubiese acciones obligatorias, la beneficencia ocuparía un puesto de honor en la vida moral. Basta con pensar en acciones tales como la donación de un órgano para ser trasplantado a un extraño. Nadie sostendría que es una acción obligatoria, pero ninguno pondrá en duda que es un acto digno de alabanza y de gran valor moral.

Por otra parte, prácticamente sería difícil encontrar alguien que sostenga que estamos obligados, ordinariamente, a actos de heroísmo, aunque éstos sean sumamente beneficiosos para otras personas. Tampoco estamos obligados a beneficiar a los otros cada vez que se ofrece la oportunidad de hacerlo. Por ejemplo no estamos moralmente obligados a realizar todos los actos de generosidad que podrían ser beneficiosos para otras personas, sin que por ello nos convirtamos en personas indigentes. La generosidad o la caridad heroica exceden los requisitos de la moralidad y, precisamente por esto, las reconoceremos como dignos de santidad.

Esto llevado al campo de la aplicación de las Técnicas de reproducción humana asistida, debe tener por finalidad permitir que mujeres diagnosticadas con infertilidad puedan auxilio de la ciencia, engendrar un nuevo ser, que les permita tener una familia estable. En este sentido la ciencia está al servicio de la estabilidad y la conservación de la familia.

Es un principio hipocrático que cualquier actuación médica debe hacerse pensando siempre en el beneficio del propio interesado. “El principio de beneficencia aplicable en muchas ocasiones en temas asesoramiento genético, por ejemplo, en técnicas de reproducción asistida con donación de gametos (garantizando en la medida de lo posible la ausencia de anomalías genéticas en los donadores)”. (MARTINEZ, 2005).

En el ámbito jurídico, encontramos documentos internacionales, que busca establecer un equilibrio entre lo justificable y lo no justificable, aún con los peligros que acarrea. En tal sentido tenemos: El Código de Nuremberg, por ejemplo, plantea que el riesgo tomado no debe exceder nunca el determinado por la importancia humanitaria del problema que ha de resolver el experimento. La Declaración de Helsinki afirma claramente que, en la investigación biomédica con seres humanos, los intereses de la ciencia y de la sociedad no pueden anteponerse al bienestar del individuo.

4.2.2.3 PRINCIPIO DE JUSTICIA

El principio responde a la pregunta, quien debe recibir los beneficios de la investigación y sufrir sus perjuicios, una persona es tratada de acuerdo con el principio de justicia si se le ofrece un trato justo, debido o merecido. Cualquier negativa de ofrecer un bien, un servicio o, información a quien tiene derecho a ello sería algo injusto. De la misma forma, sería injusto imponer una carga u obligación indebida a una persona o exigirle más de lo requerido por la ley. (BEAUCHAMP & CHILDRESS, 2000).

Este principio tiene como sustento evitar todo tipo de discriminación alguna en la aplicación y ejecución de los tratamientos médicos. Todos los seres humanos tienen igual derecho a ser asistidos clínicamente y de acuerdo a las necesidades y urgencia que requiera su salud. La igualdad en el tratamiento científico es fundamental, La justicia tiene que ver con lo que es debido a las personas, con aquello que de alguna manera les pertenece o les corresponde. Cuando a una persona le corresponden beneficios o cargas, están ante una cuestión de justicia. La injusticia conlleva una omisión o comisión que deniega o quita a alguien aquello que le era debido, que le correspondía como suyo, bien sea porque se le ha negado a alguien su derecho o porque la distribución de cargas no ha sido equitativa.

En el caso del acceso, aplicación y ejecución de las técnicas de

reproducción humana asistida, no debe tampoco existir discriminación alguna, más bien se debe establecer los requisitos necesarios para poder acceder en razón de su estado civil y la protección a posteriori del futuro niño que va a nacer. Se refiere a la igualdad de oportunidades. Como un caso más de asistencia sanitaria, el asesoramiento genético debería estar al alcance de todos los ciudadanos sin discriminación alguna de tipo social, económico, racial o religioso (Magaldi, 2004).

3.4 RELIGIÓN Y BIOÉTICA

Desde el punto de vista histórico, se puede afirmar que la bioética debe mucho a la religión, como sabemos las religiones siempre han tenido una dimensión de moralidad. Esta influencia religiosa, que por años fue rectora para la formación de la bioética, en la actualidad ya no es tan explícita, pues ahora se está llegando a la separación de las principales instituciones de la influencia del pensamiento y las prácticas religiosas.

Ello se explica en parte porque los problemas de la bioética son en la actualidad, mucho más que en el pasado, asuntos engorrosos de política pública. En muchos países se considera la religión como un asunto privado, el respeto a la religión de cada persona prohíbe algún tipo de discriminación religiosa, pero la religión no se puede invocar ni utilizar como base de política pública. Por ello la base normativa en un asunto de bioética debe consistir en convicciones comunes y no en motivos religiosos que tal vez resulten divisivos.

No se debe considerar que los puntos de vista teológicos revisten poca importancia para la bioética. Las tradiciones y comunidades religiosas aportan a estas cuestiones difíciles conceptos importantes, forjados en el curso de la historia, de la naturaleza y el destino de los seres humanos y de las normas morales a cual debe ceñirse.

El valor de los conceptos religiosos para la bioética no es que proporcionan respuestas, que todos debemos aceptar, si no que plantean preguntas que todos debemos abordar. (Vicenzi, 2004)

4.4 LOS VALORES Y LAS OBLIGACIONES MORALES EN LAS TERAS.

El valor fundamental es la vida, debido a que sobre ella se apoyan y se desarrollan todos los demás valores de la persona. La vida humana se propaga a otros hombres de una manera consciente y responsable, por consiguiente, nadie puede lícitamente usar en esta materia los procedimientos genéticos propios en las plantas y los animales.

Los progresos de la técnica hacen posible en la actualidad una procreación sin unión sexual, mediante el encuentro In Vitro de células germinales extraídas previamente del varón y de la mujer.

Pero lo que es técnicamente posible, no es por esa sola razón, moralmente admisible, esto implica el encuentro de dos células especializadas llamadas gametos: uno de origen materno, el ovocito; y el otro de origen paterno, el espermatozoo.

Entre las dificultades que surgen con esta posición está el que se puedan autorizar experimentos con embriones fertilizados. Asimismo, las operaciones que normalmente son utilizadas en este tipo de técnicas, como son la recogida del semen y la selección del donante, contravienen diametralmente los preceptos que con gran vehemencia defiende la iglesia. (RODRIGUEZ CADILLA PONCE, 1997).

La Iglesia Católica ha publicado un documento titulado “instrucción sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación”, en este documento oficial, la Iglesia afirma: “La vida de todo ser humano ha de ser respetada de modo absoluto desde el momento mismo de la concepción, porque el hombre es la única criatura en la tierra que Dios ha querido por sí misma y el alma espiritual de cada hombre es inmediatamente creada por Dios”. Es por ello que la fecundación artificial, en el sentido más amplio del término es considerado gravemente ilícito por todos los moralistas católicos. (FE, 1997) .

Como vemos si bien existe un alejamiento a los pensamientos religiosos, de parte de las TERAS, eso no hace que éstas puedan irrogar derechos, inherentes al hombre, como es el respeto a su dignidad. Más aun en nuestro país, al no existir una regulación sobre estos métodos, las personas que se someten a estos tratamientos solo deben confiar en la autorregulación ética de los doctores que van a desarrollar el proceso de fertilización. Pero lamentablemente en muchos casos el fin de estos métodos no ha sido el de facilitar el nacimiento de un ser vivo.

TÍTULO V

EL CONTEXTO LEGAL DE LA CONCEPCIÓN POR INSEMINACIÓN ARTIFICIAL ASISTIDA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y NACIONAL

5.1 EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

5.1.1 EN ESPAÑA

La ley que ampara la procreación artificial, data del año 1998 y en ella se regulan las técnicas de inseminación artificial, la fecundación in vitro, transferencia de embriones y la transferencia intratubàrica de gametos. Pero con el avance de la ciencia y los nuevos procedimientos que se venían llevando a cabo la presente ley una modificación, y por ello surge la ley 45/2003. Ambas leyes quedaron finalmente derogadas por la ley 14/2006, pues existía la necesidad de regular diversos problemas jurídicos que se generaron a partir de uso de estas técnicas.

España se convirtió así en unos de los primeros países en regular estas nuevas formas de procreación, con el fin de poder tratar la esterilidad humana. Cabe resaltar los puntos más importantes de la ley los cuales podrían aportar mucho para la creación de la ley de reproducción artificial en el Perú y entre ellos tenemos:

- ❖ Se obliga a los médicos a informar a cualquier persona que desee someterse a estos métodos, sobre los beneficios y riesgos que se podrán generar. En donde la mujer receptora podrá suspender el tratamiento en cualquier fase. Todo el procedimiento quedaran recogidos en historias clínicas.
- ❖ Le concede a la mujer casa o sola mayor de 18 años, la posibilidad de someterse a un procedimiento de inseminación artificial.

- ❖ Se establece el anonimato de donantes. Aun así permiten el acceso a cierta información. Permitiendo se conozca la identidad del donante solo si existe una enfermedad que ponga en peligro la vida del hijo o por arreglo de las leyes procesales penales.
- ❖ La prohibición de la maternidad subrogada.
- ❖ Prohíbe crear embriones con fines de investigación.

Como vemos la ley española en ningún caso permite la determinación legal de la filiación, fundamentándose en el principio de veracidad, el cual supone el “vínculo paterno- filial, sin embargo este principio no es ilimitado lo cual supone que no siempre se va a poder determinar legalmente la relación paterno filial, esto con el fin de proteger valores y derechos que el ordenamiento jurídico reputa igualmente importantes”. (Vicenzi, 2004) , principio de igualdad y el principio de protector de los intereses del hijo, señalados en la exposición de motivos del texto constitucional. Pero si ha permitido que cuando el hijo alcance la mayoría de edad, pueda acceder a la información general del donador. Y de manera excepcional cuando esté en peligro la vida del hijo o por un proceso penal.

Nuria Magali señala: “la reserva de identidad del donante contemplada en la ley española vulnera el principio de libre investigación de la paternidad, el derecho del hijo a conocer y determinar su filiación, el principio e igualdad de filiaciones” (Magaldi, 2004) aun así gran parte de la doctrina está a favor del anonimato del donante.

