



**UNIVERSIDAD NACIONAL
FEDERICO VILLARREAL**

**Vicerrectorado de
INVESTIGACION**

ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO
**“IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD EN LOS CASOS DE INSEMINACIÓN
ARTIFICIAL”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE:
MAESTRA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

AUTOR

CASTAÑEDA TINTAYA SILVIA NORA

ASESOR:

DRA. KARINA TATIANA ALFARO PAMO

JURADO:

DR. PEDRO ANTONIO MARTINEZ LETONA

DR. JOSE ANTONIO JAUREGUI MONTERO

DR. JORGE ALARCÓN MENÉNDEZ

LIMA - PERU

2019

DEDICATORIA

Dedico este trabajo principalmente a Dios, por permitirme desarrollar y avanzar en mi formación profesional. A mi madre, por ser la estrella que alumbra mi camino. A mi padre, que con su coraje y ahínco es el empuje en este camino lleno de adversidades y metas por cumplir.

INDICE

| | |
|---|-----------|
| DEDICATORIA..... | II |
| RESUMEN..... | V |
| ABSTRACT | VII |
| I. INTRODUCCION | 1 |
| 1.1. Planteamiento del problema | 2 |
| 1.2. Descripción del problema..... | 3 |
| 1.3. Formulación del problema..... | 4 |
| 1.4. Antecedentes..... | 4 |
| 1.5. . Justificación de la Investigacion..... | 5 |
| 1.6. limitaciones de la investigación..... | 6 |
| 1.7. . Objetivos..... | 7 |
| 1.8. Hipótesis | 7 |
| II. MARCO TEÓRICO | 8 |
| 2.1. Marco Conceptual..... | 8 |
| 2.2. Definición de términos | 61 |
| III. METODO | 63 |
| 3.1. Tipo de la investigación..... | 63 |
| 3.2. Población y muestra | 64 |
| 3.3.Operacionalización de variables | 65 |
| 3.4. Instrumentos | 65 |
| 3.5. Procesamiento de datos | 66 |

| | |
|---|-----|
| 3.6. Análisis de datos | 66 |
| IV. RESULTADOS | 69 |
| 4.1 Resultados de la investigación..... | 69 |
| 4.2 Prueba de Hipótesis: | 70 |
| 4.3 Análisis e interpretación de resultados | 70 |
| V. DISCUSION DE RESULTADOS..... | 85 |
| VI. CONCLUSIONES..... | 86 |
| VII. RECOMENDACIONES | 87 |
| VIII. REFERENCIAS | 88 |
| IX. ANEXOS | 91 |
| ANEXO 1 Ficha de Encuestas..... | 91 |
| ANEXO 2. Matriz de consistencia | 105 |

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación analizaremos la figura de padre biológico tanto en nuestra legislación así como la legislación comparada; si bien es cierto que nuestro código civil se estipula que el hijo nacido dentro del matrimonio o dentro de los 300 días posterior a la disolución del matrimonio, el padre del menor será el cónyuge de la madre; sin embargo en nuestro código no se encuentra tipificado cuando se trate de un niño nacido mediante Inseminación Artificial,

La presente tesis tiene como título *“Impugnación de la paternidad en los casos de Inseminación Artificial”*

Asimismo observamos que si bien es cierto sobre el principio del interés superior del niño de ser reconocido por su padre biológico tiene prevalencia sobre la disposición contenida en el artículo 396° de nuestro Código Civil el cual indica que el menor nacido de mujer perteneciente a un matrimonio no es declarado hijo hasta que el marido niegue la filiación y haya conseguido una sentencia a su favor. Pero en el caso de los hijos nacidos mediante Inseminación artificial, no se daría prevalencia al padre biológico sino al padre que recurrió junto con la madre para la realización de la Inseminación Artificial.

Podemos decir que los hijos matrimoniales la filiación, se acredita con el madre y el padre conjuntamente, en el caso de demostrar la paternidad del marido (principio de la indivisibilidad de la maternidad matrimonial) a pesar de que luego puede ser impugnada.

La filiación tiene su base en la *presunción pater est* (artículo 361°) en el cual que el marido es el padre de los hijos de la mujer, y en la *presunción reafirmatoria* de paternidad (artículo

362º) el menor se sospecha dentro del matrimonio aun si la madre manifieste que el marido no es el padre.

Para empezar en el Capítulo I hemos señalado cuales son los problemas de investigación, los objetivos, así como las limitaciones que se han presentado dentro de la investigación.

En el Capítulo II, denominado Marco Teórico, se han explicado los principales puntos de la investigación, teniendo como base la doctrina actualizada sobre el tema a tratar, es así que se ha desarrollado qué son las Técnicas de Reproducción Asistida, los tipos, características, principalmente el tema de Inseminación Artificial; como también las implicancias de esta técnica, el derecho a la identidad del concebido, el libre desarrollo de la personalidad, la impugnación de paternidad del hijo nacido mediante el uso de la inseminación artificial, entre otros temas que nos ayude a profundizar más nuestra investigación.

En el Capítulo III se trató a la metodología que fue aplicada en el presente trabajo, se identificaron los métodos a través de los cuales se pudo recaudar información que valiera para la prueba de la factibilidad de este trabajo de investigación.

Ya en el Capítulo IV se trataron los resultados de la investigación, los cuales fueron obtenidos a través de la realización de encuestas a los especialistas en materia civil y familia, los resultados fueron presentados a través de tablas estadísticas y de gráficas porcentuales.

Palabras claves: Impugnación, paternidad, inseminación artificial, principios del Código Civil, derecho de identidad, reproducción asistida.

ABSTRACT

In this research we analyze the biological father figure both in our law and comparative law; if it is true that our civil code stipulates that a child born within marriage or within 300 days after the dissolution of marriage, the father of the child is the spouse of the mother; however in our code is not criminalized in the case of a child born through artificial insemination,

This thesis is titled "impugnation of paternity in cases of artificial insemination"

Also we note that while it is true to the best interests of the child to be recognized by his biological father takes precedence over the provision in Article 396° of the Civil Code which states the child of a married woman cannot be recognized until after the husband had refused and obtained a favorable judgment. But in the case of children born through artificial insemination, prevalence not the biological father but the father with the mother resorted to the realization of Artificial Insemination would.

We can say that children born in wedlock parenthood, is credited with the mother and father together, in the case of proving the paternity of the husband (principle of indivisibility of marriage maternity) although then can be challenged.

The affiliation is based on the presumption pater est (Article 361 °) in which the husband is the father of the children of the woman, and the reaffirmatoria presumption of paternity (Article 362°) the child is presumed to declare marriage and women that is not her husband, or the conviction as adulterous.

To begin in Chapter I we pointed them are research problems, objectives and constraints that have arisen in the investigation.

In Chapter II, entitled Theoretical Framework, have explained the main points of the investigation, based on updated information on the topic, so that doctrine has developed what are the Assisted Reproduction, types, features, mainly the issue of artificial insemination; as the implications of this technique, the right to identity of the unborn, the free development of personality, contesting paternity of a child born using artificial insemination, among other things to help us deepen our research.

In Chapter III it came to the methodology that was applied in this study, methods were identified through which information could raise worth to test the feasibility of this research.

And in Chapter IV of the research results, which were obtained through surveys specialists in civil and family were treated, the results were presented through statistical tables and graphs percentage.

Key words: Challenge, paternity, artificial insemination, principles of the Civil Code, identity law, assisted reproduction

I. INTRODUCCION

Según los dispuestos por el vigente Código Civil los hijos nacidos en estas circunstancias no pueden ser reconocidos por su padre biológico, mientras el esposo de la madre no interponga demanda de impugnación de paternidad matrimonial. Quedando a merced del cónyuge de la madre el reconocimiento del menor, trasgrediendo con esto el derecho del niño a su identidad.

El padre biológico del hijo de la mujer casada se encuentra imposibilitado de presentar la demanda de impugnación de paternidad igualmente la madre del hijo no puede presentar dicha demanda.

En el artículo 361° del Código Civil en donde señala que el menor procreado en el matrimonio o en un marco de 10 meses posteriores a la disolución contempla como progenitor al marido, en este punto podemos ver que el padre biológico está imposibilitado de imponer una demanda de impugnación de paternidad, en este punto debemos priorizar el interés superior del niño pues su identidad está en peligro.

Con los resultados de esta investigación se busca realizar un proyecto de Ley que mejore la normativa del Código Civil peruano en materia de familia y se le de la facultad al padre biológico de impugnar la presunta paternidad matrimonial de su hijo nacido de mujer casada, al igual que a la madre y al hijo.

Siendo importante en materia del derecho de familia y de las personas, atendiendo al derecho del niño a ser reconocido por su parte biológico y al derecho del padre de reconocer a su hijo a fin de establecer la filiación de este.

Es por eso que el padre biológico podría ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional y entablar la demanda de impugnación de presunta paternidad matrimonial de hijo de madre casada, y con ello poder reconocer a su hijo, y entablar con él una real relación paterno-filial amparada por nuestra Ley y el Estado.

1.1. Planteamiento del problema

Con el desarrollo de las ciencias, sobretodo en el ámbito de la manipulación de genes, específicamente en los métodos de reproducción asistida a la cual se someten varias parejas, se empieza a darle gran reconocimiento a esta evolución del desarrollo de la vida y todo lo competente a la satisfacción reproductiva de las parejas.

Estos avances no solo abarcan todo lo relacionado a la investigación médica o biogenética sino que incurre esencialmente en el ámbito del Derecho, toda vez que ha generado controversias y conflictos con respecto de las costumbres comunes y otras consideradas conservadoras que encuadraban la esencia de la familia. Ejemplo de ello son las regulaciones normativas que estaban gestionando el tema de la reproducción, requiriéndose urgentemente la presencia de un legislador para evitar la desmesurada recurrencia a este tipo de métodos que pueden llevar a consecuencias que no cumplan con las expectativas o peor aún que incurran en problemas irreversibles consecuencias de estas técnicas.

Empero, no se le puede ver solo el lado negativo de estos avances científicos, sobre todo si nos brindan beneficios debido a la evolución del tratamiento de la salud, esto sin obviar que

con el paso de los días se vuelve una obligación la protección y tratamiento de los pacientes, por ello es imprescindible una regulación impecable con el objetivo de controlar un rebelde desarrollo que recaiga en graves consecuencias tanto para los especialistas del tema como a la misma especie humana.

1.2. Descripción del problema

Un punto importante de todo este desarrollo de inseminación artificial, es el que se refiere a la paternidad y el derecho de identidad de los hijos concebidos mediante este tipo de reproducción, siendo que la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paterno filial es asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo, asimismo, la paternidad podrá ser impugnada solo en ciertos casos que la ley debe regular optima y claramente para evitar crear una laguna jurídica.

De este modo, debemos considerar que el ámbito del Derecho no solo ocupa por el concepto común que todos conocemos porque otro objetivo del Derecho es el desarrollo de la persona a través del tiempo y los cambios sociales en la que se encuentren, siendo un campo que siempre va considerando y si fuera el caso regulando las evoluciones científicas y en este caso las biogenéticas esto con el fin de no afectar el bienestar social que se presenta en la actualidad en diferentes naciones.

1.3. Formulación del problema

Problema General

- ¿Es posible recurrir a una impugnación de la paternidad frente a los casos de inseminación artificial si supuestamente va en contra de los principios del Código Civil?

Problemas Específicos

- ¿En qué medida la inseminación artificial afecta los principios tradicionales del Derecho Civil peruano?
- ¿En qué medida la inseminación artificial afecta el derecho de identidad del concebido mediante esta técnica de reproducción asistida?

1.4. Antecedentes

A pesar que se realizó una ardua búsqueda en el ámbito de la facultad de derecho como en la Escuela de Post Grado de la Universidad donde opto por obtener el grado correspondiente, no se pudo hallar trabajo alguno que guarde algún tipo de relación con el tema perteneciente a mi investigación, es por ello que el presente trabajo cuenta con las condiciones metodológicas y temáticas plenas para que comience con la elaboración de la misma.

1.5.. Justificación de la Investigación

1.5.1. Justificación Teórica

Si bien es cierto la procreación se logra la reproducción humana, siendo necesaria la misma para que el hombre tenga una prole, de esta manera prolonga la subsistencia de su especie y su estirpe, incluyendo en estos aspectos el poder mantener su apellido en el paso del tiempo y si es el caso, el de poder darle a su descendencia la sucesión de su patrimonio.

Uno de los problemas genéticos y sociales en la actualidad se centra en las dificultades o más grave, la incapacidad de poder traer hijos y poder dejar una descendencia. La ciencia, que no podía mostrarse ajena a este problema, ha logrado obtener resultados favorables para realizar la fecundación, es así que surgen las llamadas Técnicas de Reproducción Asistida que comprende la inseminación artificial e inseminación “in-vitro”, contribuyendo de una manera a que muchas parejas por algunos problemas no pueden procrear de forma natural.

En nuestro trabajo de investigación evaluaremos las incidencias en cuanto a la el derecho de filiación, la paternidad y sobre todo nos avocaremos a la impugnación de paternidad, puesto que genera problemas en torno al consentimiento del marido a someterse a este tipo de técnicas de reproducción y la presunción legal pateris,y la impugnación de paternidad.

Si bien es cierto de una u otra manera afecta al menor al no saber quién es su padre biológico, pero si bien es cierto el amor del padre y de la madre que lo crían podrá suplir

de cierta manera, sin embargo ya observamos algunos problemas cuando la pareja no se encontraba de acuerdo en realizar esta técnica de reproducción configurando así una problemática jurídica al no existir en nuestro ordenamiento jurídico una tipificación como es la impugnación de paternidad en los casos de inseminación artificial.

1.5.2. Justificación Metodológica

Este tipo de justificación, parte de la necesidad, de encontrar nuevas formas metodológicas de investigación, sin embargo consideramos que por la materia, y el tema, se hará uso de métodos de investigación existentes, pero adecuados que nos conlleven a poder cumplir con los objetivos de la investigación, y validar las hipótesis planteadas.

1.5.3. Justificación Práctica

Esta tesis, nos permitirá encontrar ciertos criterios que deberán de ser tomados en cuenta, en los casos de impugnación de paternidad definidos en nuestro ordenamiento jurídico peruano, específicamente en los casos de inseminación artificial.

1.6. limitaciones de la investigación

Contemplamos que el presente proyecto abarca un ámbito ilimitado tanto en el aspecto económico, tecnológico y jurídico, tanto en nuestra legislación como en el derecho comparado. Esto sugiere que no debe existir riesgo alguno para el desarrollo de la búsqueda de información detallada y culmine con un formidable trabajo de investigación.

1.7.. Objetivos

Objetivo General

- Determinar los parámetros legales por los cuales se puede rebatir la paternidad del concebido mediante la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial.

Objetivos Específicos

- Determinar si la inseminación artificial afecta los principios tradicionales del Derecho Civil peruano.
- Determinar si la inseminación artificial afecta el derecho de identidad del concebido mediante este medio.

1.8. Hipótesis

1.8.1. Hipótesis General

Nuestro ordenamiento jurídico brinda la facultad de impugnar la paternidad en determinados casos donde el hijo es procreado mediante inseminación artificial.

1.8.2. Hipótesis Específicos

La inseminación artificial afecta los principios tradicionales del Derecho Civil Peruano.

- La inseminación artificial vulnera de cierta forma el derecho de identidad del concebido mediante esta técnica artificial de reproducción asistida.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Marco Conceptual

2.1.1. La Familia, paternidad, filiación y parentesco.

a. La Familia

Partiendo de un plano sociológico, es el elemento básico para el nacimiento de la sociedad por ello, es un conjunto de personas que se desarrollan y viven juntas entre sí con un parentesco de afinidad o consanguinidad.