5.1.2 EN INGLATERRA.

En este país, se dictó la ley de Fertilización humana y embriología, el 1º de noviembre de 1990, convirtiéndose así en unos de los pocos países europeos en tener una legislación específica. Ese mismo año se creó en Inglaterra la agencia autoridad de Embriología y Fertilización Humana, la cual está conformada por médicos, abogados, miembros de la iglesia y trabajadores sociales, los cuales se encargan de autorizar y controlar los centros de fertilización artificial.

En cuanto al anonimato del donante, el adulto concebido por inseminación artificial asistida, tendrá acceso a la información básica de su origen genético. Es decir que podrá solicitar dicha información al cumplir los 18 años. Y en los casos de menores de edad, les permiten saber si existe un grado de parentesco, según la información contenida en el registro, para lo cual deberá facilitar el nombre del futuro cónyuge para la comprobación.

Recientemente se aprobó una nueva técnica de inseminación artificial, en donde el material genético de tres personas se usaran para procrear un niño, teniendo como fin evitar enfermedades genéticas.

5.1.3 EN ARGENTINA

Se creó la Ley Nacional de Fertilización Humana Asistida N° 26.862, la cual permite la utilización de las técnicas de inseminación artificial, debiendo existir previamente un consentimiento de las personas que quieran someterse a este procedimiento. Y en cuanto a la donación de los gametos, esta poda darse por única vez en un centro médico autorizado.

Actualmente argentina vienen haciendo varios cambios, para así poder integrar su código con la realidad que enfrenta su país, ante el uso masivo de estas técnicas. Es así que el artículo 240 del Código Civil enuncia: “La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial”.

El cual se encuentra ahora modificado por el artículo 588 del C.C. en donde se agregó otra forma de filiación que es la que se establece mediante técnicas de reproducción humana asistida, pero no podrá tenerse más de dos vínculos filiales.

Asimismo se señala que los hijos nacidos por inseminación humana asistida son hijos de la madre quien los dio a luz y del padre que presto su consentimiento previo.

En cuanto a derecho de filiación del adulto concebido por esta técnica, si bien no se puede admitir la demanda de reconocimiento de filiación, si se puede acceder al contenido de la información, a petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, cuando, sea relevante para la salud la información relativa a datos médicos del donante y puede revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local. Estas modificaciones al código civil fueron publicadas el 08 de octubre del 2014 y entraran en vigencia el año 2016.

5.1.4 EN COSTA RICA

El decreto de regulación de la reproducción asistida N° 24029-s, publicado el 02 de febrero de 1995, permitía la práctica de la inseminación artificial homólogo y heterólogo entre cónyuges.

Este decreto fue declarado inconstitucional en el año 2000, pues la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia considero que practicar las técnicas de inseminación artificial asistida atenta contra la vida y dignidad del ser humano, pues señala que el embrión es persona desde el momento de la concepción y no se le puede exponer a un riesgo desproporcionado de muerte.

La anulación del decreto mencionado ha generado diversos problemas jurídicos, como es en la actualidad el aumento de embarazos múltiples, pues no existe un protocolo que regula estas técnicas y muchos médicos las aplican de manera desproporcionada. Es por ello que la junta directiva del Colegio de Médicos y Cirujanos aprobó las recomendaciones hechas por la Comisión de Fertilidad Humana, en la cual se determinó que no se deben realizar inseminaciones en mujeres con mayor cantidad de hormonas porque esto aumenta las posibilidades de embarazos múltiples. Es por ello que la Corte Interamericana de Derechos Humanos condeno a costa rica, por violar derechos reproductivos y a la integridad personal de los ciudadanos y le ordeno crear una ley que permita la fecundación in vitro, así como el pago de indemnización a las parejas que no han podido concebir por dicha

prohibición. Aun así hasta el día de hoy, no se creó ninguna ley que regule la inseminación artificial.

5.2 EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El caso peruano llama la atención por no existir legislación en el tema, a diferencia de otros países. Esto lógicamente crea un problema legal. Por no haber una legislación, hay un vacío legal. En reiteradas oportunidades han recibido borradores de proyectos de ley sobre reproducción asistida, pero que se trataban de copias de otras legislaciones o en las que se notaba la ausencia del punto de vista científico en su elaboración.

En el derecho comparado, el derecho genético tiene una regulación variada, es decir, es diversa su normativización e inclusive difiere de un país a otro. De esta forma, un Estado asume de acuerdo a los avances bio-científicos una determinada política legislativa que regule el tema de la genética. Esta regulación puede ser específica, normándose a cada avance o descubrimiento, y puede ser hasta una regulación general, la cual es sustentada en principios generales sobre la materia.

De esta manera, en el derecho comparado hay cuatro sectores en cuanto a la política legislativa que ha de llevarse frente al avance genético:

a) *Legislación general:* Aquí los países establecen pautas generales en las principales normas del Estado como la Constitución, el código civil, código penal, ley general de salud, etc.

En este grupo se encuentra el Perú, ya que regula la materia en el código de los niños y adolescentes y en la ley general de Salud.

b) *Legislación privada:* donde se encuentra normado en su Código Civil, tal es el caso de Francia, Bélgica, Holanda, Portugal, Inglaterra, Checoslovaquia, etc. tal es el caso de los Comités de Bioética, los cuales se encargan de establecer la política que ha de seguirse en las investigaciones científicas y proponiendo la reglamentación de los avances bio-científicos. Tal es el caso de Italia.

c) *Directrices o recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por asociaciones de profesionales médicos:* Aquí intervienen las instituciones particulares, las ONGS, los comités de ética y deontología de los colegios profesionales o comités de bioética de centros de salud quienes establecen las normas de aplicación. Tal es el caso de Irlanda.

d) *Por decisión judicial:* Existen países que carecen de una legislación que regule la problemática de la genética, por lo que la manipulación o experimentación genética terminan siendo aprobados por el juez, tal es el caso de Italia.

5.2.1 Derecho de Familia

El régimen de establecimiento de la filiación del Código Civil Peruano ha sido modificado por la Ley 27048, permitiendo la aplicación de las pruebas biológicas, genéticas u otras de validez científica para las acciones de filiación tanto de impugnación (artículos 363 y 371) como de reclamación (artículos 371 y 402).

Asimismo, permite al demandado, en una acción de hijo alimentista (artículo 415), solicitar la prueba genética para negar el contenido de la pretensión.

5.2.2 Código Penal

Artículo 120 (Código Penal, 1991).- El aborto será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de 3 meses:

1. cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados cuando menos policialmente.

En el Código anterior de 1924 no preveía esta situación. En el código actual la pena para el delito de aborto se atenúa en este caso, siempre que se den los dos supuestos constitutivos: que la inseminación artificial no haya sido consentida y que esta haya ocurrido fuera del matrimonio.

Es importante añadir que la Ley No 27636 ha incorporado en el código Penal el delito de manipulación genética aunque sin embargo, esta solo está referida al tipo de manipulación referida a la clonación humana.

5.2.3 Ley General de Salud

Artículo 7o.- "Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la

aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos."

El artículo permite el uso de las técnicas de reproducción asistida; no obstante, prohíbe la maternidad subrogada, el útero de alquiler, así como la ovo donación, pues señala que la condición de madre genética debe recaer también en la madre biológica. Se prohíbe también la fecundación de óvulos con fines de experimentación, por ejemplo, para obtener híbridos. Además de la clonación.

Las prohibiciones indicadas carecen de sanción penal y no conforman delitos pues no están tipificados en Código Penal, salvo las de clonación, siendo considerados solo actos civiles ilícitos.

5.3 La Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos

Dentro de la jerarquización de los Derechos Humanos se encuentran los de tercera generación referidos al derecho al desarrollo, progreso y calidad, tal es el caso de la manipulación genética y la defensa del patrimonio genésico de la humanidad, que son protegidos como la esencia de la vida. En este sentido, se ha venido trabajando y difundiendo el principio que el genoma humano es patrimonio de la humanidad y como tal merece la más amplia protección.

Frente a los desbordantes avances científicos de la manipulación génica, la bioética ha tenido que replantear sus postulados, algunos países han dictado leyes y los organismos internacionales protectores de los derechos humanos se han pronunciado respecto al avance biotecnológico y su

influencia en el hombre y en la humanidad.

Es así que la UNESCO, luego de crear en 1993 el Comité Internacional de Bioética, se pone a la vanguardia en el debate de la correcta aplicación de las ciencias médicas en el hombre, con ello se busca canalizar los alcances y fines del Proyecto Genoma Humano, cuyo objetivo es encontrar la información contenida en los genes. La participación de este organismo internacional en el proyecto se da en tres niveles: 1) Coordinación e integración de los esfuerzos de la investigación internacional y la diseminación de los resultados, 2) En la participación de los países subdesarrollados y, 3) En la estimulación de los debates en los aspectos tanto éticos, sociales, legales y comerciales del proyecto. Es así que en el año 1997, UNESCO aprobó la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos que es el documento más importante que en materia de bioética se haya dictado y si bien no tiene un carácter vinculante, es la base jurídica internacional en que deberán apoyarse los Estados miembros cuando quieran contemplar en su legislación nacional reglas en materia de Derecho genético. La Declaración se basa en el respeto a la dignidad de cada persona frente a las investigaciones biotecnológicas sobre el genoma. Es así que los principios en que se inspira coinciden con la Declaración Universal de los Derechos Humanos al prohibirse el genoismo o discriminación genética y el rechazo al determinismo genético, que es aquella corriente que tiende a fijar efectos o consecuencias tomando como punto de partida las características biogenéticas de las personas (derecho a la igualdad); el derecho al consentimiento previo a cualquier tratamiento, el derecho a saber o no saber

los resultados y consecuencias de un examen realizado (derecho a la libertad individual); la confidencialidad de los datos genéticos (derecho a la intimidad); el disfrute de los beneficios resultantes de los avances científicos (principio de solidaridad). Asimismo, el derecho a una reparación justa como consecuencia de un daño genético.

5.4 Los derechos clásicos y los nuevos derechos de la persona

Los derechos se estructuran en base a valores fundamentales como son la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad que más, que derechos, son la fuente o esencia para otorgar la protección y seguridad al ser humano.

Los cambios sociales y el desarrollo biotecnológico han determinado el desplazamiento de los clásicos derechos de la persona, así como la aparición de nuevos derechos. Este fenómeno se debe a que el ámbito de protección jurídica se ha mostrado insuficiente en ciertos casos.

Así tenemos, entre otros (Rospigliosi, 2011):

- *Derecho a la integralidad*, protege la esencia genética, el genoma en toda su dimensión.
- *Derecho a la existencia*, busca proteger los elementos biológicos del ser humano que tienen un contenido vital (pero que no tienen vida en sí, pero sirven para producirla, (gametos, células *stem*) y que merecen una protección especial.
- *Derecho a conocer el propio origen biológico*, a efectos de resguardar legal derecho a la identidad de la persona, permitiendo el ejercicio de averiguar quiénes son sus progenitores información que, por distintas causas, puede ser desconocida, estar en discusión o ser debatible.

- Derecho a la investigación de la paternidad, para cautelar el legítimo interés, facultando a todo sujeto a iniciar las acciones legales a fin de averiguar su nexo filial.
- Derecho a la intimidad genética, fundamentado en la protección de la información más personal del hombre, la genética.
- Derecho a saber, sustentado en la facultad para conocer los resultados obtenidos de un biotest
- Derecho a no saber, sustentado en facultad de ignorar los resultados obtenidos de un biotest
- Derecho a la individualidad biológica, a efectos de proteger la unicidad (ser único e irrepetible) y la unidad (ser una sola cosa) del ser humano.
- Derechos reproductivos, se dividen en los negativos (legitimando los métodos de planificación familiar) y los positivos (atendiendo a la aplicación de procesos asistidos para tener descendencia).
- Derecho a sobrevivir, el cual es una proyección al derecho a la vida pudiendo referirnos al mismo en el caso específico de los embriones crio conservados. Seres humanos a quienes, sin haberseles privado de la vida, han sufrido una paralización en su proceso fisiológico, con el fin de algún día “reiniciarlo” de verificarse ciertas circunstancias preestablecidas por otros. La dignidad del hombre impide estas prácticas.

5.5 AVANCE CIENTÍFICO EN CONTRAPOSICIÓN AL DERECHO

El Derecho no puede poner freno o sentar escollos al avance científico, pero lo que no debe permitir es que dicho progreso se logre utilizando al ser humano como un medio para obtener un fin meramente economicista o utilitario. Está entre los deberes del Estado reconocer el derecho a la libertad de creación científica (art.2, inc.8, Constitución) así como facilitar el desarrollo científico y tecnológico en el país de manera tal que se logren satisfacer de manera efectiva todas y cada una de las necesidades de las personas en base al progreso. En el mismo sentido, la Ley General de Salud parte del presupuesto de la promoción por parte del Estado a la investigación científica y tecnológica en el campo de la salud.

TÍTULO VI

PROBLEMÁTICA ORIGINADA POR LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN MATERIA DE FILIACIÓN

Las prácticas de las Técnicas de la Reproducción Humana Asistida, han originado diversas implicancias en la vida de las personas, originando nuevos tipos de paternidad y maternidad, trastocando las relaciones paterno-filiales reguladas por el derecho, en especial por el Derecho de Familia Peruano.

6.1 Nueva forma de determinar la filiación en el Código Civil, ocasionadas con la práctica de las TERAS

El Código Civil determina las formas de filiación, tales como la filiación matrimonial, como la extramatrimonial y la filiación por adopción. Por lo que, ante el hecho del producto de la concepción obtenida en base a la práctica de la técnica de inseminación artificial heteróloga, se estaría planteando recurrir a la institución de la adopción.

El uso de estas técnicas implica, para algunos juristas, la necesidad ampliar los alcances de la determinación de la filiación, eliminando el sistema cerrado basado en presunciones.

6.2 Inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del esposo

En esta presunción, el marido no ha manifestado su voluntad de ser padre, es así que la esposa puede ir a una clínica de fertilización para que a través de un donador de esperma pueda quedar embarazada, sin tener la necesidad del consentimiento previo del marido como en otros países si se genera, asimismo la ley peruana exige el consentimiento de los padres

biológicos, que en este caso sería el donador y la futura madre. Esto plantearía dos situaciones jurídicas, la primera, que no exista impugnación del esposo, en este caso la filiación del menor sería, la de un hijo nacido en el matrimonio. La segunda sería, que el esposo o concubino al no haber dado su consentimiento, presente una impugnación de paternidad porque el hecho real es que el hijo de su esposa no es su hijo, quedando así suprimido el derecho de filiación del concebido por inseminación artificial asistida. Se contraviene a lo dispuesto en el artículo 6 de la constitución política del Perú, el cual señala “Que la política nacional tiene como objetivos difundir y promover la paternidad y maternidad responsables y reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir.

6.3 Inseminación de mujer sola

Existe la postura que defiende el hecho de que una madre soltera, que cuente que cuente con las condiciones de criar un niño, pueda tener acceso a las técnicas de inseminación artificial, pues prima el derecho a tener descendencia y que esto se refleja en que muchas mujeres actualmente adoptan niños. Postura que considero no debería permitirse en el Perú, primero porque pienso que debe primar el derecho a fundar una familia y si bien se permite la adopción, esta si genera un bienestar para el menor puesto que la mujer adopta un niño que ya existe y que seguramente se encuentra en estado de abandono; en cambio con la técnica de inseminación artificial heteróloga se crea un niño para obligarlo a vivir privado de tener un hogar constituido por padre y madre.

Legislativamente, existe un rechazo a que la mujer sola pueda someterse a estas técnicas, la Ley española es la única que permite expresamente el

acceso a las TERAS a la mujer sola mayor de 18 años que goce de buena salud física y psíquica.

Actualmente son muchos los niños que han nacido en el Perú mediante esta técnica, irrogándosele el derecho a tener una identidad. Muchos países permiten que el adulto pueda conocer las características generales de su progenitor, pero si en nuestro país si una persona desea obtener datos de su padre biológico para así llenar un vacío emocional, que es importante para el desarrollo de su personalidad, para resolver una enfermedad grave o por el solo hecho que es su derecho constitucionalmente protegido, este no podría hacerlo pues las clínicas de fertilización aseguran el anonimato del donante. Generándose un problema jurídico que necesita regulación.

6.4 La información sobre el origen biológico como Derecho Fundamental de la Persona

El derecho a conocer el propio origen biológico se erige en un derecho fundamental por conexidad con el principio de dignidad humana y el de libre desarrollo de la personalidad (MARTINEZ, 2005). Y es que toda persona requiere individualización como ser social y busca su identidad, para su integridad personal, esto es los datos personales y sociales que lo identifican a él diferente a terceras personas y que son cimientos de nuestra vida.

Este principio es muy importante, pues la verdad biológica es la esencia del derecho de filiación. En el Perú existen diversas formas de determinar la filiación, ya sea esta matrimonial o extramatrimonial y para llegar a determinarse muchas veces se tiene que recurrir a la prueba biológica de ADN, pues como lo mencione lo que se pretende es establecer ese vínculo

biológico que existe entre padre e hijo. Si se diera el caso que un adulto desea buscar a su progenitor, pues desea conocer su origen biológico, ¿se le debería dar el derecho a conocer su origen biológico y por ende saber su identidad? ¿de qué forma podría hacerlo? Si no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma que regule la filiación por inseminación artificial asistida heteróloga

Es derecho de todo ser humano indagar sobre su origen biológico, el cual se encuentra íntimamente ligado con la naturaleza humana, recogido en nuestra constitución política de 1993 específicamente como el derecho a la identidad. Es así que aplicando la legislación vigente si se nace por inseminación artificial heteróloga y los solicitantes de esta técnica son casados, solo el marido tienen legítimo interés para negar a hijo de su mujer, ni el hijo podrá impugnar la filiación matrimonial cuando se reúnan a favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y de nacimiento, la norma es clara cuando expresa...”no puede ser contestado por ninguno, ni por el hijo (artículo 376 del C.C.); y en el caso de que mujer sola haya concebido mediante esta técnica, la persona que desee conocer su origen biológico se encuentra limitada pues la clínica de fertilización está prohibida de divulgar cualquier tipo de información al donante, consentimiento firmado por su madre al momento de acceder a someterse a esta técnica. Irrogándose así su derecho a la identidad y a conocer su origen biológico. En consecuencia el hijo nacido a través de inseminación artificial heteróloga dentro del matrimonio no podrá impugnar su filiación y en el caso del nacido por mujer soltera no podrá solicitar su filiación pues no existe norma que lo ampare.

Este criterio ha sido criticado, estas críticas fueron reflejadas en los proyectos de reforma del código civil, como es el caso de las cuales proponen la ampliación de la legitimación procesal y la creación de la ley de inseminación artificial. No es justo privar a una persona de un derecho para que otra pueda ejercitarlo. No es justo privar el derecho a conocer su origen biológico, la identidad de sus progenitores, para el ejercicio de un supuesto derecho de tener descendencia de otros. Por ello es que no debe permitirse la práctica de las técnicas heteróloga, teniendo en cuenta el anonimato, del cedente.

6.5 El anonimato del donante

Esta postura defendida por los centros médicos especializados en creación artificial, considera que la donación de gametos es un acto que está dentro del ámbito de intimidad del donador. (MARTINEZ, 2005). Esto conlleva a que no debería permitirse por ningún motivo revelar la identidad del donador porque no genera ningún vínculo jurídico del cual se puedan derivar derechos y obligaciones entre el donador y el concebido. Esta postura defiende el anonimato sustentándose en los siguientes supuestos:

- La relación paterno filial entre la pareja receptora y el nacido, la cual debe fortalecerse y que no exista interferencia que menoscabe ese vínculo y la seguridad familia. Considero que no siempre sucede así, pues en el caso de inseminación artificial a mujer sola, el menor no se integrara a ninguna familia.

- La intimidad del donante como el de la pareja, pues se impide así que se publique los datos del donante o la infertilidad del varón. Considero que de esta manera se irroga derecho a conocer la verdadera identidad biológica.
- La donación de gametos, al asegurar el anonimato del donante se facilita la donación de gametos necesarios para la realización de la inseminación artificial. Es cierto que el anonimato, hace que muchos hombres accedan a donar, pues ellos no desean ser padres ni tener ningún vínculo jurídico y si se daría a conocer su identidad muchos de ellos desistiría por miedo a la intromisión de su privacidad, lo cual reduciría el número de nacimientos que se dan a través de esta técnica.
- El secreto profesional, es por ello que el médico que intervino en el procedimiento de inseminación artificial, no puede revelar ningún dato de este, pues es una exigencia de la práctica médica. En el Perú es un derecho Fundamental y se encuentra regulado en el artículo 2 inciso 18 de la Constitución y señala: “Toda persona tiene derecho: A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, **así como a guardar el secreto profesional**”. Esto genera un problema jurídico que debe ser regulado, porque en el caso que un adulto desee tener derecho a que se determine su filiación este derecho de confrontara con el derecho al secreto profesional.