Según el Dr., Enrique Varsi Rospigliosi “La familia es una institución reconocido por el derecho como un requerimiento social del hombre” (Varsi Rospigliosi, 2004), la misma que en su desarrollo constante trata de compensar sus insuficiencias mediante la convivencia. Queda claro que esta Institución es la más antigua en la humanidad, esto también lo constatan varios especialistas en el tema puesto que en base a la familia se sentaron también varios conceptos sociales, civiles religiosos e incluso jurídicos, es por ello que existe un libro de derecho de la familia en el Código Civil.

b. Concepto de Paternidad

La paternidad está incluido dentro del concepto de la filiación, el cual indica que debe de existir un vínculo ya sea de aspecto natural o jurídico lo que concurre en una relación del

mismo aspecto entre el hijo con su progenitor, por ende, esta puede derivarse de relación de la naturaleza (generación) o de la filiación de la ley (adopción).

Se define a la paternidad como la relación que existe entre el padre (progenitor masculino) con sus hijos (descendencia directa). Normalmente nos referimos en este concepto al hecho biológico de la procreación de donde se derivan la serie de deberes, obligaciones, facultades y derechos entre el padre y el hijo, de ahí la importancia de su determinación.

c. Concepto de Filiación

Forma parte de la relación paterno-filial junto con los conceptos de paternidad y maternidad al pertenecer todos ellos a un mismo vínculo jurídico, estando por un lado los progenitores y por ello a un mismo vínculo jurídico, en donde por un lado están los progenitores y por ello se llama paternidad o maternidad, expresando la relación de éstos dentro de un núcleo familiar y por otro lado se encuentran los descendientes cuyo vínculo dentro de la familia se conoce con el término de filiación.

Por otra parte, Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, definen la filiación como “la relación jurídica entre progenitores (padre y madre) y sus descendiente (hijos o hijas), así también la define como el vínculo existente entre el padre o la madre y sus hijos; visto desde el lado de los hijos, formando el núcleo social primario de la familia”. (Baqueiro Rojas & Buenrostro Báez, 1990)

En otro aspecto podemos definirlo como como la relación existente entre una pareja de sujetos, donde necesariamente uno es el progenitor(a) de la otra y si la relación se

contempla de padre al hijo esta se denominara paterna, la filiación es el aspecto inicial en lo que respecta al parentesco; mientras que en el tema de filiación materna solo el hecho donde la madre concibe a su hijo constata sin excepciones la relación biogenética entre ambos. Sin embargo, con respecto a la filiación paterna solo se puede constatar mediante presunciones, en caso de circunstancias de tiempo y lugar nos permite inferir que la pareja de la madre mantiene una relación filial con el menor.

d. Concepto de Parentesco

Es la relación que existe entre varias personas ya sea por semejanzas la cual se indica en una gran proporción mediante la consanguinidad o por coincidencias, predominando entre ellas la institución de la adopción. De este modo el vínculo constante entre este grupo de personas puede ir ampliándose considerablemente gracias a la unión de parejas de personas mediante el matrimonio e incrementado la prole. Gracias a ello se genera otro aspecto del parentesco como en por la afinidad entre los integrantes que si bien no pertenecen a la familia nuclear, mantienen un vínculo constante por parte de ambos individuos que conviven juntos.

Actualmente se señala de algún parentesco civil que propiamente está vinculado. Clases de parentesco:

Las cuales están contenidas en el Código Civil en los artículos 236, 237 y 238 respectivamente. Estos artículos indican que existen grados de parentesco por consanguinidad, por afinidad y legal.

El parentesco por consanguinidad, crea efectos importantes como son las implicaciones que se presentan en las dificultades para celebrar el matrimonio, la invalidez del mismo además de la inclusión del menor al derecho de sucesión del progenitor y por supuesto la obligación de prestación de alimentos por parte del mismo.

El parentesco por afinidad, se encuentra tipificado en el Código Civil en su art. 237 donde se establece que “el matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro”, entonces este parentesco se genera de manera coetánea al contraer matrimonio encontrándose limitado al cónyuge, creando así un vínculo con el cual queda unido con los parientes consanguíneos de su cónyuge. Es necesario indicar que este tipo de parentesco no se podrá admitir mediante la unión de hecho o concubinato.

2.1.2. La filiación matrimonial

Denominada en Roma filiación legítima, era la derivada de los efectos del matrimonio otorgando a los hijos *ex iusto* matrimonio la condición de libres con todos sus derechos civiles y políticos.

Esta filiación es una institución que se encuentra unida al matrimonio entre los progenitores, siendo esta su causa esencial. Sin embargo el solo acto matrimonial es insuficiente para establecer una filiación hecho por el cual han surgido teorías que tratan de determinar que hijos son matrimoniales y cuáles no.

La teoría de la concepción son hijos matrimoniales los engendrados o por los padres casados, sea que nazcan dentro del matrimonio, o sean alumbrados después de disuelto o anulado el vínculo. Es decir, los concebidos antes del matrimonio serán extramatrimoniales aun cuando su nacimiento ocurra una vez realizado el casamiento.

En tanto, la teoría del nacimiento serán hijos matrimoniales los nacidos en el momento en que sus padres estén casados, no importando el momento en que hayan sido engendrados.

Esta teoría hace depender de manera ventajosa la calidad de la filiación de tres hechos: la celebración del matrimonio, el parto, la disolución o anulación de aquel.

Asimismo la teoría mixta también denominada del nacimiento concepción, es la adoptada por el Código Civil peruano, sustentándose en los siguientes: la vida humana se inicia con la concepción, el marido de la mujer se presume padre del hijo de esta, la no permisibilidad del matrimonio de la viuda en tanto no transcurran 300 días de la muerte de su marido, salvo que diera a luz, disposición que se amplía para la mujer divorciada y la facultad del marido de impugnar la paternidad del hijo de su mujer.

Es importante para atribuir una paternidad matrimonial tanto el hecho propio de la concepción como del nacimiento siempre que se respeten los plazos legales determinados por la Ley.

Por tanto, los presupuestos de filiación matrimonial son: matrimonio de los progenitores, maternidad acreditada, identidad del hijo con el nacido de la esposa y presunción legal de paternidad del marido.

Como acota *ESPIN CANOVAS, Diego* indica que:

El matrimonio, maternidad e identidad del hijo siempre resultaron, como hechos objetivos, susceptibles de prueba directa pero la concepción y la paternidad ofrecen especiales dificultades: la concepción durante el matrimonio atraviesa una dificultad que es el plazo de gestación, la cual no es igual siempre, ni puede fijarse con exactitud cada uno y por tanto, no puede indicarse el momento exacto de la concepción con respecto al parto, así como no cabe establecer una prueba segura de la paternidad en todos los casos ni siquiera con las modernas investigaciones de los grupos sanguíneos. (Espin Cánova , 1964)

Por otro lado, con respecto a la filiación extramatrimonial se puede acotar que la doctrina siempre ha distinguido la filiación legítima de la ilegítima determinado para aquella un trato privilegiado y degradando a esta última.

La protección a las relaciones matrimoniales trajo como consecuencia la sanción de las uniones sexuales extramatrimoniales de tal manera que constituía delito la unión sexual de dos personas libres (delito de estupro) o la unión de una persona libre con una que no lo fuese (delito de contubernio)

De lo anterior, el fruto de la concepción no era considerado ni siquiera como hijo natural.

CORNEJO CHAVEZ, Héctor señala que la figura del concubinato ya que el vínculo que derivaba del mismo configuraba similar certeza que la del matrimonio sin embargo este criterio de paridad de la relación vincular que surgían del matrimonio o del concubinato solo tuvo vigencia hasta que el Derecho Canónico afianzo el nexo matrimonial monogámico basándose en el axioma jurídico enfamado es de fecho aquel que non nasce de casamiento derecho. (Cornejo Chávez, 1998)

En la filiación extramatrimonial existe un problema el cual se manifiesta en la falta de mecanismos legales que puedan establecer una filiación entre los progenitores y sus descendientes, de allí que la voluntad o la imposición legal son los medios de establecerla.

Entonces asumiendo esta posición diremos que la filiación se establece en 2 aspectos, una que se establece de manera natural y otra de manera formal. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La formal surge de la adopción o por técnicas de reproducción humana asistida. En estas últimas la determinación se hará por Ley especial.

De ahí que la filiación matrimonial son los hijos nacidos dentro del matrimonio tiene por padre al marido de la mujer. Según **BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo** (1981) señalan que la presunción de paternidad *“si bien dispensa de probar el hecho biológico no reposa sino en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo”* tales como la fidelidad y la cohabitación que son los pilares de la unión monogámica o presunciones vitales, de las que se deriva una presunción vital, de las que se deriva una presunción negativa de infidelidad y una presunción de paternidad descansa no tanto en la fidelidad sino en la convivencia matrimonial, presentándose esta última como su principal fundamento. (Bossert & Zannoni, 1981)

De hecho, el hecho de poder señalar la filiación sea matrimonial o fuera de ella ha sido a través de la historia un problema que hasta ahora es de preocupación para el Derecho. Es por este motivo que se deben argumentar las presunciones de filiación con el objetivo de generar un establecimiento legal ante la carencia de presupuestos biogénéticos que la confirmen.

Estas situaciones resultan bastante controversiales es por ello que para sostener los vínculos entre los integrante de una familia se ha instaurado un esquema que se basa en la filiación después de la celebración del matrimonio, de manera que los hijos durante la unión marital, serán atribuidos al marido de la mujer que lo pario esto es un reconocimiento legal de la filiación paterna. En los casos que los hijos hayan sido procreados durante el matrimonio se les otorgara la filiación correspondiente y que se vincula sin excepciones tanto al padre como a la madre. Al demostrar la maternidad se manifiesta, propiamente y siempre, la paternidad del marido, a pesar que luego pueda ser impugnada. Esta filiación sienta sus bases en la presunción reafirmatoria de paternidad, atribuyéndose legal o automáticamente el vínculo paternal. Entonces se debe aclarar quienes tienen la denominación de hijos matrimoniales así como los extramatrimoniales con los fundamentos adecuados.

El establecimiento de la paternidad matrimonial se apoya en el denominado periodo de la concepción y gestación que fue considerado primigeniamente en la Ley.

2.1.3. La filiación Extramatrimonial

Frecuentemente el hijo extramatrimonial goza de hecho de *status filii* pero no del status familiae, es decir, tendrá un nombre pero no las relaciones familiares completas.

Cuando se trata de los hijos concebidos fuera del matrimonio y a falta de emplazamiento sea por reconocimiento o declaración judicial, la filiación materna puede ser acreditada con independencia de la paterna, sin que por establecer la una se deduzca la existencia de la otra.

En sentido básico tenemos que los presupuestos de la filiación extramatrimonial son la maternidad y la paternidad de ambos hechos biológicos de los progenitores.

La filiación materna, mater Semper certa est etiam si vulgo conceterit nos dice que la maternidad es siempre indubitable y que su prueba es sencilla, directa y demostrada un hecho simple y común; el solo ver en estado gestante a una mujer el hijo que luego se ve llevar en brazos.

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

De ahí que los supuestos de simulación de embarazo o de parto, inscripción registral indebida, maternidad disputada, transcurso del tiempo que posibilite el examen de parto, etc., son casos en los cuales solo podrá determinarse la maternidad con ayuda de las pruebas heredobiológicas.

En tanto la filiación paterna como antípoda al criterio paulino se nos presenta el **páter Semper incertus** que tiene como base originaria el carácter inextricable de las relaciones sexuales y el momento de la fecundación FERNANDEZ CLERIGO, Luis (1947) señala que *“el fenómeno de la generación esta, en cuanto al padre, rodeado de un misterio casi impenetrable y pocas veces propicio a la justificación mediante prueba mediante prueba directa, razón por la cual es preferible establecer situaciones objetivas, solemnes y comprobables fácilmente que, por otra parte, sirvan de base para instaurar una presunción, allí donde no es posible instaurar una demostración”*. (Fernández Clérigo, 1947)

El carácter de relevancia que han tenido en nuestra medio las presunciones de paternidad han relegado el desarrollo científico y admisibilidad judicial de las pruebas heredobiológicas.

Mientras tanto en cuanto a la declaración judicial del vínculo paterno-filial opera a falta de reconocimiento voluntario del padre o de la madre respecto de un hijo extramatrimonial ya

sea porque desconfían de la certeza del vínculo por un acto de mala fe confusión, desconocimiento del procedimiento, costos, existencia de errores que impiden el reconocimiento descuido, actitud marchista, etc.

Por consiguiente, el perjudicado con esta ingratitud paternal goza de la facultad de pedir que se practique la investigación y que se declare en su momento la relación jurídico familiar, pudiendo incluso, con legítimo derecho, exigir la reparación civil por el daño causado por no haber cumplido el padre con la obligación moral de reconocerlo en su momento.

2.1.4. Procedimientos para Constituir la filiación:

En cuanto a los procedimientos para constituir la filiación, este sistema es plural o único el estado civil filial puede tener su origen en diversos procedimientos que establezca la Ley. Cada procedimiento se organiza en torno a un criterio base que origina el procedimiento. Los criterios base la determinada cada legislación, los tradicionales son: el natural, mediante acto natural de la procreación y el puramente jurídico mediante un contrato o un proceso jurisdiccional de adopción. A ellos en algunos sistemas se les agrega los siguientes criterios base: de reproducción asistida mediante un acto tecnológico de reproducción y uno social, atribuido mediante solo consideraciones sociales sobre quien sea hijo de quien.

En el caso de la filiación de origen biológico también se distingue entre un contexto matrimonial cuando los progenitores están casados entre si y el contexto no matrimonial.

Según el ordenamiento jurídico en concreto la filiación puede recurrir a ciertos factores de determinación de la filiación. Su objetivo es facilitar la constitución del estado filial, mediante el establecimiento legal de tipos de hechos relativamente simples de constatar en la práctica y que sean una manifestación externa del criterio-base.

En esta materia depende de cada legislación nacional su establecimiento y cada procedimiento puede tener sus propios factores independientes de los otros:

- **Mediante el parto**, este se construye como un factor de determinación de la filiación en un procedimiento natural, que se aplica solo a la mujer.
- **Mediante la vieja y conocida regla del páter is est**, también solo opera en un procedimiento natural, Se establece que el marido de la madre será considerado como padre del hijo de esta. Esta se construye mediante tres sub reglas: i) la existencia de un matrimonio, ii) el nacimiento dentro de un preciso tiempo en relación con el matrimonio y iii) que se este determinada la maternidad de la madre.
- **Mediante el acto de reconocimiento de la progenitura paterna o materna**, este constituye un acto voluntario, de tipo unilateral, de admisión de la propia paternidad respecto de otra persona, cada legislación tiene sus propios límites de procedencia pero existe una tendencia a que tenga cada vez menos límites.
- **Mediante sentencia firme**, este caso es aplicable para adopciones o para reclamaciones de paternidad. La sentencia también se inscribe en el Registro Civil, con el fin de dar publicidad a un hecho que tiene importantes consecuencias frente a terceros.
- **A través de la inscripción de su nacimiento en el registro civil**, en alguna legislación, como la chilena este no constituye un factor de determinación sino un medio para acreditar la filiación ya constituida.

Posesión notoria, solo constituye un factor de determinación cuando la legislación ha erigido un criterio social, como base de un procedimiento. La posesión notoria es la actitud de un aparente padre, es decir, una persona que trata a un niño como si fuera suyo; lo cuida, educa,

le provee alimentos y vestimenta, es decir, lo trata como un padre trata normalmente a un hijo. Esta forma en algunas legislaciones es considerada solo una forma de acreditar la filiación ya constituida pero con la exactitud de las pruebas de ADN, el concepto práctico de la posesión notoria como determinante de la filiación ha caído en desuso.

2.1.5. Impugnación de Paternidad

2.1.5.1. Definición

Es la acción en la cual el supuesto padre recurre a tutela jurisdiccional para poder contrarrestar la veracidad de una filiación para con el menor cuando su madre lo concibe en un ámbito matrimonial o en el marco de trescientos días luego del mismo, esta presunción admite prueba en contrario.