En el Perú, como ya lo he mencionado no existe una ley que exprese el anonimato del donante, sin embargo en la práctica las clínicas de fertilización, prometen total reserva, salvaguardando su derecho a la intimidad, el cual se encuentra regulado en la declaración Universal de derecho Humanos de las Naciones Unidas, en el Artículo nº 12 señala: “*Nadie será objeto de*

interferencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra ni a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales interferencias o ataque”.

Asimismo Las consecuencias de violar el derecho a la identidad de los concebidos por las prácticas de reproducción heteróloga, la cual se permite por la ley de salud es que origina otro gran problema pues la cesión de esperma al no estar regulada permite que el tercero que aporta su material genético lo pueda hacer por más de una vez, pues no existe control abriendo la posibilidad de incesto, es por ello que varios países adoptaron la postura de que a partir de los 18 años los adultos concebidos por la técnica de inseminación artificial heteróloga se les permita tener información relativa a su progenitor para así evitar matrimonios entre parientes consanguíneos. Creo que el legislador no puede permitir actos (ley general de salud) de los cuales no es capaz de controlar las consecuencias.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1. TIPO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA.

En cuanto al tipo de nuestra investigación, es **básica**, porque mejora el entender de un conocimiento existente, tratando de dar a conocer la identidad por filiación del adulto concebido por inseminación artificial heteróloga.

2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN.

Como diseño que corrobore nuestra hipótesis, hemos elegido el diseño de investigación **no experimental**, debido a que no se va a manipular variables. Es **longitudinal** puesto que nuestra investigación se centra en recolectar datos a través del tiempo como, normas y jurisprudencias.

3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.

Nuestra investigación es **Jurídico Comparativa** puesto que, la presente investigación compara las legislaciones de Perú, Argentina, Costa Rica. España e Inglaterra haciendo énfasis en lo concerniente a la identidad biológica del menor y su mecanismo de protección, siendo este la impugnación de paternidad.

4. MATERIAL DE INVESTIGACIÓN.

4.1 Legislación.

4.1.1 Nacional.

- 4.1.1.1. Constitución Política del Perú.
- 4.1.1.2. Declaración Universal de los derechos humanos.
- 4.1.1.3. Convención Americana de derechos humanos.
- 4.1.1.4. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- 4.1.1.5. Ley General de Salud.
- 4.1.1.6. Código Civil Peruano.

4.1.2 Internacional.

- 4.1.1.7. Ley Nacional de fertilización humana asistida de Argentina.
- 4.1.1.8. Constitución Política de Costa Rica.
- 4.1.1.9. Código Civil de Familia de Costa Rica.
- 4.1.1.10. Constitución Política de España.
- 4.1.1.11. Ley 14-2006 de España.
- 4.1.1.12. Ley de Fertilización Humana de Inglaterra.

4.2 Doctrina.

4.2.1 Internacional.

4.2.2 Nacional.

4.3 Jurisprudencia.

4.3.1 De la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

4.3.1.1 Consulta. Exp. 1388-2010 – AREQUIPA.

4.3.2 De la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia

4.3.2.1 CAS. N°. 5003-2007-LIMA.

4.3.2.2 EXP. 95-001734-0007-CO. Costa Rica.

5 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.

5.1 Métodos generales.

5.1.1 Análisis:

A través de este método, separaré e identificaré cada una de las partes que caracterizan la realidad problemática planteada, procediendo a establecer relaciones causales entre los elementos que componen el objeto de esta investigación.

5.1.2 Síntesis:

Este método, a su vez, nos ha permitido volver a integrar las particularidades de los procesos que conforman los presupuestos de la investigación a un todo luego de haber alcanzado a comprender su esencia.

5.1.3 Inducción:

A través de este método, partiré de la información recogida de casos particulares para que mediante la generalización establecer conclusiones lo más universales posibles.

5.1.4 Deducción:

Se hizo uso de este método para a partir de la información general que encontramos sobre el tema en las fuentes utilizadas llegar a

establecer aspectos concretos que plasmare en mis conclusiones, cumpliendo así nuestros objetivos planteados para la presente tesis.

5.2 Métodos específicos.

5.2.1 Exegético:

Permitirá estudiar lo referido a la filiación del adulto concebido por inseminación artificial heteróloga, analizar si se estas vulnerando derechos fundamentales.

5.2.2 Dogmático:

A través de este método se determinará la doctrina referente al Derecho a la Identidad Biológica; la cual constituirán los medios para interpretar el sentido de la norma jurídica.

5.2.3 Derecho comparado:

En la medida que se ha utilizado legislación internacional, la que ha sido analizada, con la finalidad de encontrar la manera de que ellos han regulado el tema de filiación en casos de inseminación artificial heteròloga y poder darle una vista amplia a nuestro problema planteado, referido a la protección del derecho a la identidad por filiación del adulto concebido por inseminación artificial heteróloga.

6 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

6.1 De recolección.

6.1.1 Técnica del Fotocopiado.

Esta técnica me sirvió para desarrollar el Marco Teórico de la presente investigación, de manera que facilitó la recolección de la información.

Instrumento: Fotocopia.

6.1.2 Técnica del Internet.

Esta técnica junto con sus instrumentos, se utilizó para el desarrollo del Marco Teórico, Marco Normativo, así también en la búsqueda de Sentencias, Casaciones, Consultas y Jurisprudencia sobre el tema materia de investigación. Instrumento: Páginas web.

6.1.3 Técnica de recopilación documental.

Esta técnica fue utilizada al seleccionar la información necesaria para la elaboración de la presente Tesina, en lo que respecta al Marco Teórico, Normativo y Contextual, así como en la búsqueda de Sentencias, Casaciones, Consultas y Jurisprudencia necesarias para el desarrollo de la misma. Instrumento: Libros.

6.1.4 Técnica del Escaneo.

Esta técnica consiste en que permite escanear un documento colocándolo de cara al panel de vidrio. Estos deben desplazarse en forma manual en el documento, por secciones sucesivas. La presente técnica fue utilizada al momento de escanear algunas páginas bibliográficas. Instrumento: Escáner.

CAPÍTULO IV.

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES.

CONCLUSIONES.

PRIMERA:

Debe regularse el derecho de filiación del adulto concebido por inseminación artificial heteróloga en el libro III del Código Civil vigente; pues se generan diversos problemas jurídicos que deben ser normados a fin de evitar la vulneración a derechos fundamentales.

SEGUNDA: La inseminación artificial heteróloga, trastoca de manera significativa las relaciones paterno filiales en el Código Civil.

TERCERA: El problema que surge con la aplicación de la inseminación artificial heteróloga, es que el marido de la madre de hijo, es el padre legal, pero no es el padre genético; por lo que, cabe la posibilidad de que conteste la paternidad, aun cuando haya restado su consentimiento.

CUARTA: En España, Inglaterra y Argentina se permite tener acceso a la información básica de su origen genético, al cumplir los 18 años. En Costa Rica se prohibió el uso de Técnicas de reproducción humana artificial.

QUINTA: El Artículo 7 de la ley General de Salud, no limita el uso de las técnicas de reproducción a las mujeres solteras. Vulnerando el derecho de filiación del concebido mediante estas técnicas.

SEXTA: La identidad biológica es un derecho fundamental constitucional, que permite conocer el verdadero origen.

SÉTIMA: La legislación actual no contempla los supuestos de hecho que se producen en nuestra sociedad, originados por los avances de la genética, en relación con las nuevas técnicas de reproducción asistida.

RECOMENDACIONES.

PRIMERA: Se debe normar dentro del libro III del Código Civil Vigente, que la aplicación de las técnicas de inseminación artificial heteróloga no determinan la filiación pero al cumplir los 18 años la persona nacida por esta técnica si pueda tener acceso a la información general de su progenitor.

SEGUNDA: Se debe incorporar al artículo 363º como causal de negación de paternidad matrimonial. Cuando no haya prestado su consentimiento para la aplicación de las técnicas de inseminación artificial asistida heteróloga en su cónyuge.

TERCERA: Se recomienda considerar los aspectos positivos de las legislaciones de España, Inglaterra y Argentina en cuanto a partir de los 18 años las personas nacidas por inseminación artificial asistida heteróloga, pueden tener acceso a información sobre su origen para así evitar futuros incestos o en caso de enfermedades que ponen en peligro su vida.

CUARTA: Los establecimientos sanitarios, debidamente autorizados deberán ofrecer con carácter previo, información y asesoramiento a las personas que deseen someterse al uso de las técnicas inseminación artificial, debiendo orientarlas sobre los distintos aspectos, riesgos y consideraciones de carácter biológico, jurídico y ético.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. MATERIALIZADAS.

- **PETER J LEWIS** (1989). *HUMAN EXPERIMENTACIÓN IN MEDICAL ETHICS*. boston: Jones and Bartlertt Publisher.
- **ANTONIO, Z. E.** (1990). *ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA FECUNDACIÓN EXTRAUTERIA*. LIMA: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÒLICA DEL PERÙ.
- **BEAUCHAMP, T., & CHILDRESS, J.** (2000). *PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS*. New York United State.
- **CHAVEZ, H. C.** (1991). *DERECHO DE FAMILIA PERUANO*. Lima: Studium.
- **COBAS COBIELLA, M.** (1995). *NUEVAS TECNOLOGIAS DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA*. LA HABANA: CIENCIAS TÈCNICAS.
- **Código Penal, del Perù** (1991). *Código Penal Peruano*. lima: Juristas editores.
- **DRANE, J. F.** (ABRIL de 2011). *CENTRO INTERDISCIPLINARIO DE ESTUDIOS EN LA BIOETICA*.
- **FE, C. P.** (1997). *INSTRUCCIÓN SOBRE LA VIDA HUMANA NACIENTE Y LA DIGNIDAD DE LA PROCREACIÓN*. lima: SALESIANAS.
- **GOMEZ GRANDA, M.** (1995). *TÈCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN DERECHO Civil 1*. LIMA: fondo de desarrollo editorial de la Universidad de Lima.
- **LLANOS ZULVAGA, R.** (1995). *Honorio Delgado y la Bioética en el Perú*. Perù.

- **Magaldi, N.** (2004). *DERECHO A SABER, FILIACIÓN BIOLÓGICA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*. Madrid: Ediciones Jurídicas y sociales.
- **MARTINEZ, C. M.** (2005). *EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN GENÉTICO*. COLOMBIA: LEYER.
- **MOSQUERA VASQUEZ, C.** (197). *DERECHO Y GENOMA HUMANO*. LIMA: SAN MARCOS.
- **OCHOA GUZMAN, O.** (2006). *DERECHO CIVIL I: PERSONAS*. VENEZUELA: UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO.
- **RATZINGE, J.** (1997). *INSTRUCCIÓN DONUM VITAE SOBRE EL RESPETO DE LA VIDA HUMANA NACIENTE Y LA DIGNIDAD DE LA PROCREACIÓN*. Roma.
- **RODRIGUEZ CADILLA PONCE, M. d.** (1997). *DERECHO GENÉTICO, TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA*. Lima: SAN MARCOS.
- **ROSPIGLIOSI VARSÌ, E.** (1995). *DERECHO GENÉTICO*. TRUJILLO: NORMAS LEGALES.
- **ROSPIGLIOSI, E. V.** (1996). *DERECHO Y MANIPULACIÓN GENÉTICA*. LIMA: fondo de desarrollo universidad de lima.
- **ROSPIGLIOSI, E. V.** (30 de octubre de 2011). *LOS NUEVOS DERECHOS DE LA PERSONA*. Obtenido de monografias: <http://www.monografias.com/trabajo16/invest-cientifica,shtml.com>
- **SCOLLE CONNOR, S. Y.** (1991). *BIOÈTICA*. Montevideo.

- VERDUSCO PARDO, GABIREL y VERDUSCO GUIZAR, ALEJANDRO. (1990). *INFERTILIDAD*. México: Limusa.
- VICENZI, C. M. (2004). *EL CONCEPTO DE FILIACIÓN EN LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL*. Lima: ARA.

2. DESMATERIALIZADAS

- http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf
- <file:///C:/Users/elisabeth/Downloads/Ley%20Nacional%2026862%20de%20Fertilizacion%20Asistida.pdf>
- http://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_Familia_costa_rica.pdf
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2006.html

ANEXOS

CAS. N° 5003-2007-LIMA. Lima, seis de mayo del dos mil ocho. LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número cinco mil tres-dos mil siete, en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: 1. MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, contra la Resolución de vista de fojas ciento setentiséis de fecha tres de agosto del dos mil siete, que confirmando la apelada de fojas setenta y siete, de fecha veintitrés de octubre del dos mil seis, declara improcedente su demanda de impugnación de maternidad; con lo demás que contiene. 2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Admitido el recurso de casación, fue declarado procedente mediante auto de fecha catorce de noviembre del dos mil siete, por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, argumentándose la contravención de los artículos VI del Título Preliminar y 399 del Código Civil; así como del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues se encuentran legitimados para impugnar la maternidad extramatrimonial los hermanos, en razón al interés moral que poseen, basta por ello acreditar el interés legítimo, no siendo exigible acreditar daño o afectación conforme lo señala la Sala de Familia; indica que a criterio de la Sala no basta que se acredite la condición familia (hermano-vínculo sanguíneo) para impugnar la maternidad, sino que habría que acreditar la afectación por el 246 supuesto reconocimiento falso, denunciando que esto último no es requisito exigido por la ley; refiere que en virtud a lo dispuesto por el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, la afectación se demuestra con el mismo acto impugnado (reconocimiento falso), para accionar, toda vez que este es inherente a la condición subjetiva del accionante; señala que sin perjuicio de su argumento relativo a que no es

exigible acreditar la afectación o menoscabo para iniciar una acción judicial, sostiene que según el artículo 399 del Código Civil, basta con acreditar interés legítimo, para establecer la existencia de la afectación consubstancial al acto impugnado, por lo que en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, la Sala debió revocar la apelada, pues aplicando el Derecho, es evidente el daño o afectación moral, psicológico, a corto o largo plazo ocurrido por la misma realización del acto impugnado que resulta de la falsedad de la relación materno filial; por ello sostiene que se interpone la demanda con la finalidad de enervar el reconocimiento de maternidad realizado, por ser ilegal, pues tal reconocimiento de maternidad le concede a la demandada derechos inherentes a la sociedad paterno filial, de manera que por el hecho del reconocimiento y el ejercicio de los derechos inherentes a él, el hijo de la recurrente se encuentra evidentemente afectado, pues existe separación entre hermanos de sangre y violación a derechos fundamentales que son propios del ius sanguinea, tales como el derecho a la identidad, integridad moral, integridad psíquica, libre desarrollo,, bienestar, mantenimiento y preservación de los vínculos paterno filiales y fraternales, intimidad familiar, identidad cultural; refiere además, que el interés para obrar es una situación jurídica subjetiva, esto es, la existencia de una situación jurídico procesal en razón a la particular condición del sujeto de derecho, y así, la acreditación de la afectación del derecho del derecho violado, desconocido, o incumplido (como exige la Sala) es consubstancial al momento de la aparición de la irregular situación jurídica acusada , por lo que resulta irrelevante para quien tiene la 247 condición única y particular del vínculo consanguíneo, tener que acreditar afectación para demostrar que posee interés moral para accionar judicialmente; así refiere que el ius sanguine per se otorga legitimidad para obrar a los hermanos en diversas circunstancias, las que indica con su base legal, señalando en ese sentido que, el

hermano tendrá derecho y legítimo interés para impugnar el faso reconocimiento de su hermano. 3. CONSIDERANDO. Primero: La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso se da cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido afectiva, el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales. Segundo: De la demanda de fojas cuarenta se aprecia que la recurrente Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, e invocando los artículos 45 y 399 del Código Civil impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de este, mediante la técnica de reproducción asistida denominada “ovodanación”, la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud. Tercero: Las instancias de mérito han declarado improcedente la demanda, fundamentando su decisión en que la parte demandante no ha acreditado interés económico o moral para ejercer la presente acción, al no demostrar que con el reconocimiento se hay afectado directa o indirectamente al hijo de la demandante, careciendo por ende de interés para obrar. 248 Cuarto: El interés para obrar, de acuerdo a la doctrina mayormente aceptada sobre el tema, es la utilidad que para el titular de un derecho subjetivo emana de la tutela jurisdiccional, y según Hugo Rocco se determina realizando un: “juicio de utilidad, parangonando los efectos de la providencia

jurisdiccional requerida con la utilidad que de tal providencia puede seguirse para quien la requiere, respecto de una determinada relación jurídica”. Quinto: La legitimación procesal es la capacidad de ejercicio, en el proceso, de los derechos civiles; es la aptitud que tiene la persona de obrar directamente en un proceso como parte, defendiendo sus derechos. La legitimidad ad causam es la titularidad que tiene la personas respecto del derecho que demanda; es un elemento de procedencia de la pretensión jurídica demandada. En caso que la parte actora no tenga la legitimidad ad causam, la acción será, evidentemente, improcedente. Sexto: Existe interés para obrar procesalmente, cuando la parte actora invoca una utilidad directa, manifiesta y legítima, de índole material o moral, que lo lleve a proteger un derecho mediante el ejercicio de la acción. El juicio de utilidad debe referirse, en cada caso, a los efectos del acto jurisdiccional que se pide, o también en sentido inverso, el perjuicio o daño que pueda causar al actor, la falta del pronunciamiento requerido. En suma, el interés para obrar tiene contenido procesal al significar un presupuesto del derecho de acción y supone un estado de necesidad que se busca sea atendido por el Estado a través del órgano jurisdiccional. Séptimo: De acuerdo a ello, el menor hijo de la demandante, y en cuyo nombre actúa, Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, es hermano paterno de la menor, que la demandada ha reconocido como su hija, conforme al resultado del examen de ADN, según documento obrante a fojas diez, del que se colige que el padre de ambos menores es Custodio Olsen Quispe Condori, por lo que impugna dicho reconocimiento por las razones que expone, sosteniendo interés legítimo, pues este no concuerda con realidad biológica, existiendo a ese efecto el parentesco consanguíneo. Octavo: Por lo tanto, no se trata de acreditar solamente la afectación al recurrente por el reconocimiento, sino el legítimo interés en el 249 pronunciamiento, por su condición de hermanos del menor hijo de la demandante y la

menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, en la necesidad de que el órgano jurisdiccional decida, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que se señala transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad. Noveno: Por último, el interés legítimo a que se refiere el artículo 399 del Código Civil, ésta referido a una circunstancia de carácter personal, la parte es titular de un interés propio, distinto de cualquier otro, que proyectada al presente caso se encuentra dada por la condición de hermanos, lo que asegura el carácter personal, propio y legítimo del interés; además de ser único respecto a terceros que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco consanguíneo, con las consecuencias que determinan los artículos 475 del Código Civil y 93 del Código de los Niños y Adolescentes que regulan la prelación de los obligados a prestar alimentos, así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca sus intereses. Décimo: Estando además a lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, en cuanto al interés moral. 4. DECISIÓN: a) Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el dictamen fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, y estando a lo establecido en el artículo 396 inciso 2 ordinal 2.3 del Código Procesal Civil: Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas; en consecuencia NULA la resolución de vista fojas ciento setenta y seis de fecha tres de agosto del dos mil siete; INSUBSISTENTE la apelada de fojas setenta y siete, su fecha veintitrés de octubre del dos mil seis. b) ORDENARON que el Juez de la causa expida nueva resolución estando a los considerandos precedentes. c) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; Interviniendo como Vocal Ponente el Señor Sánchez-Palacios Paiva; y los devolvieron. 250

SS. SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, CAROAJULCA BUSTAMANTE, MANSILLA NOVELLA,
MIRANDA CANALES, VALERIANO BAQUEDANO.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

San José, a las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil.-

Acción de inconstitucionalidad promovida por Hermes Navarro Del Valle, portador de la cédula de identidad 1-618-937 contra el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, publicado en "La Gaceta" N° 45 del 3 de marzo de 1995 .