.

Cabe mencionar que los artículos 361 y 362 del Código Civil no puede ser aplicada en forma rígida y abstracta, por el contrario tal presunción necesariamente debe ser aplicada teniendo en cuenta el principio del interés del menor y debe ser considerado el derecho a la identidad que tienen los menores; por tal razón, se debe dejar establecido que la presunción *pater is quem nuptiaedemostrant*, solo es aplicable cuando se haya cumplido los siguientes requisitos:

- a) Que preexista vínculo matrimonial entre los progenitores
- b) Que el nacimiento del hijo se hayan producido dentro del matrimonio o dentro de los trescientos días posteriores a su disolución,

c) Que los cónyuges sean los padres biológicos del menor, esto quiere decir que si en un proceso judicial se establece que el menor tiene como padres biológicos a terceros, no resultará de aplicación la presunción de paternidad. (Zavaleta Velarde, 2014)

2.1.3.2. Impugnación de Paternidad en el Perú

Se señala en el Código Civil en su artículo 363 los cuando el marido puede impugnar su paternidad con respecto al hijo nacido dentro del matrimonio:

- Si la madre da a luz al menor cumplidos seis meses subsecuentes a al matrimonio realizado entre la pareja.
- Cuando no exista ningún medio posible donde el demandante haya cohabitado con su pareja durante 4 meses que pertenezca a los 10 meses antes del nacimiento del hijo.
- Si la pareja está separada mediante resolución judicial en el mismo periodo que indicia el segundo inciso, salvo sea el caso de que haya existido cohabitación durante ese periodo.
- Si el marido padece de alguna enfermedad o incapacidad para poder tener hijos.
- Si el marido, mediante una prueba de ADN u otras técnicas que validen científicamente que no exista alguna relación entre él y el menor. El Juez no estimara

las otras presunciones gracias a que esta prueba genera un mayor grado de certeza en él.

- Este artículo otorga al marido el derecho de contestar o impugnar la paternidad del “hijo de su mujer”, en cada uno de los supuestos señalados debe preexistir la filiación materna que deriva del alumbramiento (Cas. N° 1078-05)

2.1.6. La presunción de paternidad matrimonial en el Derecho Comparado

- a. La presunción legal, en el derecho argentino la determinación de la paternidad por entonces llamada legítima” se basaba en la situación en que se encontraban los padres a la época de la concepción del hijo o, en su caso, en su legitimación por el matrimonio posterior.

El Código de Vélez, en su artículo 240, indicaba que se supone la paternidad del marido si los hijos nacen durante el matrimonio, los que nacen 6 meses luego de la celebración de la misma y los póstumos que nacen 10 meses luego de la validación.

Los plazos legales hallaban su soporte en lo normado por el artículo 77 del mismo ordenamiento, en tanto determinaba que el plazo máximo del embarazo se prevé se presenta en un rango trescientos días, mientras que el mínimo sería solo de ochenta.

Esta presunción, al igual que la relativa a la concepción de los hijos dentro del matrimonio, era *iuris et de iure*, es decir, no admitía prueba en contrario. Tras determinar la concepción del hijo durante el matrimonio mediante el juego de presunciones legales, el código originario establecida en el artículo 245 otra

presunción, pero esta vez *iuris tantum* (o factible de ser destruida por prueba en contrario) relativa a la paternidad del marido, al decir que nuestra legislación señala que los hijos nacidos en el matrimonio, se los presume como descendientes del marido.

El nuevo texto legal acoge la tendencia del derecho comparado en la materia, según la cual la operatividad de la presunción de paternidad del marido se centra en la época del nacimiento del hijo y no en el momento de su concepción.

En consecuencia, la reforma derogada las normas relativas a la presunción de la concepción dentro del matrimonio, para abocarse directamente a regular la presunción de paternidad del marido. Y es por ello también que el art. 243 determina que la presunción comienza a regir desde la misma celebración del matrimonio, y no desde los ciento ochenta días siguientes, como exigían los derogados arts. 2040 y 245 código original.

2.1.6.1. Requisitos para la operatividad de la presunción:

Para que opere la presunción de paternidad legal deben cumplirse los siguientes requisitos: a) la filiación materna acreditada, ya sea porque se hubiera determinado conforme lo dispuesto por el art. 242 del código civil, o hubiera mediado reconocimiento de la madre, o se estableciera a raíz de una acción de reclamación de la madre, o se estableciera a raíz de una acción de reclamación de la maternidad matrimonial (conforme el art. 254 del código civil), b) entre los cónyuges donde al marido se le presume los hijos nacidos dentro del matrimonio , c) el nacimiento del niño durante el matrimonio o dentro de los plazos que la norma establece.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Materia de filiación

1. Sentencia del tribunal constitucional EXP. N° 04509-2011-PA/TC, SAN MARTIN, del 11 de julio del 2012

Esta sentencia en sus fundamentos 9 a 13, reconoce la preeminencia en los procesos de filiación de los principios del derecho a la identidad y del principio del Interés Superior del Niño:

Derecho a la identidad y principio del interés superior del niño, este Colegio ha dejado establecido en su jurisprudencia que la identidad a que se refiere el inciso 1) del artículo 2ª de la Constitución ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal presenta el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo que es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc. (EXP. N° 2223-2005- PTC/TC).

Particularmente especial, por lo que respecta a los casos en que se efectúan un reconocimiento judicial de paternidad es el nombre, pues es en función del mismo que la persona no solo conocer su origen, sino saber quién o quiénes son sus progenitores, así como conservar sus apellidos. El nombre adquiere así una trascendencia vital en tanto, una vez establecido, la persona puede quedar plenamente individualizada en el universo de sus relaciones jurídicas y, desde luego, tener los

derechos y las obligaciones que de acuerdo a su edad o condición le va señalando el ordenamiento jurídico.

No menos importante que el derecho a la identidad es, a su vez, el principio del interés superior del niño y el adolescente. Está presente en Los derechos del niño, la misma que fue aprobada por la ONU el 20 de Noviembre de 1959, en su artículo 2 establece que el menor estará beneficiado con un cuidado especial y contara con servicios y oportunidades con el objetivo de que se desarrolle plenamente en todos los ámbitos que le concierne, en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al crear este tipo de leyes se considera esencialmente el bienestar del niño.

El mismo criterio quedo reiterado y desarrollado el primer inciso primero del artículo tres de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual indica lo siguiente:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (UNICEF, 1989).

En el plano interno y en una línea muy semejante a la supranacional resulta de particular relevancia lo dispuesto en el artículo 4ª de nuestra Constitución Política de 1993 que señalaba el derecho fundamental del niño de obtener una especial protección por parte del Estado y su comunidad.

La segunda de las mencionadas dejo claramente establecido que:

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes ejecutivos, legislativo y judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerara el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2011)

2. Sentencia del tribunal Constitucional, EXP. N° 00550-2008-PA/TC-LIMA, de fecha 17 de septiembre de 2010

Esta sentencia en sus fundamentos 10-11, reconoce la preeminencia del derecho a la identidad sobre el principio de la cosa juzgada.

Derecho a la identidad y cosa juzgada, todas las personas son iguales por el solo hecho de su condición humana y de la dignidad que le es inherente; sin embargo, aun siéndolo, no existen dos o mas personas idénticas, pues cada responde a las características individuales o auto determinativas que le son propias, y tienen demás sean respetadas o en su caso, defendidas. En reiterada jurisprudencia se haya subrayado: “el artículo 2.1 de la Constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad (...) que comprende (...) el derecho a un nombre- conoce a sus padres y conservar sus apellidos-, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica” (*cfr.* STC N° 02432-2005-PHC/TC, Fund. Jur. 4 Caso Espinoza Joffre)

Mas aun se ha precisado que dicho atributo implica “un doble carácter de rasgos, por una lado es objetivo (nombre, seudónimo, registros, herencia características corporales, etc) y, por otro lado, es de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.), pudiendo ser en mucho mas relevante este ultimo. En este sentido, este derecho implica distinguir a una persona frente a otras a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas, pudiéndose requerir de referentes mucho mas complejos como las costumbres o creencias; por consiguiente, este derecho se concibe de una manera integral (Cfr. STC Nª 02273-2006-PHC/TC Fund. Jur. 21/23 Caso Quiroz Cabanillas)”

Si bien es cierto que la cosa juzgada constituye una de las expresiones básicas de todo Estado de Derecho, también lo que es que dicho atributo se caracteriza no solo por su contenido formal, sino también por poseer un contenido material, compatible con la vigencia plena y efectiva de los derechos que la Norma Fundamental reconoce. De este modo, la cosa juzgada solo es tal, en tanto se complementa con el cuadro de valores materiales proclamado desde la Constitución.

En el presente caso, sin embargo, se aprecia que lo que se invoca como cosa juzgada, adolece de una falta de visión integral en relación con el resto de derechos fundamentales, esto es: el derecho a la identidad, que es el atributo específicamente involucrado, es asumido como un simple enunciado carente de contenido a la par que de efectividad practica. El órgano judicial ni se pronuncia respecto del mismo ni respecto de la eventual implicancia que tendría en la controversia resulta. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2010)

Casación de la corte suprema de justicia de la republica, sala civil transitoria: casación 2726-2012 del 17-07-2013, del santa, sobre impugnación de reconocimiento de paternidad.

Esta resolución resuelve que el estado constante de familia afirma la filiación, siendo ello así, resulta procedente declarar inaplicables los artículos 396 y 404 del Código Civil, a fin de garantizar el derecho a la identidad, lo que se justifica por el principio del interés superior del niño y del adolescente.

“DECIMO, Que, tal como se ha reseñado anteriormente, en el caso de autos, se ha incoado demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad; en tal sentido, cabe precisar, que la filiación forma parte del derecho a la identidad, que es “una forma de estado de familia”. De allí que se diga que la filiación implica un triple estado: estado social, en cuanto se tiene respecto a otra u otras personas; estado civil, implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad”¹

“DECIMO PRIMERO, Que, el concepto de identidad personal, presupone dos supuestos fundamentales: la identidad genética de una persona y su identidad filiatoria. La primera, se conforma con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos; y la identidad filiatoria, es en cambio, un concepto jurídico, que resulta del emplazamiento de una persona de un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres, esta habitualmente en concordancia con la identidad genética, pero puede no estarlo.

¹ VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. “Divorcio, filiación y patria potestad”. Editorial Grijley, Lima 2004. P. 89.

DECIMO SEGUNDO, Que, en el caso de autos, en merito a los resultados de la prueba de ADN practicada por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Publico, de folios cuatro, que no fue tachado por los demandados, se precisa la probabilidad de paternidad del 99,9999999845% de Nolberto Hugo Roca Maza con respecto a la menor de iniciales M.L.G.C.

DECIMO TERCERO, Que, al resolver la apelación interpuesta en autos, el Ad quo sustenta su decisión en que quien postula la demanda de Impugnación de Paternidad no es la hija de iniciales M.L.G.C., quien por medio de su representante podría invocar su legitimo derecho a la identidad; sino Nolberto Hugo Roca Maza, el presunto padre biológico, sin embargo, debe tenerse en CORTE.

Cuenta que en toda medida concerniente al niño y al adolescente, se considerara el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos, conforme lo establece el articulo IX del Titulo Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, principio que se desarrolla en el articulo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (UNICEF, 1989).

Además, para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales, sino también las

características particulares de la situación en la que se hallan el niño”. (Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2002)

DECIMO CUARTO, Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollando untratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañado sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva Elvira Cárdenas a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de dos mil tres, se encuentra conviviendo con Nolberto Hugo Roca Maza en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventas y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación, siendo ello así, resulta procedente declarar inaplicable, para el presente caso y sin afectar su vigencia lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C., en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal. (Casación de la Corte Suprema , 2013)

2.1.7. Técnicas de Reproducción Asistida

La repercusión, en todos los niveles de la sociedad, de la investigación biomédica; en torno al comienzo y desarrollo de la vida humana y a las posibilidades de intervención sobre esos procesos, como sucede en lo referente a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TERA), ha hecho que surjan una multitud de interrogantes acerca de la valoración ética y antropológica de las actividades de los médicos y científicos en el campo de la reproducción humana.

En la actualidad nos encontramos frente a la expansión de lo que algunos han denominado como la etapa "procreática", se habla del derecho a tener o no tener hijos, del derecho a la reproducción, la libertad reproductiva, etc. Las parejas se convierten en posibles usuarios de toda una tecnología que posibilita la reproducción, incluso en condiciones de infertilidad o esterilidad. Esta actitud que ha penetrado profundamente en los estratos de nuestra sociedad, plantea serios interrogantes éticos y también importantes costos sociales, pues se trata de una tecnología cara y por ahora poco eficaz.

La reproducción asistida consta de una serie de técnicas destinadas a tratar problemas médicos, establecidas hace varias décadas. Estas pueden beneficiar tanto a los pacientes infértiles como a la sociedad en general, ya que ofrecen también la posibilidad de evitar alteraciones genéticas en la descendencia y desarrollar la investigación en reproducción y anticoncepción.

Con el advenimiento de las técnicas de reproducción asistida (TERA), se hace necesario plantear la redacción de una especie de Código de Ética con la finalidad de que sea aplicado en la práctica clínica y en la investigación.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) han desarrollado acciones conjuntas desde el año 2002, en el marco de una fructífera alianza estratégica basada en la plena coincidencia de que el goce y ejercicio de los derechos humanos, constituyen la piedra angular de la democracia y del desarrollo.

En el trabajo de promoción y educación en derechos humanos de las mujeres que ambas entidades realizan, han identificado temas de especial preocupación en la región en la esfera de los derechos reproductivos. Es por ello que han propiciado procesos de investigación académica, que dan continuidad al estudio realizado, los mismos que ha sido publicado hace algunos años “*Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos*”

2.1.7.1. Antecedentes

Sin considerar los primeros intentos del anatomista inglés Hunter en 1785, para conseguir la inseminación artificial en el hombre, hay que indicar que sólo a principios de este siglo se tienen datos de las primeras inseminaciones artificiales con éxito, más adelante la utilización en la década de los 50 del esperma congelado, hace que los métodos de inseminación artificial intracorpórea puedan ser considerados como una tecnología eficaz de reproducción asistida en humanos.

Hasta 1960, no se comienzan los primeros intentos de fecundación extracorpórea (fecundación In-Vitro L con ovocitos madurados en cultivo). En 1969 comienzan los ensayos de cultivo de embriones humanos y a partir del año 1970 se comienza a realizar la técnica de la laparoscopia, y en 1975 se obtiene un primer embarazo, que resulta ser ectópico y es abortado a las 11 semanas. En 1978 tiene lugar el primer nacimiento de un ser humano procedente de fecundación InVitro y transferencia embrionaria (FIVETI, la famosa "niña probeta").

A partir de este momento asistimos a la expansión y diversificación de todo un grupo de tecnologías reproductivas, fundamentalmente extracorpóreas, a las que denominaremos en conjunto "técnicas de reproducción asistida" (TERA).

2.1.7.2. Definición

Considerado como uno de los primeros métodos realizados para la reproducción asistida, inicialmente se implantaba el semen aun sin procesamiento en el útero femenino.

La técnica de inseminación artificial como su mismo nombre indica la inserción artificial del espermatozoide en el útero de la mujer con el objetivo de que pueda lograr embarazarse. Para ello se toma en cuenta la edad de la mujer, además que debe estar en la capacidad biogénica para poder recurrir a la técnica.

Hoy en día se realiza la inseminación artificial con el semen de algún donante. Este método es el mismo que se podría realizar con el semen de la pareja de la gestante. Al momento de utilizar el semen del donante es de uso mandatorio que el semen este

conservado criogénicamente, de este modo se evita que exista algún tipo de infección en la gestante. Para ello se necesita hacerle un chequeo médico al donante previo a ,la inseminación con la finalidad de que no padezca de alguna enfermedad o infección que pueda afectar a la gestante.

2.1.7.3. Características

Contrario a la fecundación natural, la asistida abre campo a un gran número de posibilidades para la creación del nuevo ser. El hecho de que ésta se lleve a cabo en un laboratorio o consultorio médico y sea manipulada, brinda una solución a los diferentes problemas de infertilidad que pueden presentar una pareja.

Según el tipo de infertilidad se pueden dar las siguientes posibles soluciones para la reproducción.

| Tipo de infertilidad | Espermatozoides | Óvulos | Útero | Solución |
|--|------------------------|---------------|--------------|-----------------------------------|
| Madre y padre con capacidad de concebir. Problemas para fecundar naturalmente. | Padre | Madre | Madre | Inseminación artificial homóloga. |

| | | | | |
|--|-----------------|---------|-----------|-------------------------------------|
| Padre infértil Madre con capacidad de concebir. | Donante | Madre | Madre | Inseminación artificial heteróloga. |
| Padre con baja posibilidad de fertilidad. Madre con capacidad de concebir. | Padre y Donante | Madre | Madre | Inseminación artificial mixta. |
| Madre infértil capaz de portar el feto. | Padre | Donante | Madre | Fecundación in-vitro. |
| Pareja infértil y madre capaz de portar el feto | Donante | Donante | Madre | Fecundación in-vitro. |
| Madre infértil e incapaz de portar feto. | Padre | Donante | Alquilado | Maternidad sustituta. |
| Pareja fértil y madre incapaz de portar el feto. | Padre | Madre | Alquilado | Maternidad sustituta. |
| Madre fértil incapaz de portar el feto. Padre infértil. | Donante | Madre | Alquilado | Maternidad sustituta. |

2.1.7.4. Beneficiarios de las técnicas

- Las técnicas de reproducción asistida se aplicarán en aquellas personas mayores de edad que deseen tener un hijo.

- Los procedimientos y decisiones médicas deben respetar los intereses y beneficios de todos aquellos que estén involucrados en las técnicas.
- Todos los participantes tienen derecho a la privacidad.
- Los centros y/o los profesionales intervinientes deben respetar la confidencialidad de las historias clínicas dentro del marco legal vigente.

2.1.7.5. Información y consentimientos

- Las personas que deben prestar consentimiento tienen que recibir información suficiente para entender la naturaleza, el propósito y las implicancias de su tratamiento/procedimiento. Además, deben tener la oportunidad de recibir asesoramiento apropiado acerca de las implicancias del tratamiento/procedimiento.
- El centro debe darles a las personas que están considerando un tratamiento, la crio preservación o la donación; el tiempo suficiente para que puedan reflexionar sobre sus acciones antes de firmar el consentimiento. Se les debe dar la oportunidad de preguntar y de recibir más información y asesoramiento.
- Si durante un tratamiento surge la oportunidad de donar gametos o embriones para el tratamiento de otros o para investigación con embriones no viables o para formación profesional, el centro debe dar a los donantes suficiente tiempo, información y asesoramiento sobre las implicancias de esta acción antes de que firmen el consentimiento

- El centro debe asegurar que una persona autorizada por esa institución ha obtenido el consentimiento voluntario y sin presiones de una persona con la habilidad mental para prestar ese consentimiento.
- Antes que se pueda aprobar un protocolo de investigación para el uso de un embrión no viable, un Comité de Ética deberá constatar la existencia de un adecuado diseño del mismo a fin de obtener el consentimiento informado de cada persona interviniente.
- Los investigadores deben informar por escrito al Comité de Ética que han obtenido tal consentimiento y deben revelar cualquier restricción a la que está sujeto ese consentimiento. Los protocolos deben contemplar también las restricciones de la autorización.
- Según los términos de la legislación vigente, tiene que existir un consentimiento adecuado para la investigación, que debe ser informado, competente, voluntario, específico y escrito.
- El proceso de información y obtención del consentimiento para la investigación con embriones no viables debe realizarse por separado de los otros.
- El formulario de consentimiento debe ser específico para el propósito, la naturaleza y el ámbito de aplicación y justificación de la investigación.
- La explicación debe darse de acuerdo con las necesidades individuales del paciente (incluyendo idioma) y abarcar una explicación completa.
- Los titulares de un embrión deben ser libres de retirar en cualquier momento el consentimiento para la participación en la investigación.

2.1.7.6. Clasificación de las Técnicas de Reproducción Asistida

Actualmente existen diversas técnicas de reproducción asistida las cuales cada vez se van desarrollando nuevos procedimientos que amplían las opciones y métodos para cada necesidad individual de cada tipo de pareja.

Existen varias técnicas de reproducción asistida, entre las cuales vamos a nombrar las más utilizadas como son: Inseminación artificial homóloga, heteróloga y mixta, fecundación in-vitro, ZIFT y GIFT y el alquiler de vientres.

2.1.7.6.1. Inseminación Artificial

La inseminación Artificial es utilizada como una alternativa básica de Reproducción humana asistida ayudando a personas con problemas de esterilidad; se puede dar de varios tipos, como utilizar el semen de la pareja, o del donante, o utilizar el semen procedente del banco de semen, el cual es depositado en la mujer mediante un instrumental especializado, utilizando técnicas.

Durante el tratamiento de inseminación artificial, se realiza un control exhaustivo del ciclo menstrual de la mujer con kits de ovulación, ultrasonidos y análisis de sangre. El semen que se implantará es “lavado” en un laboratorio, lo que aumenta las posibilidades de inseminación artificial mientras se eliminan las sustancias químicas innecesarias y potencialmente notivas.

La tasa de éxito para la inseminación artificial humana varía según el tipo de problema de fertilidad que se trata, la edad de la paciente. La mayoría de las mujeres eligen la

inseminación artificial tienen una probabilidad de 5 al 25 por ciento de quedar embarazadas con cada ciclo menstrual, Estas probabilidades aumentan su junto con el procedimiento toma medicamentos para la fertilidad.

A. Definición

Es una técnica de baja complejidad y una de las técnicas más antiguas de la reproducción asistida. La técnica de inseminación artificial como su mismo nombre indica la inserción artificial del espermatozoide en el útero de la mujer con el objetivo de que pueda lograr embarazarse. Para ello se toma en cuenta la edad de la mujer, además que debe estar en la capacidad biogenética para poder recurrir a la técnica.

La inseminación artificial está indicada en casos de alteraciones en el moco cervical, por ejemplo, el moco se hace hostil a los espermatozoides, realizando este proceso se puede evadir el cuello uterino y entrar directamente dentro del útero.

También es utilizado este procedimiento cuando el hombre tiene anticuerpos contra su propio semen; siendo este lavado en el laboratorio, tomando los espermatozoides que no están afectados por los anticuerpos y luego son inseminados.

El procedimiento de Inseminación artificial consta de varias fases:

- La estimulación del ovario.
- La preparación del semen.
- Y la propia inseminación.

B. Características

En esta técnica de reproducción asistida hay ausencia del acto copulatorio o relación sexual; cabe mencionar que al momento en que los espermatozoides son introducidos en el canal vaginal, el útero o las trompas de Falopio- según el caso- realizarán el resto del proceso de forma natural. Lo artificial en este proceso es la forma de introducción del semen al cuerpo de la mujer, más no la fecundación misma.

C. Clases

- En cuanto a la forma de depósito

Esto va de acuerdo al sitio donde realice el depósito del semen, la inseminación artificial puede ser dentro o al margen del aparato reproductor femenino destacando la inseminación de tipo intrauterina.

La inseminación intrauterina es el método con mas porcentaje de eficacia para lograr el embarazo, la cual corresponde entre un veinte y veinticinco por ciento de poder realizar la gestación. Cuando es realizada la fecundación, el periodo de gestación posee las mismas características y a la vez riesgos como si se tratara de un embarazo común.

Si se requiere mejorar el porcentaje de éxito es recomendable incrementar la proporción del ovulo en el dentro del órgano genital femenino.

- **Por la persona que da el semen**

La inseminación artificial puede clasificarse en homologa o heteróloga.

Inseminación Artificial Homóloga

La inseminación artificial homóloga es aquella donde se utiliza el semen de la pareja.

En este método de inseminación artificial, el semen se colecta de la masturbación realizada el mismo día que se va a realizar la fecundación artificial, para ello es recomendable que la pareja no haya tenido relaciones sexuales durante un periodo de tres días.

Mediante este tipo de inseminación artificial, se obtiene una criatura sin disociación del elemento genético y biológico porque usa portantes son los mismos padres, sin disociación respecto a la filiación. Sin embargo, para la realización de estas técnicas hay que contar con el consentimiento del cónyuge o compañero permanente.

Inseminación Artificial Heteróloga

En esta inseminación se requiere de la muestra de semen de un donante la cual debe estar perfectamente conservado criogénicamente, eso quiere decir que existe alguna enfermedad o impotencia por parte del cónyuge masculino. Aquí

el problema en cuanto a la filiación es que el semen no le pertenece al cónyuge de la madre.

Dentro de estas, las más comunes son la inseminación artificial, la fertilización in vitro, estimulación ovárica, punción ovárica, fertilización, cultivo de embriones y transferencia de embriones.

2.1.7.6.2. Fecundación In Vitro (FIV)

A. Definición.-

La fertilización “in vitro” se le conoce también como “fertilización en vidrio”, el cual se entiende como una modalidad de reproducción asistida en la cual la unión de gameto femenino y masculino se realiza en condiciones extracorpóreas, es decir se lleva a cabo en un laboratorio en un tubo de ensayo o crisol, y el óvulo fecundado es implantado luego en el útero de la mujer para continuar la gestación,

B. Etapas.-

- La obtención de los gametos los cuales serán utilizados. Tienen que ser obtenidos mediante laparoscopia o ultrasonido, utilizando una serie de medicamentos para inducir o estimular el desarrollo de varios folículos de los ovarios, con el fin de disponer del mayor número de óvulos posibles.
- Fecundación in vitro propiamente dicha. Los óvulos extraídos serán puestos en un líquido especial los cuales permanecen por unas horas en incubadora al igual ocurre con el semen obtenido; transcurrido el tiempo adecuado se ponen

en contacto el óvulo y el espermatozoide y luego de 16 a 19 horas pasados se observa si se produjo de manera satisfactoria la fecundación.

- La transferencia embrionaria. Una vez que ya se haya dado de manera satisfactoria la fecundación y los embriones se haya desarrollado normalmente, se hará la transferencia del embrión al útero de la mujer para que empiece el proceso de anidación y que continúe de forma natural el proceso embrionario.

C. Clases

- **Homóloga:** Se da en el caso en que los gametos utilizados en el proceso de fecundación provienen de cada uno de la pareja que acudió a esta técnica de reproducción, siendo el embrión transferido en el útero de la mujer.

Cabe acotar en el caso donde la mujer es estéril por falta útero funcional, pero tienen ovarios, de tal manera que en el proceso de fecundación se utilizan sus óvulos y el semen de su pareja, siendo este transferido al útero de otra mujer, configurando la modalidad de maternidad subrogada o sustituta.

- **Heteróloga:** Se da cuando algunos de los gametos no provengan de la pareja que acude a realizar esta técnica de reproducción, bien el óvulo o el espermatozoide obtenidos pertenece a un tercero que los donó previamente.

De tal manera, se puede dar también la posibilidad que tanto el óvulo y el espermatozoide no provengan de ninguno de la pareja, es ahí donde se recurriría a los donantes, y se transferirá al útero de la mujer.

- **Mixta.-** Se da en el caso en que los espermatozoides utilizados proviene de la pareja quien acudió a este proceso como también de un tercero (donador).

D. Características.-

Se caracteriza esta técnica de reproducción que se realiza fuera del cuerpo de la mujer de tal manera que es en el laboratorio donde se ven los resultados del proceso. Este tipo de técnica de reproducción se utiliza mayormente por el problema de esterilidad femenina ya sea por obstrucción de las trompas de Falopio o por la ausencia de óvulos, existiendo anomalías en el útero, o en todo caso por la esterilidad de pareja por incompatibilidad genética o inmunología o por esterilidad masculina.

2.1.7.6.3. Congelamiento de embriones

Los embriones concebidos mediante la técnica de reproducción in vitro si excede la posibilidad de una transferencia simultánea al cuerpo materno (llamados también embriones supernumerarios) se congelan con el propósito de una repetición de la transferencia embrionaria en el caso de fracaso del primer intento, estos son crio conservados.

Esta técnica requiere de utilizar el frío extremo reducir las funciones vitales de la muestra y así poder mantenerse intacta durante mucho tiempo, el almacenamiento de la misma se hace en nitrógeno líquido a una temperatura de 196 grados centígrados bajo cero.

Diferencia con la inseminación artificial

La fecundación en la inseminación artificial se hace de forma natural, esto quiere decir que una vez puesto los espermatozoides en el cuerpo de la mujer el proceso sigue su curso de forma natural sin la intervención de la mano del hombre.

A diferencia con la fecundación “in vitro”, puesto que el proceso de unión del óvulo con el espermatozoide se realiza en el laboratorio, el proceso necesita la intervención del hombre dado que requiere de una vigilancia más estricta por parte del equipo médico, asimismo es un proceso más largo y complicado.

2.1.6.4. Alquiler de vientres o maternidad sustituta

Se da en el caso en el cual una mujer lleva en su vientre un ser humano, que no es suyo con el compromiso de entregárselo a otra mujer inmediatamente después de ocurrido el nacimiento, existiendo ya un acuerdo previo de hacer una delegación o sustitución de la maternidad en otra mujer, para compensar una deficiencia reproductora en la mujer que se le entregará el hijo.

Existen dos clases de maternidad delegada o sustituta, la diferencia entre estas radica en la procedencia del óvulo.

- a. Maternidad sustituta genética: Se presenta cuando una mujer es inseminada artificialmente con el semen de un donante, para que una vez producido el parto, la mujer entregue el niño a una pareja que lo va a criar.

Usualmente el semen utilizado en el proceso es el de la pareja quien solicito el proceso de inseminación, sin embargo, se puede dar el caso que una vez nacido el menor sea entregado a una pareja diferente.

Generalmente se utiliza este procedimiento cuando el cónyuge del marido es estéril, de tal manera que una vez entregado el hijo genético al esposo, esta lo adopta.

- b. Maternidad sustituta gestacional: Se presenta cuando una mujer gesta un embrión con el que no tiene ningún vínculo genético, Por ende su óvulo no fue utilizado en el proceso de fecundación.

El embrión es concebido fuera del cuerpo de la mujer, dando la posibilidad a este tipo de maternidad, por lo tanto la madre sustituta solo contribuye con el proceso de gestación.

Generalmente se utiliza este procedimiento cuando las parejas tienen problemas de fertilidad pero si tienen la posibilidad de tener sus propios hijos genéticos.

Este método da la posibilidad de criar a sus propios hijos, sin embargo la madre que los gesta es un tercero, cabe hacer mención que este procedimiento puede traer consigo una serie de problemas tanto en el núcleo familiar como problemas jurídicos.

Relación con la fecundación in vitro y con la inseminación artificial

Si bien es cierto la maternidad sustituta o subrogada no sería posible la existencia de estos métodos como son la fecundación in vitro y la inseminación artificial, como se vio en párrafos anteriores el procedimiento que se utiliza puede ser la maternidad sustituta genética o maternidad gestacional.

2.1.7.6.5. Estimulación Ovárica

Es una técnica artificial la cual consiste en el uso de medicamentos hormonales para poder generar una ovulación múltiple. Para que pueda realizarse con éxito esta técnica es necesario obtener más de un ovocito por ciclo, gracias a ello se podrá generar más de un embrión.

Este método entre sus beneficios garantiza y anticipa el tiempo exacto de la fase de ovulación, asimismo se podrá controlar el desarrollo y evolución del óvulo que se inseminará.