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 9:00 horas del 7 de abril de 1995 (folio 1), el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del Decreto N° 24029-S y aduce que la "Fecundación In vitro y Transferencia de Embriones" o FIVET es un servicio lucrativo, mediante el cual se procura implantar por métodos artificiales óvulos fecundados -en adelante "concebidos"- en el laboratorio dentro del útero de una mujer y así lograr embarazos cuando éstos son difíciles de lograr por la forma natural. El actor describe el procedimiento según varios estudios médicos. Afirma que en el IV Congreso de Fecundación In-Vitro, celebrado en Melbourne, Australia en noviembre de 1985, se dieron las siguientes cifras: entre 1982 y 1985 se realizaron en todo el mundo más de 30,000 tentativas de fecundación in- vitro con transferencia del concebido, de ellas nacieron 2,300 niños. El porcentaje de malformaciones en general fue mayor al registrado en la fecundación natural. Señala que a pesar del mayor dominio de la técnica, la FIVET está lejos de asegurar un embarazo, pues la tasa de éxito global está entre el 12% y el 20 % de los embarazos. En el Congreso de Helsinki, a finales de 1985, se dieron otras cifras: se indicó que de los 14.585 óvulos fecundados artificialmente, sólo llegaron a ser embriones viables 7,98 de los cuales se perdieron 6,624 y resultaron operativos 1,369 embarazos, de ellos se produjeron 628 abortos y unos 600 nacimientos. Indica que con

esta técnica extracorpórea de reproducción humana se resuelven apenas el 17 % de los casos de esterilidad de la pareja, porcentaje poco superior al de otros métodos como el microquirúrgico; la pérdida de embriones es, por tanto, elevadísima. Señala que por Decreto 24029-S se aprobó el Reglamento para las Técnicas de Reproducción Asistida que incluye la llamada Fecundación In Vitro, publicado el 3 de marzo de 1995 en el Diario Oficial La Gaceta Nº45. Este reglamenta la práctica de la Fecundación In Vitro en Costa Rica. Considera que no sólo la práctica generalizada de esta técnica violenta la vida humana, sino que por las características privadas y aisladas en que se desarrolla, sería de difícil implementación y control para el Estado, que no podría garantizar que se cumpla el procedimiento mencionado. El actor fundamenta la admisibilidad de la acción en el artículo 75 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pues en el presente caso se trate de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto, pues cualquier persona puede accionar en favor del derecho a la vida. Señaló que la Constitución Política, en su artículo 21, establece que la vida humana es inviolable, norma que tiene la amplitud necesaria para la protección de ese derecho. La vida inicia desde el momento de la fecundación, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos -voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada- resulta en una evidente violación al derecho a la vida humana, contenido en la norma constitucional antes citada. Señala que la Convención Americana de Derechos Humanos -aprobada por ley Nº4534 del 23 de febrero de 1970- establece en su artículo 4 que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, derecho que estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Asimismo su artículo 1, inciso 2 establece que para los efectos de la Convención, persona es todo ser humano. La Convención aclara que para efectos de su articulado persona es todo ser

humano, y ser humano se es desde el momento de fecundado el óvulo, por lo que considera que manifestar que se es ser humano en un lapso posterior a este hecho nos llevaría a volver a una etapa en la que el hombre determinaba quién tenía esa condición y quién era simplemente un objeto sin derechos. Indica que según un documento elaborado por la Sociedad Suiza de Bioética, el embrión humano posee la dignidad y los derechos fundamentales reconocidos al ser humano; no se puede atentar contra su integridad ni destruirlo, ya sea intencionalmente o por negligencia, agregando que conferirle al embrión un estatuto artificial, a medida de nuestros deseos, o de una ideología, o de las necesidades de la ciencia o de la sociedad, constituyen una corrupción inadmisibles de la razón. Tal documento señala que la ciencia y la técnica no se deben empeñar en una investigación que menosprecie la dignidad y los derechos fundamentales de un ser humano. Cita el actor el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por ley N°4229 del 11 de diciembre de 1968 y afirma que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, por lo tanto, no requiere de una ley para concederle dicho derecho, es suyo por el simple hecho de su humanidad. Como se dijo, los óvulos fecundados son personas humanas y tienen de por sí el derecho inherente a la vida, no requieren de una normativa para adquirir dicho derecho ni puede ningún reglamento, ley, o convención quitarle o disminuirle ese derecho a la vida. Cita también la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N°7184 del 18 de julio de 1990 y señala que de su preámbulo y artículo 6 se desprende que el niño -toda persona menor de 18 años, incluso antes de su nacimiento, desde la concepción- debe ser protegido. Menciona asimismo la protección que se consagra en el artículo 31 del Código Civil. Manifiesta que la Fecundación In vitro es un negocio y no una cura para una enfermedad ni un tratamiento de emergencia para salvar una vida -como los casos de aborto permitidos por

el Código Penal-. Manifiesta que el decreto impugnado dispone en sus artículos 9 y 10 que está prohibida la fertilización in vitro de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento y el artículo 10 señala que todos los óvulos fecundados deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones o preservarlos para la transferencia en ciclos subsecuentes de la paciente o de otras pacientes. A su juicio, pese a estas disposiciones, la simple manipulación de concebidos en un número aproximado de seis por madre, para que sobreviva por lo menos uno, infiere que cinco de ellos morirán para poder ganarle el juego a los porcentajes. Algunos aducen que en el proceso natural de reproducción también se pierden "concebidos", pero el defecto esencial de este argumento es que la producción técnica de efectos negativos no queda éticamente justificada por el hecho de que tales efectos puedan producirse por fallos o catástrofes naturales. Allí donde comienza la manipulación técnica por parte del hombre, entra en escena la responsabilidad ética del técnico. Manifiesta que otro problema de la técnica es la posibilidad de mantener concebidos congelados, y el hecho de que el decreto lo prohíba al final del artículo 10 no garantiza que no se practique, ya que podrían darse varias circunstancias, como que una vez concebidos, muera la madre por enfermedad o accidente antes de la implantación de los concebidos, o bien puede que la madre sufra una complicación médica que impida el implante, como derrame cerebral, ataque al corazón, etc. Asimismo, puede que los progenitores tengan una riña, que tenga como resultado la negativa de la madre a dejarse introducir los concebidos o sea los hijos del marido en conflicto. Aún más preocupante sería definir en cada caso anterior, la situación legal del niño concebido. Señala que otra forma de fecundación permitida por el decreto en sus artículos 5 y 6 es la llamada fecundación artificial heteróloga, la cual se presenta

cuando la fecundación del óvulo de la mujer casada se hace con el semen de un tercero. Este tipo de fecundación ha suscitado reparos, ya que se llega a la procreación con un componente genético extraño a los cónyuges. Los Códigos de Familia de Bolivia y Costa Rica -artículo 72-, establecen que la inseminación artificial con semen de un donante, con consentimiento del marido, equivale a la cohabitación para efectos de la filiación y la paternidad, no adquiriendo el tercero u obligación como padre. El decreto no precisa si el donante tiene derecho a permanecer anónimo, sin embargo la Constitución en su artículo 53 garantiza el derecho de todo ser humano a saber quiénes son sus padres. Menciona además, los posibles efectos negativos en el desarrollo emocional del niño concebido mediante la técnica FIVET, a quien se le perturba el derecho a la intimidad, al convertirse en un divo, un emblema.

2.- Por resolución de las 13:50 horas del 16 de mayo de 1995 (folio 170), se le dio curso a la acción, confiriéndosele audiencia a la Procuraduría General de la República.

3.- Los edictos respectivos fueron publicados en los Boletines Judiciales números 121, 122 y 123, de los días 26, 27 y 28 de junio de 1995.

4.- La Procuraduría General de la República rindió su informe (folios 175 a 202) y considera que la acción es admisible pues es difícil encontrar en cabeza de una persona determinada la individualización de la lesión que pueda provocar el decreto que se impugna. Estamos además en presencia de un interés difuso, como es el respeto a la vida, la salud y la dignidad humana. En cuanto al fondo, considera que el decreto es inconstitucional por violación al principio de reserva de ley, pues existe prohibición para que el Poder Ejecutivo, a través de un reglamento, de la clase que sea, regule en vía original y primaria el derecho a la vida y la dignidad humana. Pese a la evidente

inconstitucionalidad del decreto cuestionado, considera la Procuraduría que es preciso hacer varias reflexiones sobre los aspectos planteados por el accionante, la primera de ellas es determinar si en el producto de la fecundación existe vida y, en su caso, la protección a esa vida y en concreto de vida humana en el producto. Se ha sostenido desde el punto de vista religioso, jurídico, ético e incluso biológico, que la vida comienza a partir de la concepción, de la unión de un gameto masculino con uno femenino, momento en que es individualizable una nueva vida desde el punto de vista genético. Sin embargo, este concepto es cuestionado por la ciencia médica, pues algunos señalan que la vida embrionaria comenzaría 14 días después de la fecundación y hasta ese momento, con su implantación, los primeros esbozos de tejido nervioso y con ello, la individualización. Esa consideración ha conducido a alguna doctrina y legislación extranjera a acuñar el término pre embrión -por ejemplo en España la Ley N°35-1988 de 22 de noviembre de 1988-. Por ello, si el comienzo de la vida de un ser humano tuviese que ser definida, médicamente podría darse una definición que se aparte de la indicada. Si se desconoce la existencia de vida humana, surgen riesgos de experimentación y manipulación. Asimismo, podría cuestionarse la procedencia de una protección jurídica que restrinja o simplemente regule la manipulación de esa vida "no humana". A juicio de la Procuraduría, del artículo 21 de la Constitución Política se desprende que desde el momento en que se determine que existe vida, se impone la protección constitucional. Poco importa que esa vida no se haya materializado en un ser humano, por el contrario, la protección se da desde su existencia en la forma más primigenia que sea. Podría discutirse que, al incorporar dicha norma, el constituyente tenía presente la vida a partir del nacimiento, sin embargo, cabe recordar que civilmente el concebido era ya objeto de protección jurídica bajo el Código Civil. Además, la Convención Americana de Derechos

Humanos no da margen de duda en cuanto al hecho de que la protección a la vida anterior al nacimiento constituye un derecho fundamental -artículo 4-. La Convención se manifiesta expresamente porque existe vida humana a partir de la concepción, y, en virtud de la aprobación por ley N°4534 de 23 de febrero de 1970, esa Convención tiene valor constitucional. En virtud de lo dispuesto en ese instrumento de Derechos Humanos, no podría discutirse en Costa Rica si el preembrión, el embrión, y con mucha mayor razón el feto, son titulares del derecho a la vida y que esa vida está constitucionalmente protegida. En ese sentido afirma la Procuraduría, que en caso de que el producto de la fecundación artificial sea eliminado o destruido voluntaria o involuntariamente, por ejemplo, por impericia del médico o por la inexactitud de la técnica utilizada, se daría una violación al derecho a la vida, sancionable en los términos que el ordenamiento establezca o llegue a establecer. Desde el punto de vista civil hay que recordar que el artículo 31 del Código Civil señala que toda persona se reputa nacida para lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento, es decir antes de su concepción. En cuanto a las regulaciones del decreto impugnado indicó el Organo Asesor que su artículo 9 tiene por objeto evitar que preembriones o embriones puedan ser congelados o manipulados de cualquier otra forma, de allí que se prevea la implantación de todos los productos. En ese sentido puede considerarse que la disposición reglamentaria respeta la vida y la dignidad humana. Lo que puede discutirse es el número de óvulos que se permite sea fertilizado. No puede desconocerse que existe un gran riesgo de que la técnica fracase, sea porque no se dé la fertilización, o porque al implantarse el producto en la mujer sea rechazado, lo que hace necesario que se implante más de un óvulo. Sin embargo, si tomamos en cuenta que en otros ordenamientos se considera suficiente la fecundación de tres óvulos - Ley de Protección de Embriones de Alemania, así como en

Costa Rica no es posible la criocongelación, no se determina la razonabilidad de la disposición que contempla la posibilidad de fecundar hasta 6 óvulos, todos los cuales deberán ser implantados. Al respecto, un criterio es el contenido en la Ley Española en cuanto dispone que sólo pueden ser transferidos al útero "el número de embriones valorado desde el punto de vista científico como el más adecuado para asegurar razonablemente un embarazo" y es de esperar que el avance de la técnica determine la necesidad de implantar pocos embriones. Esa necesidad de apreciación técnica es importante sobre todo si se considera que el hecho de que no sobreviva el óvulo fecundado en el vientre de la madre puede ser considerado un microaborto y como allí hay vida humana, se plantea el problema de la protección jurídica en términos del objeto de la técnica en sí misma o, en el caso, la necesidad de definir porqué y para qué producir una fecundación -sea vida humana- si se sabe que no tendrá éxito. El artículo 10 prohíbe desechar o eliminar embriones o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes. El accionante estima que la norma no garantiza que no se mantengan concebidos congelados, lo cual abre la posibilidad de que se den situaciones como que muera la madre por enfermedad o en accidente antes de la implantación de los concebidos, caso en el cual quedarían huérfanos, o que a consecuencia de una disputa, la madre puede negarse a la implantación o que la estadía de los concebidos en la caja de cristal se prolongue porque la madre tenga una complicación médica. Tales eventualidades generarían problemas que no encuentran una respuesta en la sola prohibición contenida en esa norma. Pareciera que en la hipótesis en que la implantación del óvulo fecundado no sea posible, o en caso de que sea necesario retardarla, el camino es la crioconservación -con todos los problemas jurídicos (respeto a la vida y dignidad humanas) éticos y científicos que implica o la eliminación pura y simple

del embrión a pesar de lo dispuesto. En todo caso, estima la Procuraduría que ninguna de las soluciones indicadas se compagina con la dignidad que encierra la vida humana. La Fecundación In Vitro constituye una técnica para solucionar un problema, sea la infertilidad, en la medida en que el objeto de esa técnica se modifique, se desnaturaliza la técnica con el riesgo de atentar contra la vida y la dignidad humanas. Entre las conductas que se consideran contrarias a la dignidad humana están el aporte de un gameto en contraprestación de una suma de dinero, los contratos de madre sustituta, pre-adopción, etc., el decreto ejecutivo pretende evitar situaciones degradantes de la condición humana en su artículo 12, norma acorde con el ordenamiento constitucional porque la libertad de disponer de sí mismo tiene como límite la propia dignidad humana. En cuanto a la posibilidad de que se realice la fecundación artificial heteróloga, la Procuraduría señala que existe un derecho fundamental a la familia, según se deriva del artículo 51 de la Carta Fundamental, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 7, 8,9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Relacionando ese derecho con la fecundación In Vitro, podríamos decir que todo niño tiene el derecho a nacer en el seno de una familia, así como a ser criado y educado por sus padres, por lo que la técnica debe desarrollarse tomando en cuenta este aspecto. Señala que debe tomarse en cuenta la protección que el ordenamiento otorga a la familia de hecho, tal y como lo ha puesto en evidencia la Sala en reiteradas sentencias. Pese a que existe un derecho a la privacidad en la relación marital, cuando esa relación trasciende lo externo y se refiere a valores como la vida y la dignidad humana, la intervención estatal se hace necesaria. No es posible aceptar que los padres tengan derecho a disponer del preembrión, embrión o feto, pues éste es un tercero que tiene derechos propios. En cuanto a la Fecundación in Vitro heteróloga, el

Decreto pretende regularla, pero no se regula nada en cuanto a la identidad del donante, y establece que el donante no asume derecho ni responsabilidad alguna respecto del nacido. Se aplica una presunción de paternidad del esposo, lo que no excluye, eventualmente, la posibilidad de impugnación.

5.- El actor presentó el recurso de amparo N°1149-E-96 contra la "práctica de la fecundación in vitro", por estimar que viola la vida humana. Por voto 1323-96 de las 10:42 horas del 22 de marzo de 1996 la Sala dispuso tener ese amparo como coadyuvancia en la acción de inconstitucionalidad N°1734-95.

6.- La vista señalada en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se celebró el día 12 de junio de 1997, a las 9:10 horas, con la presencia de los señores magistrados Rodolfo Piza Escalante (quien presidió), Luis Fernando Solano Carrera, Carlos M. Arguedas Ramírez, Ana Virginia Calzada M., Adrián Vargas B., José Luis Molina Q. y Mauro Murillo A.; y el Procurador General Adjunto de la República, Farid Beirute Brenes, en compañía de la Dra. Magda Inés Rojas.

7.- Por resolución de las 13:30 horas del 30 de junio de 1997 se convocó a una audiencia a las partes y al Ministerio de Salud, a la Caja Costarricense de Seguro Social, al Colegio de Médicos y Cirujanos y al Instituto Costarricense de Infertilidad, con el fin de que expertos evacuaran dudas de los magistrados sobre la Técnica de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIVET). La audiencia se celebró a las 9:15 horas del 7 de agosto de 1997 con la presencia del Magistrado Rodolfo E. Piza Escalante, quien presidió y los Magistrados Luis Fernando Solano Carrera, Eduardo Sancho González, Ana Virginia Calzada Miranda, Adrián Vargas Benavides, José Luis Molina Quesada y Fernando Albertazzi Herrera. Se presentó el accionante Lic. Hermes Navarro del Valle, acompañado

de los doctores Marta Garza y Alejandro Leal Esquivel. En representación de la Procuraduría General de la República el Dr. Román Solís Zelaya, Procurador General, el Lic. Farid Beirute Brenes, Procurador Adjunto, la Doctora Magda Inés Rojas y el Doctor Francisco Fuster Alfaro. Acreditados por la Caja Costarricense de Seguro Social concurren los doctores Ricardo Slon Hitti y Hernán Collado Martínez; por parte del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica acudieron los doctores Gerardo Montiel Larios y Fernando Sánchez Arroyo y por el Instituto Costarricense de Infertilidad, el Doctor Gerardo Escalante López.

8.- En los procedimientos se ha cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Piza Escalante**; y,

Considerando:

I.- Sobre la admisibilidad. La acción es interpuesta por el recurrente en forma personal y directa y es admisible de conformidad con el artículo 75 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Se cuestiona la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo 24029-S de 3 de febrero de 1995 por considerar que infringe dos valores fundamentales del ordenamiento jurídico, el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano. Frente al interés del accionante en impugnar el decreto que regula la Fertilización In Vitro, en la forma en que ha sido impugnada, no hay en el asunto interesado individual y directo en su eliminación, sino que lo que podría haber es, más bien, el interés de conservar la norma o ampliar su contenido con el fin de acceder a ella.

II.- Sobre el objeto de la acción: El decreto N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995 autoriza en el artículo 1º la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establece reglas para su realización. En el artículo 2º define las técnicas de reproducción asistida como "todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio". A continuación se transcriben las normas que regulan específicamente la técnica de fertilización in vitro, cuestionadas por el accionante.

"Artículo 9.- En casos de fertilización in vitro, queda absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento.

Artículo 10.- Todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes.

Artículo 11.- Quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo.

Artículo 12.- Queda absolutamente prohibido comerciar con células germinales -óvulos y espermatozoides- para ser destinados a tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean éstas homólogas o heterólogas.

Artículo 13.- El incumplimiento de las disposiciones aquí establecidas faculta al Ministerio de Salud para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento en el que se cometió la infracción, debiendo remitirse el asunto en

forma inmediata al Ministerio Público y al Colegio Profesional respectivo, para establecer las sanciones correspondientes."

III.- Inconstitucionalidad por la forma del Decreto N° 24029-S por infracción del principio de reserva legal. La reiterada jurisprudencia de este Tribunal -especialmente la sentencia 3550-92 de las 16:00 horas del 24 de noviembre de 1992- ha señalado que el principio de "reserva de ley" exige que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales - todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-. Asimismo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial" y que ni aun en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial: que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley. A ésta están sujetas las regulaciones del derecho a la vida y la dignidad del ser humano, valores primordiales de la sociedad, cuyo respeto y protección da sentido a todos los demás derechos y libertades fundamentales en el Estado Democrático de Derecho. La regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resulta incompatible con el Derecho de la Constitución. En conclusión, el Decreto N° 24029-S impugnado es

inconstitucional, en su totalidad, por violación del principio de reserva legal, y en consecuencia debe ser anulado.