El periodo que se requiere para la estimulación ovárica es de 8 a 14 días y la fase donde se administra las hormonas se realiza en el segundo o tercer día durante la fase menstruaría de la mujer.

2.1.7.6.6. Función ovárica

La función ovárica trata de una intervención de tipo quirúrgico cuya finalidad es la extracción de los óvulos que se encuentran presente en el folículo de los ovarios. Este método es realizado necesariamente para obtener los óvulos y poder realizar la fecundación in vitro. Es un técnica relativamente fácil y que requiere de un corto plazo la cual se requiere de una anestesia correspondiente. En la realización de la fecundación de los óvulos en el laboratorio, se deben extraer antes de que se expulsen del ovario de manera natural.

2.1.7.6.7. Fertilización

Mediante este método se realiza una técnica la cual es denominada capacitación espermática, cuya finalidad infiere en el incremento y potenciación de fertilidad de los espermatozoides. Se requiere del empleo de una serie de fases de limpieza de los espermatozoides con el objetivo de seleccionar aquellos de mejor calidad para la inseminación.

Conseguidos los espermatozoides de mejor calidad, se los ubican cerca a los óvulos que están adaptablemente aptos para la inseminación, la fertilización se requiere solo de unas cuantas horas para poder realizar la fertilización.

2.1.7.6.8. Cultivos de embriones

El cultivo embrional es un procedimiento complementario que corresponde a la fecundación invitro en el cual de manera artificial se incuban los embriones con el propósito que se maduren y se puedan implantar en el útero.

La realización de esta técnica se da generalmente cuando las pacientes tienen una edad superior a los 38 años o cuando presentan dificultades en la inseminación.

2.1.7.6.9. Transferencia de embriones

La transferencia embrionaria es el procedimiento correspondiente a la inoculación de los embriones en el útero de la paciente. Antes de realizar esta fase se ubican a los embriones seleccionados en un área que se considera reproductiva en el útero, luego se procede a depositar suavemente los embriones en el útero mediante el uso de un catéter.

La transferencia se puede realizar de solo un embrión, sin embargo existen casos especiales donde se pueden transferir hasta dos. Los embriones no transferidos al útero, se pueden conservar criogénicamente si se requiere de otra intervención, empero, si presentan alguna dificultad en su morfología se conservan en una fase de cultivo secuencial para ver si pueden desarrollarse plenamente y posteriormente poder conservarlos.

2.1.7.6.10. Ventajas y desventajas de las técnicas de reproducción asistida

Si bien en ciertas muchas parejas que tienen problemas de fertilidad acuden a estos métodos dado que no pueden tener sus propios hijos de manera natural, generando estas técnicas de reproducción asistida la posibilidad de concebir a sus descendientes. Sin embargo estos métodos han sido sujetos de muchas críticas tanto a nivel moral, psicológico, médico y jurídico; mencionaremos algunas ventajas y desventajas de estos métodos.

a. Ventajas:

- Personas que tienen algún tipo de infertilidad pueden llegar a procrear
- Mujeres que tengan problemas a nivel del aparato reproductor pueden llegar a tener hijos.
- Presentan beneficios psicológicos a las parejas, dado que se les da una esperanza de poder llegar a ser padres.
- Estos procedimientos por lo general no son dolorosos.
- Al crecer la demanda de estos métodos, considerándose común por lo tanto han aumentado los centros de reproducción asistida..
- Desventajas
- Si bien es cierto existe un aumento de centros de reproducción asistida, pero a pesar de ello el costo aún es demasiado alto, restringiendo la posibilidad de acceder a estas las personas de bajos recursos ,

- Los medicamentos que se inyectan en la fecundación in vitro pueden crear algún tipo de anafilaxia, y el uso de medicamentos inductores pueden provocar el síndrome de hiperestimulación ovárica (OHSS)⁵.
- Diverso médicos han relacionado el uso de los medicamentos utilizados con cáncer de ovario.
- El procedimiento de extracción puede provocar daño a órganos vecinos tales como vejiga o venas y arterias.
- En muchos casos se dan embarazos múltiples no deseados.
- Algunas veces puede causar efectos psicológicos, religiosos, etc.

2.1.8. Inseminación Artificial y Paternidad

Los casos de inseminación homóloga, según los señala la legislación en nuestro país no genera ningún impedimento o problema puesto que no se requiere de mecanismos legales para imputar la paternidad al padre gracias a que la gestación y el hecho del parto en este aspecto se dio con la intervención de ambos cónyuges con respecto al hijo concebido bajo este método, toda vez que es un hijo genéticamente y biológicamente de ambos padres.

En el caso de la Inseminación Artificial por muestra de otro hombre, ésta puede darse con o sin el consentimiento del marido. En caso sea con consentimiento del marido, no podría haber impugnación posterior de filiación, toda vez que se estaría atentando contra la

seguridad jurídica; sin embargo, en caso de no haber consentimiento del marido, cabría la impugnación de esa paternidad basándose en el artículo 363 inciso 5° del Código Civil.

Ahora bien, en este caso de no consentimiento del marido, resulta importante resaltar la falta de la mujer casada, para preguntarnos si en este supuesto cabe la posibilidad de estar frente a la figura del adulterio. Ante esta cuestión, se señala que este caso no se subsume a tal causal pero que, sin lugar a dudas, se trataría de falta grave a la fidelidad que se deben entre cónyuges, pudiendo dificultar su vida en común, subsumiéndose dentro de la causal de divorcio de imposibilidad de hacer vida en común.

Con respecto a si el padre biológico puede reclamar su paternidad, legalmente no sería posible puesto que el hijo que fue concebido bajo este tipo de método se le garantiza la presunción de paternidad, a esto se le suma también en los casos donde la madre del menor declare que el hijo no es de su cónyuge puesto que el hijo al haber nacido dentro del seno familiar no se le puede declarar que no tiene alguna filiación con el padre hasta que haya ganado la demanda de impugnación a la paternidad, incluyendo cuando la misma madre haya mencionado todo lo contrario e incluso ser considerada como adúltera.

Desde el momento en el que nacen, los niños y las niñas necesitan forjarse una identidad. Los riesgos en los hijos frutos de una Inseminación Artificial son muy trascendentes.

Un número considerable de las parejas que han procreado con el uso de la Inseminación Artificial presentan tendencias narcisistas y se vuelven sobreprotectores. Además, cuando el hijo conozca que fue concebido a partir de una Inseminación Artificial, en la frialdad

de un laboratorio, puede influir fuertemente en la personalidad del niño y en el sentimiento hacia los padres.

Si el hijo procede de una fecundación heteróloga, existen entonces dos padres, si al crecer el hijo desea conocer la identidad del progenitor biológico, se topa con las legislaciones que protegen la identidad del donador, lo que produce un efecto emocional debido a la desubicación real en la historia y en la procedencia.

2.1.9. Ponderación de derechos: ¿Priman los derechos fundamentales del embrión frente al derecho de paternidad?

Siendo este un problema de orden constitucional, existiendo así dos partes cuyos derechos fundamentales entran en conflicto: el embrión y sus derechos a la vida, dignidad e integridad y el derecho al ser padre, es por esta razón que resulta conveniente tratar a grandes rasgos,

Según las posturas conflictivista, los derechos fundamentales son realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar, frente a lo cual, la solución se reduce a preferir un derecho y desplazar el otro. Para llegar a ello, hay dos mecanismos: de la jerarquización, y el de ponderación.

i. Mecanismos de la jerarquización.

Luigi Ferrajoli, reconoce la existencia de conflictos entre derechos fundamentales, aunque la posibilidad de que ello ocurra es mínima. Para

desarrollar su teoría, el autor italiano reconoce tres categorías de derechos fundamentales:

- Derechos primarios o de libertad, que a su vez se clasifican en: primero Derecho de Inmunidad de lesiones o constricciones, categoría en los que incluye los derechos cuyo disfrute es extensivo a la titularidad misma. Son derechos que son ejercidos por el simple hecho de ser titular de los mismos. Por ejemplo, los derechos de la personalidad. En segundo punto, las Facultades de comportamiento no jurídico igualmente inmunes a restricciones. Están incluidos los derechos cuyo ejercicio consiste en actividades concretas por parte del titular, << asistidas >>, por una obligación de abstención ajena de interferencias en la actividad del titular del derecho. El ejemplo más claro es el derecho a la propiedad.
- *Derechos sociales.*
- *Derechos secundarios o de autonomía.* Como los derechos civiles políticos, es decir, todos aquellos derechos cuyo ejercicio produce efectos sobre libertades ajenas.

Esta última categoría, según Ferrajoli, está subordinada a las dos anteriores, y los derechos patrimoniales subordinados a los derechos de la personalidad.

En este sentido, en el análisis de Ferrajoli: (Ferrajoli, 2001)

a) Los derechos de inmunidad son intrínsecamente ilimitados y por tanto, su garantía no interfiere con los otros derechos: estos derechos, afirma Ferrajoli, no entran, normalmente, en conflicto entre ellos. Nótese que el término

normalmente no ilustra una absoluta garantía de inexistencia de conflicto entre derechos fundamentales, sino que permite una potencial lucha entre ellos.

b) Los derechos de libertad, entendidos como <<*libertad de*>>, se encuentran su límite en la imposición de convivencia con *los derechos de libertad* de los otros, con los cuales, efectivamente, pueden entrar en conflicto, o incluso también con derechos fundamentales de otro tipo.

c) Los derechos sociales no entran en conflicto con los derechos fundamentales de otro tipo, sino que más bien encuentran límites en los costos necesarios para asegurar su satisfacción.

d) Los derechos de autonomía o derechos – poder están efectivamente destinados a interferir, y por tanto a entrar en conflicto con las esferas de otros sujetos, sin embargo , no podrían entrar en conflicto con los otros derechos fundamentales, en la medida en que están “ constitutivamente” limitados por estos últimos.

En el mismo sentido, Pedro Serna y Fernando Toller proponen la siguiente clasificación jerárquica: 1) derecho a la dignidad humana y todo derecho que derive de él; 2) derecho a la vida y sus derivados; 3) derecho a la libertad física; 4) demás derechos de la personalidad; 5) derecho a la información; 6) derecho a la asociación; 7) demás derechos individuales y; 7) derechos patrimoniales.
(Serna & Toller, 2000)

ii. Mecanismos de balancing

Por otro lado, Robert Alexy, después de establecer la diferencia entre regla y principio, y señalar que las disposiciones fundamentales tienen este doble carácter, reconoce que puede existir conflictos entre reglas y conflictos entre principios, y la solución en cada uno de los casos es radicalmente distinta.

En el caso de conflictos entre reglas, señala el autor germano que sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo meneros una de las reglas. En lo que respecta a las colisiones de los principios, estas deberían ser solucionadas de manera distinta. Cuando dos principios entran en colisión uno de los dos principios cederá ante el otro, sin que eso suponga la invalidez del principio desplazado ni que en el principio desplazado ni en que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que en el caso concreto, uno de los principios precede al otro. Es lo que se conoce como el método de balancing.

2.1.10. Impugnación en casos de inseminación artificial

Señalan que los derechos fundamentales no están en pugna. El aparente conflicto entre derechos fundamentales no es tal, sino que los que verdaderamente se encuentran en conflicto son las pretensiones de las partes. Los derechos son armónicos, los intereses de las personas no.

En el mismo sentido, Luis Fernando Castillo Córdova señala que reconoce la existencia de conflictos entre derechos fundamentales , trae consigo el reconocimiento de derechos de primera y segunda categoría, siendo este último sacrificado en beneficio del primero *“De esta manera, mediante posiciones conflictivistas de los derechos fundamentales, se pretende dar cobertura y legitimar situaciones que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, pueden llegar a configurar verdaderas vulneraciones al contenido constitucional de los derechos”*. (Castillo Córdova, 2009)

La razón última de las posturas armonizadoras se encuentra en el fundamento y la finalidad de los derechos del hombre. El fundamento de los derechos del hombre está en la naturaleza humana y su finalidad es servir a la persona, en todas sus dimensiones. Así, considerando que la naturaleza humana es única, indivisible y coherente, si los derechos del hombre son desprendimientos de esta realidad, no puede haber manera de que los derechos pueden ser contradictorios entre sí.

2.1.11. Aspectos Jurídicos y Legales

La reproducción asistida ha tenido gran aceptación en las familias actuales, puesto que su finalidad es que las parejas que padezcan de problemas para poder puedan cumplir con una necesidad que consideran indispensable como es el poder ser padres.

Teniendo como base esta necesidad, debemos definir a la esterilidad como uno de los impedimentos naturales más comunes en las parejas algunas veces en un porcentaje mínimo pudiendo realizar la gestación si se realiza mediante relaciones sexuales periódicas pero si el porcentaje de esterilidad es alta se recurre a los métodos artificiales.

Ya tomando el tema de los métodos artificiales es preciso señalar que es beneficioso la creación de un método que no sea natural: la reproducción asistida en el cual sus procedimientos dan la posibilidad a la pareja matrimonial el deseo de ser padres a través de técnicas biogenéticas o comúnmente llamados técnicas de inseminación artificial.

Las cuestiones llegan cuando estos métodos llegan a ser regulados por Estado puesto que esta frente a problemas que conciernen a la bioética y la evolución de estas técnicas que requieren ser consideradas por nuestro código civil. Es en estos casos que algunos magistrados las resuelven de una manera tradicional y conservadora, mientras que existen otras donde sentencian a favor del bienestar de la familia. Queda claro el inconveniente constante que presenta el no poder realizar un consenso entre lo moral y lo judicial.

En estos días, la sociedad reconoce que las técnicas de reproducción asistida son de mucha ayuda para su comunidad, pero también indican que estas se deben realizar de acuerdo a las dificultades que pueda presentar la pareja, los medios para poder llegar a ello y los objetivos para recurrir a esta técnica la cuales deben estar plenamente fundamentadas ya sea en el ámbito moral. Social y legal.

Las TERAS y el libro II del Código Civil:

Uno de los principios constitucionales es velar por el bienestar familiar, es desde este punto donde que la misma constitución debe amparar las técnicas de reproducción asistida, así como resolver las consecuencias que pueda traer de aquí en adelante.

La familia a través de la historia ha sido y sigue siendo la institución base de la humanidad puesto que de ello se crean las primeras sociedades y el desarrollo de las mismas, desarrollo que llevo a establecer esta institución en dos ámbitos: la religiosa y la jurídica.

Actualmente para constituir una familia si bien es necesario realizarlo a través los actos jurídicos correspondientes al Código Civil, esto también implica el hecho de que exista una relación afectiva y social que complemente esta institución. Dicho esto son estos mismos factores los que dan origen a todas las relaciones parentesco y afinidad que pueda tener la familia Conforme lo establece en nuestro Código civil, existen 3 tipos de parentesco:

Parentesco por consanguinidad:

También definido como el parentesco natural puesto que se sustenta en el lazo consanguíneo entre el progenitor y su descendiente en línea recta, este parentesco también es reconocido si los integrantes de la familia pertenecen a un tronco común que los relacione, de este modo podemos hablar de tíos, sobrinos, abuelos etc.

La consanguinidad conlleva consigo efectos jurídicos de gran importancia, por ejemplo el derecho de sucesión para los descendientes, las obligaciones de la pareja para con los hijos sea de educación, alimentos, vestimenta entre otros.

Parentesco por afinidad:

Este tipo de parentesco la cual está establecido en el Código Civil en su artículo 237 señala de manera tacita que es necesario el acto jurídico del matrimonio para que exista vinculo de afinidad, esto es debido a que el parentesco queda determinado entre la relación

de cada cónyuge con los familiares del otro. Entonces al solo admitir al matrimonio como requisito esencial no admite posibilidad alguna para otro tipo de relaciones de hecho como lo son el concubinato o la unión de hecho

Parentesco Legal:

También denominado como parentesco por adopción, como su mismo nombre lo indica que se genera un vínculo de parentesco mediante la adopción de un menor por parte de los cónyuges. Al celebrar la adopción el menor recibe todos los beneficios y derechos como se tratara como hijo consanguíneo con sus adoptantes.

Como medio para poder generar una familia, esta institución podría equivaler a la concepción de un hijo como resultado de las técnicas de reproducción asistida, sin embargo por razones personales la mayoría de parejas prefiere optar por las ultimas puesto que señalan que quieren vivir ese plazo de gestación como cualquier otra pareja que puede procrear un hijo de manera natural.

Filiación

Es la relación jurídica consanguínea latente entre el descendiente y su Progenitor. En palabras del Doctor y Magister en derecho Enrique Varsi Rospigliosi:

El concepto de filiación... es más bien una calificación directa en la calificación de sus varios tipos posibles de unión posible previstos en la ley y vistos en la conciencia social sea a favor o en contra. La maternidad y la paternidad fueron siempre consideradas como hechos biológicos, antes que el sistema jurídico les reconociera efectos jurídicos,

razón por la cual la filiación fue prima facie como un hecho biológico o biogenético derivado del engendramiento (Varsi Rospligiosi, 2013).

La filiación necesariamente determina el parentesco consanguíneo, validado esto también se determinan otros efectos familiares como el derecho de sucesión entre otros, esto lo señala también Benjamín Aguilar Llanos de la siguiente manera:

El termino filiación nos conduce a la descendencia, al lazo existente entre padres e hijos, al menos es el concepto más difundido, ahora bien, en un concepto más amplio y genérico, tendríamos que referirnos a los antepasados de una persona, y a sus descendientes (Aguilar Llanos, 2016).

La presunción Pater is

La frase señala que todo hijo que haya sido engendrado dentro del matrimonio se le presume como padre al marido, este término se basa fundamentalmente en dos posturas, una es que al ser pareja se presume la cohabitación y por ende hubo relaciones sexuales entre ambos que dio como consecuencia la concepción del menor y el segundo es que se presume que la mujer le haya sido fiel, esto amparado en los valores sociales y la ética que respalda la sociedad, la cual es considerado como una obligación que ambos deben cumplir.

En nuestro Código civil, específicamente el artículo 361 señala un plazo de 300 días donde se presume la paternidad del marido , es decir la presunción pater is. Sin embargo para defender los derechos del padre en caso haya existido alguna infidelidad que debe ser fundamentada mediante los incisos que señala el artículo 363 resaltando el inciso 4 y 5 que señalan de manera jerárquica que no puedo haber paternidad del padre si este adolece de

impotencia y cuando mediante prueba de ADN la cual tiene un porcentaje de veracidad demasiado alto para que pueda ser negado, el juez declara fundada la demanda de impugnación de paternidad.

En ambos casos, el verdadero padre biológico tiene la facultad de reconocer al menor de manera voluntaria o si se da el caso que niegue la paternidad extramatrimonial esta se reconozca mediante una declaración de filiación extramatrimonial.

2.2. Definición de términos

- **Derecho de Identidad:** Considerado como uno de los derechos fundamentales más importantes, en el presente proyecto pretende defender la identidad del menor frente a la impugnación de paternidad con el objetivo de que pertenezca a una familia y no carezca de apellido y otros atributos que lo puedan diferenciar de otras personas en la sociedad.
- **Identidad:** Conjunto de elementos y circunstancias que permiten afirmar que una persona es la que se dice ser o la que se busca. La comprobación de la identidad es útil en materia civil y penal (Poder Judicial del Perú, 2012).
- **Filiación:** Relación que tienen los hijos con respecto a sus padres. Vínculo existente entre padres e hijos. (Poder Judicial del Perú, 2012).

- **Reconocimiento judicial:** Medio de prueba consistente en la observación por parte del juez y con la asistencia del secretario judicial, del lugar o del objeto litigioso (Poder Judicial del Perú, 2007).
- **Impugnación:** Derecho por el cual, quién tiene legítimo interés alega que una resolución de la autoridad atenta contra sus intereses y derechos, exigiendo se subsane ésta en el extremo correspondiente o en su totalidad (Poder Judicial del Perú, 2012).
- **Inseminación artificial.-** técnica de reproducción artificial que consiste en obtener la concepción a través de métodos médicos que hacen posible que la muestra de semen sea introducida de manera no natural en el vientre uterino de la futura madre.
- **Maternidad subrogada**
También llamada coloquialmente como vientre de alquiler, en la cual se concibe al menor dentro del vientre de otra mujer con el objetivo de entregar al niño a la pareja conyugal luego del nacimiento del menor.
- **Paternidad:** Vinculo legal presente entre el progenitor y su hijo lo cual conlleva a establecer un conjunto de derechos y obligaciones. Actualmente se le debe definir como relación paterno filial ya que el concepto se encuentra enmarcado dentro de la definición de filiación.

III. METODO

3.1. Tipo de la investigación

Para el desarrollo de la presente tesis se requerirá de una investigación descriptiva pero también utilizaremos una investigación explicativa. La primera abarcara todos los medios utilizados para detallar íntegramente el origen, normatividad, alcances jurídicos y demás aspectos del problema. Mientras que la segunda tendrá la finalidad de explicar los motivos del problema de nuestra investigación.

Nivel de la Investigación

Para el desarrollo de la presente tesis se requerirá de una investigación de nivel aplicado la cual se encuentra esencialmente relacionada a la investigación básica porque ambos requieren del uso de fuentes confiables para dar validez a los fundamentos del proyecto de investigación y poder encontrar alguna solución al problema previamente planteado.

Diseño

Para el desarrollo de la presente tesis el diseño que se requerirá será de una investigación correspondiente a analizar la finalidad del estudio así como indicar como se relacionan las variables que hemos escogido para resolver el problema de nuestro proyecto de tesis.

Método

Se requerirá para fundamentar y desarrollar de manera exitosa nuestra tesis un método analítico pues se dividirá el problema de la investigación en sus elementos fundamentales, de este modo podremos señalar las cualidades que presenta el problema a resolver en nuestra tesis.

3.2. Población y muestra

Está integrado por los Juzgados de la corte superior de lima, en este casos nos centraremos en los juzgados especializados en lo civil y familia los cuales manejar mayor conocimiento en este proyecto de tesis.

3.2.1. Población

En ese sentido la población serán los jueces, vocales y asistentes de jueces, de las Salas y Juzgados Civiles y de familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

3.2.2. Muestra

En el cual se trata de establecer el máximo o mínimo valor que se pueda obtener del universo o población mostrados para las entrevistas. Esto daría un margen porcentual de veracidad de acuerdo a las preguntas planteadas.

3.3.Operacionalización de variables

| Variables | Definición conceptual | Definición operacional | Indicadores | Escala de medición |
|---|---|---|--|---|
| <p>Variable independiente</p> <p>Impugnación de paternidad</p> | Es el proceso dirigido al dictado de una providencia cautelar, la que dispondrá se adopte una medida cautelar que tendrá por finalidad evitar la inejecución de otra resolución judicial, fundamentalmente la sentencia definitiva, a dictarse en el proceso principal. | Postulados para concretar un debido proceso | <ul style="list-style-type: none"> - Presunción pater is - Infidelidad - Cohabitación | <ul style="list-style-type: none"> - Nominal - Nominal - Nominal |
| <p>Variable dependiente</p> <p>Inseminación artificial</p> | Técnica de reproducción artificial que consiste en obtener la concepción a través de métodos médicos que hacen posible que la muestra de semen sea introducida de manera no natural en el vientre uterino de la futura madre. | Técnica científica para reproducción asistida | <ul style="list-style-type: none"> - Consentimiento - Esterilidad. - Reproducción asistida. | <ul style="list-style-type: none"> - Nominal - Nominal - Nominal |

3.4. Instrumentos

Se requerirá de las siguientes técnicas para poder obtener información:

- a. Encuestas que se realizaran a la muestra a recurrir.
- b. Análisis documentales.

Instrumentos para la recolección de datos a utilizar

- uso de un cuestionario con preguntas relevantes para la recolección de la información
- el uso de una recopilación de un grupo de documentos que puedan avalar la tesis.
- Se analiza tanto la recopilación de datos obtenidos de los documentos así como los del cuestionario.

3.5. Procesamiento de datos

Considerado uno de los programas estadísticos esenciales en los procesos de investigación en Norteamérica, este archivo de ejecución inicia los procesos estadísticos de los datos con el objetivo de organizar efectivamente los datos obtenidos de la investigación de nuestra tesis.

La Prueba CHI-CUADRADO

Gracias a esta técnica se puede establecer si existe alguna relación entre las variables de manera concordante. Debe quedar claro que el único objetivo verificar si existe alguna relación de las variables pero no especifica qué clase de relación existe.

3.6. Análisis de datos

Para el desarrollo de la presente tesis se recurrirá a las siguientes fases:

a. Proceso de análisis de datos

La información ya adquirida será colocada adecuadamente en la matriz, lo que previamente será evaluado por el investigador para luego poder realizar la matriz a través de la computadora en un archivo Excel si ese fuera el caso.

Los datos serán utilizados de acuerdo a los fundamentos que señala nuestro marco teórico, jurídico y conceptual, hay que detallar que no solo nos basaremos en estos

puntos sino también con la investigación hallada anteriormente en los antecedentes bibliográficos que están relacionados con el tema de nuestro proyecto de investigación.

El objetivo de este proceso es poder dar validez o de manera contraria, encontrar ambigüedad o fallas en las hipótesis que fueron planteadas en nuestro proyecto de tesis.

Si se da el caso que se encontró fallas o la falsedad de nuestras hipótesis, se pasara a realizar nuevamente el planteamiento de las hipótesis para poder hallar fundamentos validos que verifiquen la veracidad del problema de nuestro proyecto de tesis.

Esta fase tiene el objetivo de conseguir un grupo de diferentes valores obtenidos de la información obtenida de la investigación previa y las técnicas y métodos de investigación señalados anteriormente para validar la demostración de las hipótesis así como el margen porcentual del error encontrado, agregado a ello se deben implementar los valores obtenidos mediante técnicas cuantitativas que ofrecen una muestra de información nueva y que ayudara sustancialmente trabajos posteriores relacionados.

Las cuales se realizaran de la siguiente manera:

- **Cuadros estadísticos:** que mostraran mediante cifras los datos e información obtenidos con el objetivo de facilitar la comprensión de las mismas

- **Graficas porcentuales mostradas en barras rectangulares:** se utilizara cuando se hayan confeccionado frecuencias relativas los lineales o polígonos de frecuencia.

IV. RESULTADOS

4.1 Resultados de la investigación

La cifra de la muestra que obtuvimos consistió en encuestas a un total de 100 persona especialistas en la materia de derecho civil y familia los cuales estaban conformados entre jueces, asistente de juzgado y abogados especialistas en derecho civil y de familia. Con ello obtuvimos los gráficos que a continuación se mostraran con el margen de respuestas de todos los entrevistados.

Gracias a ello se ha demostrado que existen deficiencias legales en alusión al tema de impugnación de paternidad en los casos de inseminación artificial como lo demuestran nuestros gráficos.

Asimismo es necesario señalar que la mayoría de entrevistados está de acuerdo con la protección del menor ante el posible agravio del derecho fundamental a la identidad ante los procesos de impugnación de paternidad, sin embargo también señalan que si existen fundamentos necesarios para validar la impugnación de paternidad, el padre biológico tendría el papel de realizar las obligaciones respectivas a su paternidad.

4.2 Prueba de Hipótesis:

De acuerdo a los estudios y entrevistas realizadas para dar validez a las hipótesis de nuestro proyecto de investigación ha quedado confirmado que existe un problema en el tema de impugnación de paternidad en los casos de inseminación artificial.

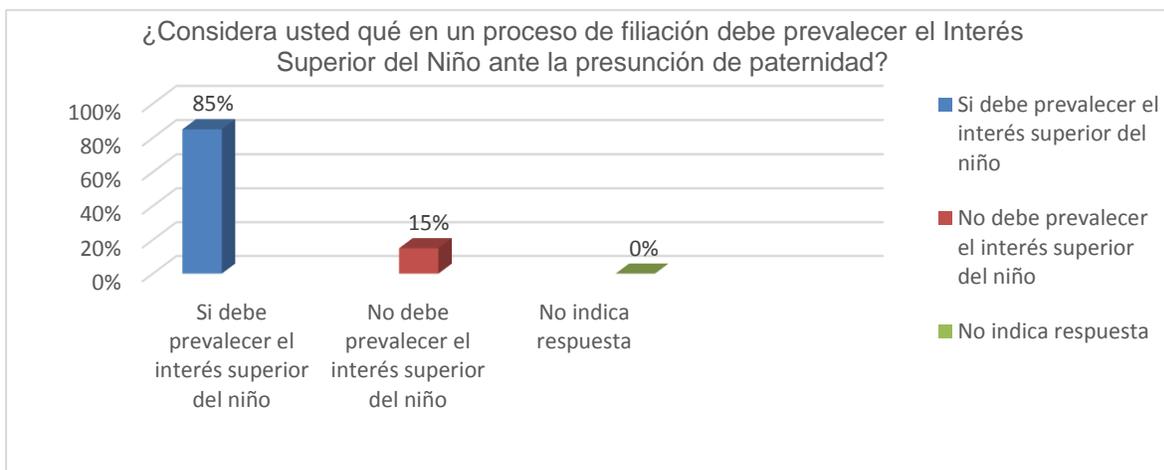
Necesitamos comprender también que existen derechos fundamentales que se deben respetar en este tipo de casos siendo el más importante el derecho fundamental a la identidad incluso si el menor fuese concebido mediante técnicas de reproducción asistida así como las normas legales que el código civil contempla.

4.3 Análisis e interpretación de resultados

Pregunta 1:

¿En un proceso de filiación debe prevalecer el Interés Superior del Niño ante la presunción de paternidad?

| | Muestra | Muestra porcentual | |
|--|----------------|---------------------------|--|
| Si debe prevalecer el interés superior del niño | 85 | 85% | |
| No debe prevalecer el interés superior del niño | 15 | 15% | |
| No indica respuesta | 0 | 0% | |
| total | 100 | 100% | |

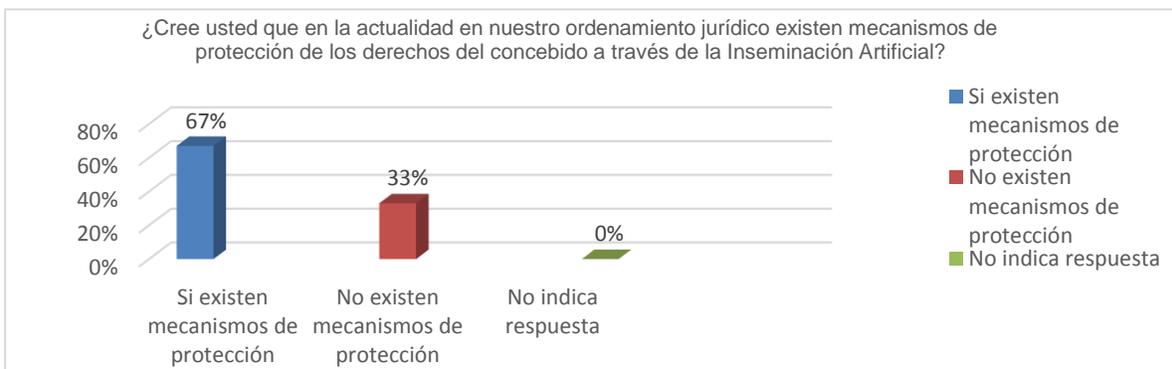
**INTERPRETACION:**

Con respecto a la pregunta planteada, un 85% respondió que si debe prevalecer el Interés Superior del Niño ante la presunción de paternidad mientras que un 15% manifestó todo lo contrario.