IV.- Inconstitucionalidad del Decreto Nº 24029-S: La Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia de Embriones. Aduce, además, el actor que la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones regulada en el decreto impugnado violenta el derecho a la vida y la dignidad del ser humano. Para abordar el tema es preciso hacer una breve descripción de la técnica en cuestión, con base en los documentos aportados por las partes y la información recabada en la audiencia celebrada el 7 de agosto de 1997. Al respecto, debe indicarse que, primero, se recogen los gametos masculino o femenino, para lo que existen diversos métodos. Una vez conseguido esto, el o los óvulos se trasladan a un recipiente especial que actúa como incubadora, con un medio de cultivo similar al ambiente natural del ovario. En todos los sistemas, incluyendo el autorizado por el decreto que se cuestiona, se dan dos fenómenos: se excita artificialmente la producción de varios óvulos por la mujer y la fertilización se produce en un alto porcentaje de los óvulos. Fecundado el óvulo, el embrión se transfiere a un medio de cultivo para que inicie su división mitótica o desarrollo embrional. La transferencia del embrión se puede hacer por dos vías: transcervical y transcutánea. Finalizada la operación, la paciente permanece en el hospital un día y durante tres o cuatro días limita su actividad. A las dos semanas se realizan análisis de la concentración plasmática de la fracción beta de la HCG, con el fin de hacer un diagnóstico precoz de embarazo. Esta es la etapa más difícil del proceso y en la que se origina la mayoría de los fracasos, por ello los equipos médicos acostumbran transferir de tres a cuatro embriones al útero, siendo lo más generalizado no implantar más de cuatro por el riesgo de embarazo múltiple. Por lo

general aunque el Decreto lo prohíba- los huevos fertilizados que no se implantan en el útero de la mujer son desechados o mantenidos en congelación para su utilización futura.

V.- La protección constitucional del Derecho a la Vida y la Dignidad del ser humano: El inicio de la vida humana. Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sinsentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto -célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal- se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no

diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva -primer esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término preembrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la "criatura única" desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, no fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el

ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.

VI.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y en nuestra Constitución

Política. Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos, cabe destacar que, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, -cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho-, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, -adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948 que afirma "*Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*" -, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda persona "*tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*" (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin

la cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el Pacto de San José en su artículo 4.1:

"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N°7184 del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona *"el nacimiento"*. Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga *"debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*. Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que *"la vida humana es inviolable"*.

VII.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación

costarricense: Legalmente, el artículo 31 del Código Civil establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera *"nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento"*, con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su status de persona. El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N°7739 de 6 de enero de 1998, se refiere los derechos que se estudian de la siguiente manera:

"Artículo 12. Derecho a la Vida. La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción (...)"

El concepto de menor abarca tanto al niño como al adolescente, y la misma ley señala que "niño" se es "desde su concepción hasta sus 12 años".

"Artículo 13. Derecho a la protección estatal. La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral".

El derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida no hay humanidad, ahora bien, como todo derecho, lo es en tanto que es exigible ante terceros. El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella -formulación negativa-, pero también a exigir de otras conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia. De las normas citadas y especialmente del artículo 21 constitucional, 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se deriva claramente que la vida humana se protege desde la concepción, lo cual ya ha sido afirmado por esta Sala desde su jurisprudencia más temprana (voto 647-90). Esta es la segunda premisa con base en la cual se analizará la constitucionalidad de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIVET). Las normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia.

VIII.- Conclusiones: A).- La Sala circunscribe la cuestión al análisis de la técnica de fecundación in vitro en relación con el derecho a la vida y la dignidad del ser humano, por lo que omite pronunciamiento sobre los problemas atribuidos a tal técnica, en el sentido de que plantea serios inconvenientes cuya solución no está contemplada en las normas vigentes en Costa Rica, especialmente en el Derecho de Familia y el Derecho Penal. Este Tribunal acepta que los avances científicos y tecnológicos en el campo de la medicina, en general, tienden al mejoramiento de las condiciones de vida del ser humano. El desarrollo de técnicas de reproducción asistida ha posibilitado que muchas parejas estériles alrededor del mundo consigan tener hijos. Sin embargo, es preciso cuestionarse si todo lo científicamente posible es compatible con las normas y principios que tutelan la vida humana, vigentes en Costa Rica, y, hasta qué punto, la persona humana admite ser objeto o resultado de un procedimiento técnico de producción. Cuando el objeto de la manipulación técnica es el ser humano, como en la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones el análisis debe superar el plano de lo técnicamente correcto o efectivo. Debe prevalecer el criterio ético que inspira los instrumentos de Derechos Humanos suscritos por nuestro país: el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraría permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desechado. El decreto prohíbe la selección de embriones, su congelamiento y eliminación, y la experimentación con estos seres humanos, a diferencia de la práctica común en el resto de los países del mundo ñes muy ilustrativa la permisiva ley española "Ley sobre Técnicas

de Reproducción Asistida" Nº35/1988 de 22 de noviembre de 1988-, que en el artículo 11, párrafos tercero y cuarto, dispone:

"Los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años. 4. Pasados dos años de crioconservación de gametos o preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los Bancos correspondientes."

El artículo 12 dispone, por su parte:

"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."

El artículo 15 de esa ley permite la investigación o experimentación en preembriones vivos si se cuenta con el consentimiento escrito de las personas de las que proceden, y si no se desarrollan in vitro más allá de catorce días después de la fecundación del óvulo, descontando el tiempo en que pudieren haber estado crioconservados. Se permite la investigación en preembriones in vitro viables, si ésta es de carácter diagnóstico y con fines terapéuticos o preventivos, siempre que no se modifique el patrimonio genético no patológico. Finalmente, la ley española regula aún los casos en que puede investigarse en preembriones, con otros fines que no sean de comprobación de su viabilidad o diagnósticos.

IX. Conclusiones: B).- En relación con lo expresado, cabe concluir que tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A juicio de este Tribunal

no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. Ha quedado claro a este Tribunal que durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal, pues no se implantan, o bien se implantan pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo. No es casual que se intente fecundar más de un óvulo por ciclo, pues la transferencia de múltiples embriones al útero de la madre - generalmente no más de cuatro- aumenta las posibilidades de lograr un embarazo. La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aun logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la FIVET implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un

porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta- viola su derecho a la vida, por lo que la Técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas. Salvan el voto los Magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda y declaran sin lugar la acción.

Por tanto:

Se declara con lugar la acción. Se anula por inconstitucional, el Decreto Ejecutivo N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995. Esta declaratoria es retroactiva a la fecha de vigencia de la norma impugnada, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe. Notifíquese. Publíquese íntegramente esta sentencia en el Boletín Judicial. Reséñese el Diario Oficial "La Gaceta".

R. E. Piza E. Presidente/Luis Fernando Solano C./Luis Paulino Mora M./Eduardo Sancho G./Carlos M. Arguedas R./Ana Virginia Calzada M./Adrián Vargas B.

LOS MAGISTRADOS ARGUEDAS RAMIREZ Y CALZADA MIRANDA, SALVAMOS EL VOTO Y DECLARAMOS SIN LUGAR LA ACCIÓN, CON BASE EN LAS CONSIDERACIONES QUE A CONTINUACIÓN EXPONEMOS Y QUE REDACTA LA ÚLTIMA:

I.- La Técnica de Fecundación In Vitro, en los términos en que se regula en el Decreto Ejecutivo N°24029-S, no es incompatible con el derecho a la vida ni a la dignidad humana, sino que por el contrario, constituye un instrumento que la ciencia y la técnica han concedido al ser humano para favorecerla, ya que la infertilidad, a nuestro juicio, debe ser vista como la consecuencia de un estado genuino de enfermedad, por lo que debe ser atendida dentro de este contexto, a los efectos preventivos, diagnósticos y terapéuticos. Defendemos que el engendrado no nacido es sujeto de tutela en nuestro Estado de Derecho, conforme a la Constitución Política y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos - especialmente el Pacto de San José-, que le reconocen su derecho a la vida, a la dignidad y a recibir protección del Estado. En consecuencia, repudiamos que pueda ser manipulado con fines de experimentación, sometido a crioconservación o peor aún, que embriones humanos sean desechados en el laboratorio sin ser implantados en el útero de su madre. Las Técnicas de Reproducción Asistida, amplia gama de procedimientos que tienen como finalidad aumentar las posibilidades de concepción a través de un acercamiento entre óvulo y espermatozoide por diversos medios, se ofrecen como un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que, aunque no está expresamente reconocido en nuestra Constitución Política, se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar

y la libertad para fundar una familia. El derecho a la reproducción involucra, a nuestro juicio, el propio derecho a la vida, ya no en su dimensión individual, sino en una colectiva: el derecho a contribuir a la preservación y continuidad de la especie humana. Tampoco compartimos la posición de la mayoría, en cuanto declara inconstitucional el Decreto N°24029-S por infracción al principio de reserva legal, pues a nuestro juicio, la titularidad de estos derechos autoriza su ejercicio sin necesidad de que exista una regulación permisiva.

II.- El derecho a la reproducción, como derecho a la autodeterminación física, permite al sujeto acceder tanto a la reproducción natural, como valerse de las nuevas tecnologías reproductivas. Eso sí, con los límites ya mencionados, que tienden a proteger la integridad física y la vida del nuevo ser, así como la integridad no sólo física, sino psíquica y social, de los pacientes que recurren a estos procedimientos, y que a nuestro juicio se plasman en el Decreto aquí debatido. Específicamente, los artículos 9 y 10 prohíben la fertilización de más de seis óvulos; obligan a implantar todos los que sean fecundados en el útero de la madre y proscriben su eliminación o conservación para ser utilizados en ciclos subsecuentes. Tales disposiciones protegen de forma suficiente el derecho a la vida y la dignidad de los no nacidos, pues de acuerdo con las opiniones técnicas que se han aportado a esta Acción de Inconstitucionalidad, raras veces los seis óvulos son fecundados -generalmente son tres, pero si lo fueran, es posible que los seis embriones puedan terminar con éxito el embarazo. Asimismo, dados los avances de la medicina, también es factible que niños producto de un embarazo múltiple, sobrevivan aunque su nacimiento sea prematuro. Es por ello que, a diferencia del criterio de la mayoría, estimamos que el hecho de que algunos o todos los embriones colocados en el útero de la madre como parte de la Técnica de Fecundación In Vitro no lleguen a implantarse, o si

se implantan, el embarazo no llegue a término, es una circunstancia natural que depende de la configuración genética que la naturaleza designó para cada uno de los embriones concebidos gracias a la facilitación de la unión de óvulo y espermatozoide. Es esa característica de cada uno ellos, la que determina si son capaces o no de mantener un embarazo, es decir, se presenta una medida selectiva natural, en la que no interviene de manera alguna el equipo médico que desarrolla la técnica. Por todo lo anterior, consideramos que la Técnica de Fecundación in Vitro, tal y como está regulada en el Decreto cuestionado no atenta contra el derecho a la vida y a la dignidad humana, sino que por el contrario es una herramienta que la ciencia ha puesto a la mano de las personas para que ejerzan su derecho a la reproducción, a fundar una familia, valores protegidos por nuestro Estado Democrático de Derecho.

Carlos Ml. Arguedas R.

Ana Virginia Calzada M.