Pregunta 2:

¿En la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico existen mecanismos de protección de los derechos del concebido a través de la Inseminación Artificial?

| | Muestra | | Muestra porcentual |
|--|---------|------|--------------------|
| Si existen mecanismos de protección | 67 | | 67% |
| No existen mecanismos de protección | 33 | | 33% |
| No indica respuesta | 0 | | 0% |
| total | 100 | 100% | |

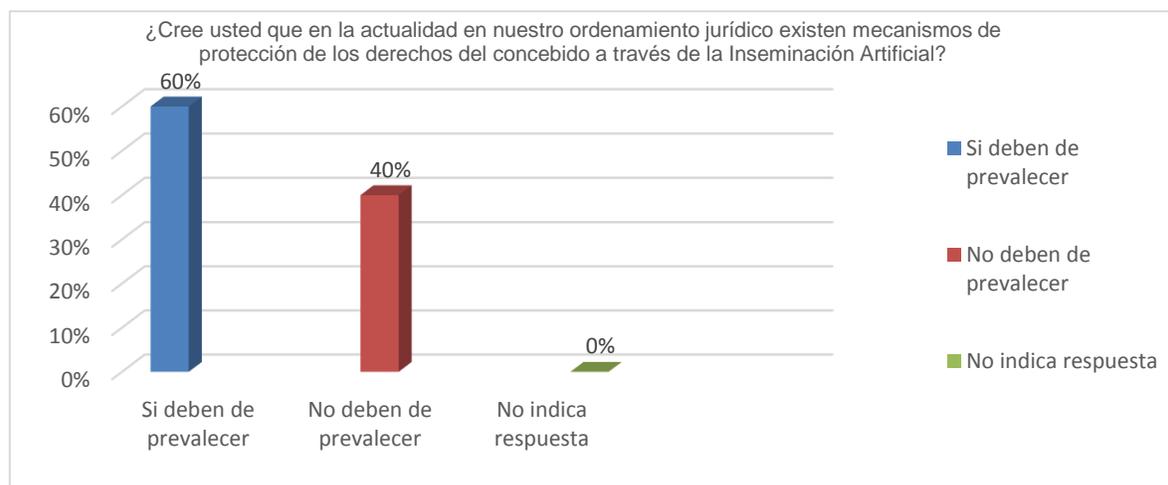
**INTERPRETACION:**

Con respecto a la pregunta planteada, un 67% respondió que en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico si existen mecanismos de protección de los derechos del concebido a través de la Inseminación Artificial mientras que el 33% manifestó todo lo contrario.

Pregunta 3

¿Los derechos de los concebidos a través de TERAS deben de prevalecer sobre los derechos fundamentales de sus progenitores?

| | Muestra | Muestra porcentual |
|-------------------------------|----------------|---------------------------|
| Si deben de prevalecer | 60 | 60% |
| No deben de prevalecer | 40 | 40% |
| No indica respuesta | 0 | 0% |
| total | 100 | 100% |



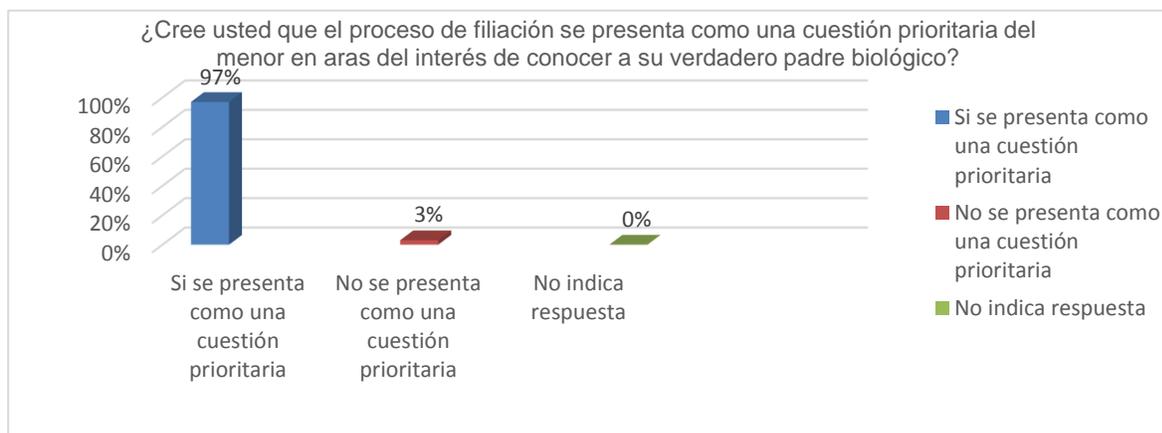
INTERPRETACION:

Con respecto a la pregunta planteada, un 60% respondió que los derechos de los concebidos a través de TERAS si deben de prevalecer sobre los derechos fundamentales de sus progenitores mientras que el 40% manifestó todo lo contrario.

Pregunta 4:

¿El proceso de filiación se presenta como una cuestión prioritaria del menor en aras del interés de conocer a su verdadero padre biológico?

| | Muestra | Muestra porcentual |
|---|----------------|---------------------------|
| Si se presenta como una cuestión prioritaria | 97 | 97% |
| No se presenta como una cuestión prioritaria | 3 | 3% |
| No indica respuesta | 0 | 0% |
| total | 100 | 100% |

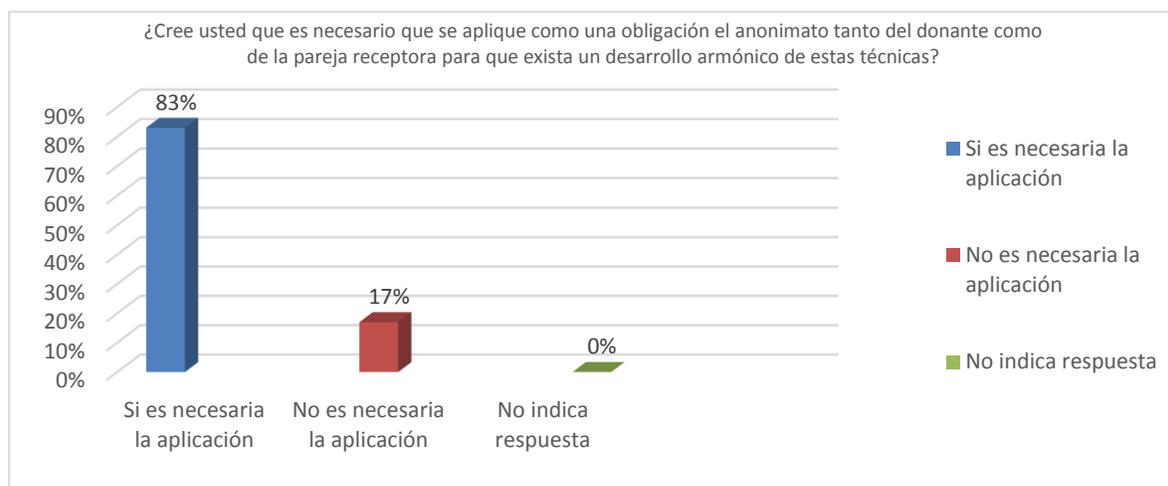
**INTERPRETACION:**

Con respecto a la pregunta planteada, un 97% respondió que el proceso de filiación si se presenta como una cuestión prioritaria del menor en aras del interés de conocer a su verdadero padre biológico mientras que el 3% manifestó todo lo contrario.

Pregunta 5:

¿Es necesario que se aplique como una obligación el anonimato tanto del donante como de la pareja receptora para que exista un desarrollo armónico de estas técnicas?

| | | Muestra | Muestra porcentual |
|--------------------------------------|-----|----------------|---------------------------|
| Si es necesaria la aplicación | | 83 | 83% |
| No es necesaria la aplicación | | 17 | 17% |
| No indica respuesta | | 0 | 0% |
| total | 100 | 100% | |

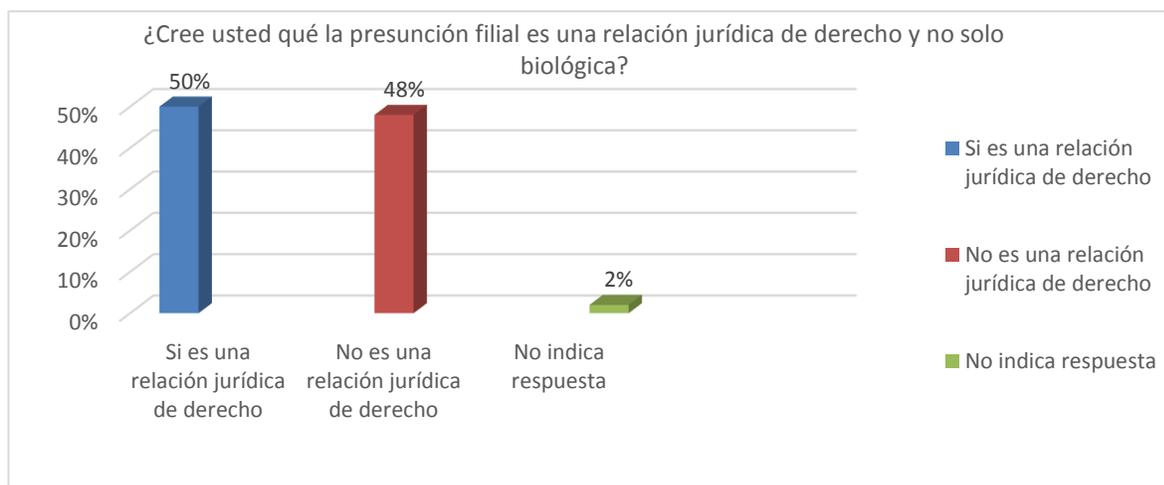
**INTERPRETACION:**

Con respecto a la pregunta planteada, el 83% respondió que si es necesario que se aplique como una obligación el anonimato tanto del donante como de la pareja receptora para que exista un desarrollo armónico de estas técnicas mientras que el 17% manifestó todo lo contrario.

Pregunta 6:

¿La presunción filial es una relación jurídica de derecho y no solo biológica?

| | Muestra | Muestra porcentual |
|---|----------------|---------------------------|
| Si es una relación jurídica de derecho | 50 | 50% |
| No es una relación jurídica de derecho | 48 | 48% |
| No indica respuesta | 2 | 2% |
| total | 100 | 100% |

**INTERPRETACION:**

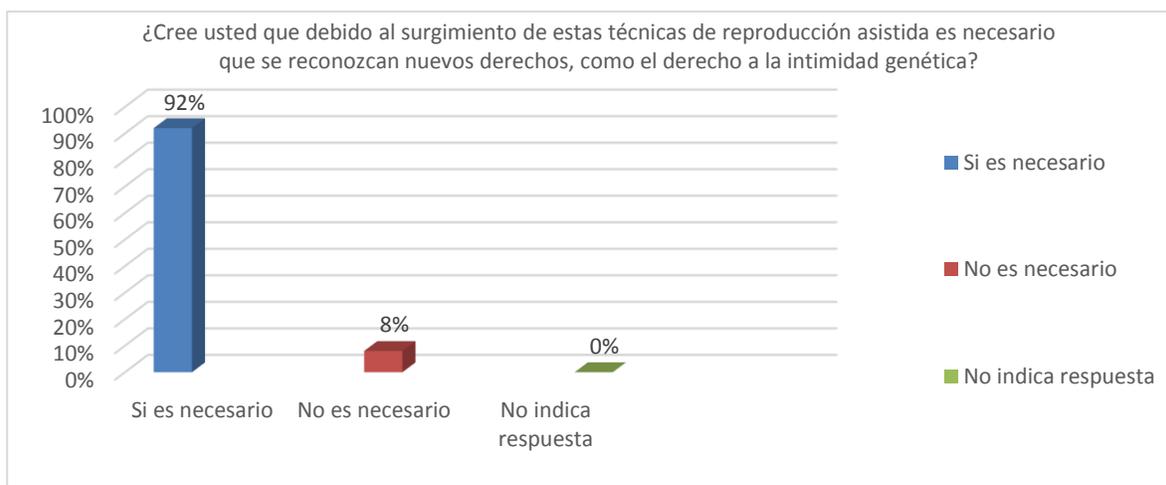
Con respecto a la pregunta planteada, el 50% respondió la presunción filial si es una relación jurídica de derecho y no solo biológica mientras que el 48% manifestó todo lo contrario.

Finalmente un 2% no indico respuesta.

Pregunta 7:

¿Cree usted que debido al surgimiento de estas técnicas de reproducción asistida es necesario que se reconozcan nuevos derechos, como el derecho a la intimidad genética?

| | Muestra | Muestra porcentual |
|----------------------------|----------------|---------------------------|
| Si es necesario | 92 | 92% |
| No es necesario | 8 | 8% |
| No indica respuesta | 0 | 0% |
| total | 100 | 100% |

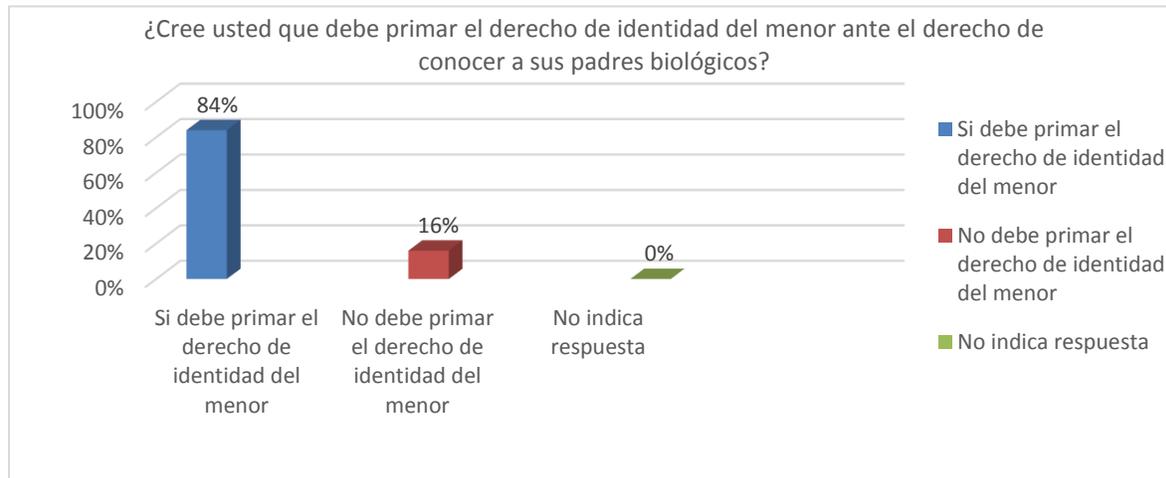
**INTERPRETACION:**

Con respecto a la pregunta planteada, el 92% respondió que debido al surgimiento de estas técnicas de reproducción asistida si es necesario que se reconozcan nuevos derechos, como el derecho a la intimidad genética mientras que el 8% manifestó todo lo contrario.

Pregunta 8:

¿Debe primar el derecho de identidad del menor ante el derecho de conocer a sus padres biológicos?

| | Muestra | Muestra porcentual |
|---|----------------|---------------------------|
| Si debe primar el derecho de identidad del menor | 84 | 84% |
| No debe primar el derecho de identidad del menor | 16 | 16% |
| No indica respuesta | 0 | 0% |
| total | 100 | 100% |

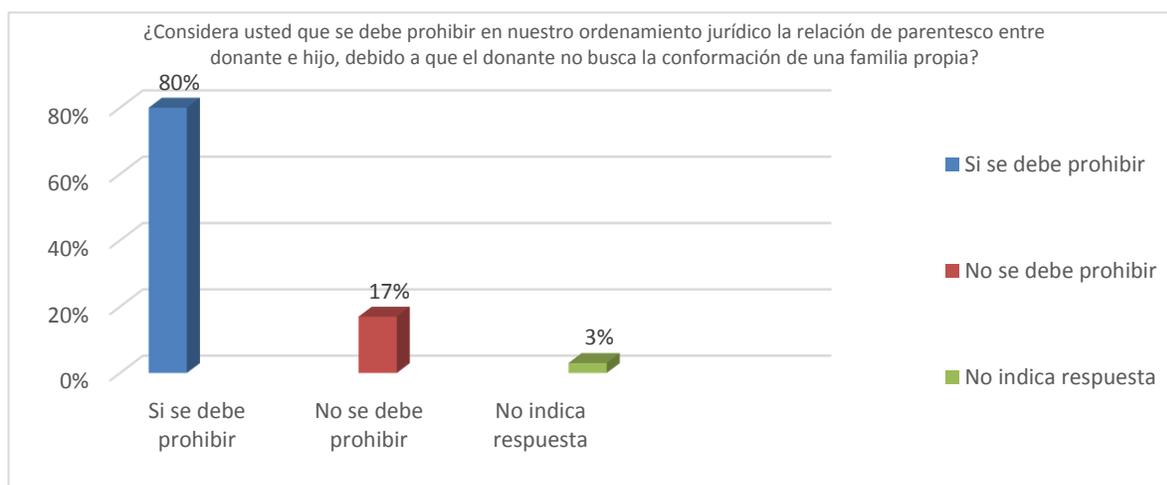
INTERPRETACION:

Con respecto a la pregunta planteada, un 84% respondió que si debe primar el derecho de identidad del menor ante el derecho de conocer a sus padres biológicos mientras que el 15% manifestó todo lo contrario.

Pregunta 9:

¿Se debe prohibir en nuestro ordenamiento jurídico la relación de parentesco entre donante e hijo, debido a que el donante no busca la conformación de una familia propia?

| | Muestra | Muestra porcentual |
|----------------------------|----------------|---------------------------|
| Si se debe prohibir | 80 | 80% |
| No se debe prohibir | 17 | 17% |
| No indica respuesta | 3 | 3% |
| total | 100 | 100% |

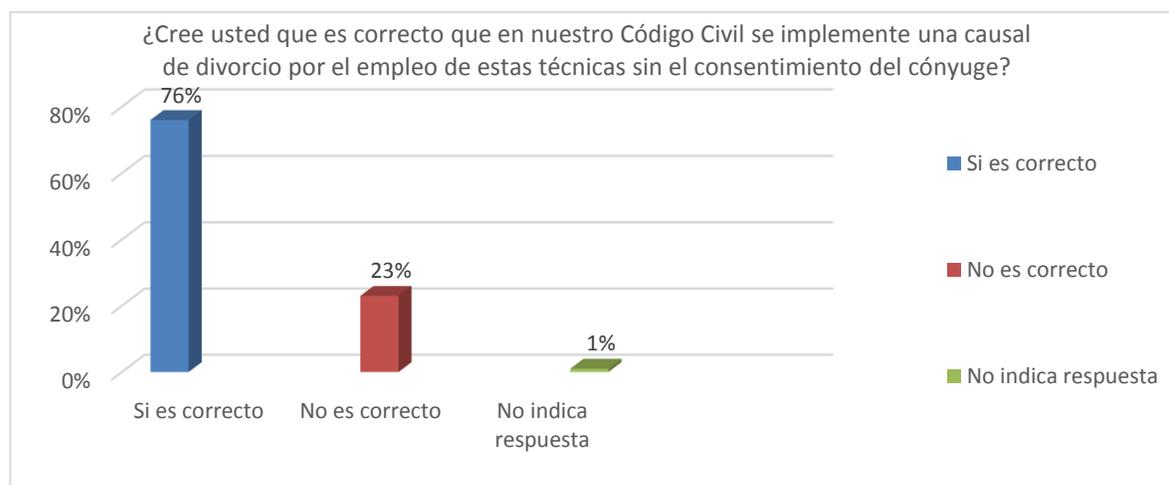
INTERPRETACION:

Con respecto a la pregunta planteada, un 80% respondió si se debe prohibir en nuestro ordenamiento jurídico la relación de parentesco entre donante e hijo mientras que el 17% manifestó todo lo contrario. Finalmente un 3% no indico respuesta.

Pregunta 10:

¿Es correcto que en nuestro Código Civil se implemente una causal de divorcio por el empleo de estas técnicas sin el consentimiento del cónyuge?

| | Muestra | Muestra porcentual |
|----------------------------|----------------|---------------------------|
| Si es correcto | 76 | 76% |
| No es correcto | 23 | 23% |
| No indica respuesta | 1 | 1% |
| total | 100 | 100% |

INTERPRETACION:

Con respecto a la pregunta planteada, un 76% respondió que si es correcto que en nuestro Código Civil se implemente una causal de divorcio por el empleo de estas técnicas sin el consentimiento del cónyuge mientras que el 23% manifestó todo lo contrario. Finalmente un 1% no indicó respuesta.

Pregunta 11:

¿Sería oportuno que se permitan pactar contratos de seguros en el tema relacionado a las TERAS respecto a los resultados que se obtengan y los eventuales perjuicios que puedan causar?

| | Muestra | Muestra porcentual |
|----------------------------|----------------|---------------------------|
| Si sería oportuno | 87 | 87% |
| No sería oportuno | 11 | 11% |
| No indica respuesta | 2 | 2% |
| total | 100 | 100% |

INTERPRETACION:

Con respecto a la pregunta planteada, el 87% respondió que si sería oportuno que se permitan pactar contratos de seguros en el tema relacionado a las TERAS respecto a los

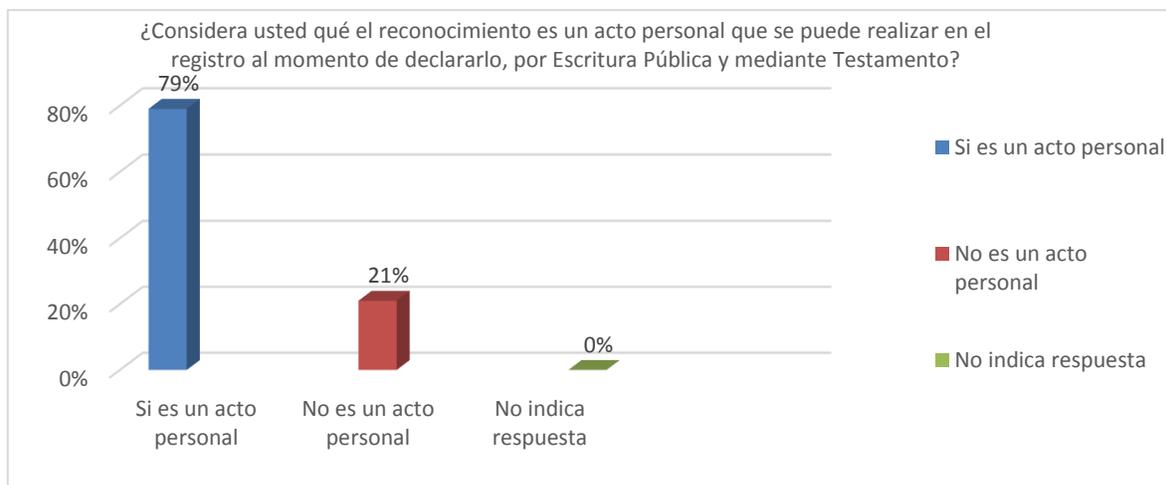


resultados que se obtengas y los eventuales perjuicios que puedan causar mientras que un 11% manifestó todo lo contrario. Finalmente un 2% no indico respuesta.

Pregunta 12:

¿El reconocimiento es un acto personal que se puede realizar en el registro al momento de declararlo, por Escritura Pública y mediante Testamento?

| | Muestra | Muestra porcentual |
|-------------------------------|----------------|---------------------------|
| Si es un acto personal | 79 | 79% |
| No es un acto personal | 21 | 21% |
| No indica respuesta | 0 | 0% |
| total | 100 | 100% |

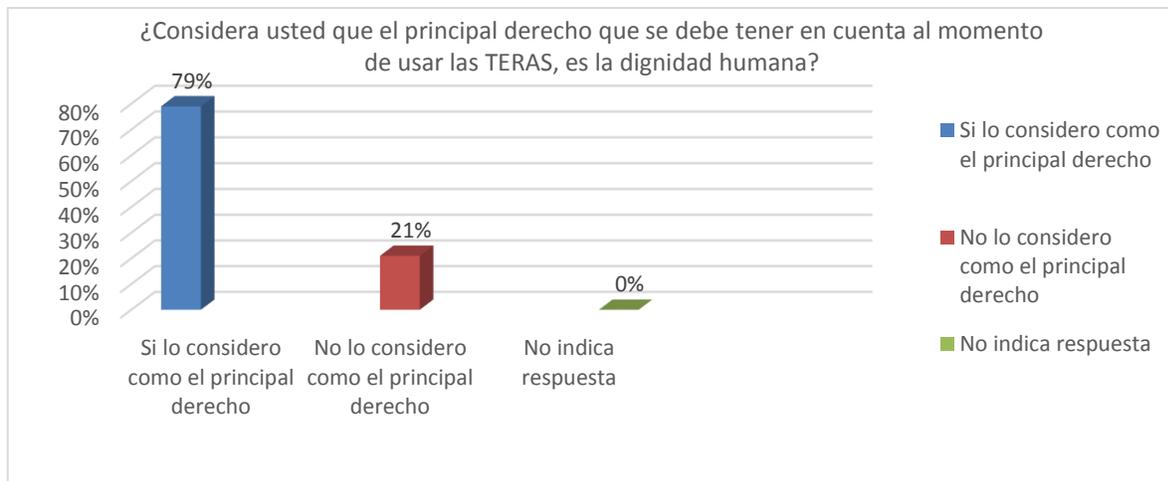
INTERPRETACION:

Con respecto a la pregunta planteada, un 79% respondió que el reconocimiento si es un acto personal que se puede realizar en el registro al momento de declararlo, por Escritura Pública y mediante Testamento mientras que el 20% manifestó todo lo contrario.

Pregunta 13

¿El principal derecho que se debe tener en cuenta al momento de usar las TERAS, es la dignidad humana?

| | Muestra | Muestra porcentual |
|--|---------|--------------------|
| Si lo considero como el principal derecho | 79 | 79% |
| No lo considero como el principal derecho | 21 | 21% |
| No indica respuesta | 0 | 0% |
| total | 100 | 100% |



INTERPRETACION: Con respecto a la pregunta planteada, el 79% respondió que el principal derecho que se debe tener en cuenta al momento de usar las TERAS es la dignidad humana mientras que el 21% manifestó todo lo contrario.

VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO:

Después de revisar el instrumento de la Tesis denominada: “Derecho a la Identidad de los concebidos por Técnicas de Reproducción Asistida”, la calificación es la siguiente:

| Nº | PREGUNTA | 50% | 60% | 70% | 80% | 90% | 100% |
|----|---|-----|-----|-----|-----|-----|------|
| 1 | ¿En qué porcentaje se logrará constatar la hipótesis con este instrumento? | | | | | | X |
| 2 | ¿En qué porcentaje considera que las preguntas están referidas a las variables, subvariables e indicadores de la investigación? | | | | | X | |
| 3 | ¿Qué porcentaje de las interrogantes planteadas son suficientes para lograr el objetivo general de la investigación? | | | | | | X |
| 4 | ¿En qué porcentaje, las preguntas son de fácil comprensión? | | | | | X | |
| 5 | ¿Qué porcentaje de preguntas siguen una secuencia lógica? | | | | | | X |
| 6 | ¿En qué porcentaje se obtendrán datos similares con esta prueba aplicándolo en otras muestras? | | | | | X | |

V. DISCUSION DE RESULTADOS

Luego de haber analizado los resultados obtenidos de las encuestas realizadas se ha confirmado nuestras hipótesis, empezando por la Hipótesis General, la cual se ha confirmado debido a que hoy en día por la falta de regulación de las TERAS, el derecho a la Identidad del concebido es afectado directamente por el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida, ya que como se sabe no existe una regulación firme sobre el uso de las mismas; asimismo, se confirman las Hipótesis Específicas ya que no existe un mecanismo de protección de los derechos del concebido por fecundación asistida, ya que en nuestro ordenamiento jurídico solo se regulan los derechos de los concebidos, más no se hace una regulación especial a los concebidos a través de las TERAS; por otro lado se confirma la segunda Hipótesis Específica ya que los derechos fundamentales del concebido por TERAS (concebidos en general) deben primar sobre los derechos fundamentales de los progenitores, ya que siempre van a primar los Derechos que favorezcan a los menores en aras del Principio de Interés Superior del Niño.

VI. CONCLUSIONES

- Todo uso relacionado con las Técnicas de Reproducción Asistida debe partir desde la base de que los sujetos que las usen tengan pleno conocimiento sobre los alcances de las mismas, sus consecuencias e implicancias jurídicas.
- Con el surgimiento de estas nuevas técnicas de reproducción se han incorporado nuevos derechos que se predicen de los sujetos involucrados en estas técnicas, como es el caso del derecho a sobrevivir, a la individualidad genética, a la intimidad genética, etc.
- En relación a la determinación de impugnación de paternidad se tiene que la paternidad se determinará cuando exista el consentimiento por parte del esposo o compañero en relación al uso de este tipo de técnicas.
- Existe responsabilidad civil en el obrar del personal médico que use estas técnicas de reproducción asistida, ya que el mal uso de las mismas puede causar perjuicios, los cuales son objeto de reparaciones contenidas en la ley.

VII. RECOMENDACIONES

- Se recomienda que no se permita poder seleccionar el sexo de los hijos al momento de usar una de las técnicas de reproducción asistida antes señalada; entonces se debe tener como parámetro que debe existir una prohibición general de selección de sexo y solo se dará una excepción de permisión cuando estemos frente a casos de enfermedades genéticas relacionadas con el sexo del concebido.
- Como segunda recomendación se tiene que es perfectamente viable que se puedan asegurar los resultados de un procedimiento de Reproducción Asistida, no se estaría tratando de práctica atentatoria de la moral o de las buenas costumbres, ya solo se pretende cubrir las contingencias que se generan en este tipo de procedimiento que son tan usados hoy en día. Ç
- Asimismo se recomienda que se cree un Banco de Donantes, con el fin de que se pueda tener un control más exhaustivo del uso de las TERAS y velar de esa manera por los Derechos Fundamentales de los concebidos a través de este tipo de Técnicas.

VIII. REFERENCIAS

Aguilar Llanos, B. (2016). *Tratado de Derecho de familia*. Lima, Perú: Lex & Iuris.

Recuperado el Seis de Julio de 2018

Baqueiro Rojas, É., & Buenrostro Báez, R. (1990). *Derecho de familia y*

sucesiones. Mexico : Facultad de Derecho - UNAM.

Bossert, G., & Zannoni, E. (1981). *Hijos Legítimos*. Buenos Aires : Editorial Astrea.

Casación de la Corte Suprema , Cas. N° 2726-2016 (Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Transitoria 17 de Julio de 2013).

Castillo Córdova, L. (2009). *La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho*. Lima: Gaceta Jurídica.

Cornejo Chávez, H. (1998). *Derecho Familiar Peruano. Tomo I y II*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.

Corte Interamericana de Derecho Humanos. (2002). *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño - Opinión Consultiva* . CIDH.

Espin Cánova , D. (1964). *Compilaciones Forales De España*. Madrid: Instituto de Cultura Hispánica.

Fernández Clérigo, L. (1947). *El Derecho de Familia en la legislación comparada*. México: Edit. Hispano-Americana.

Ferrajoli, L. (2001). *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma - Bari: Editorial Vitale.

Poder Judicial del Perú. (2007). <http://historico.pj.gob.pe>. Recuperado el Diez de Julio de 2018, de http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/diccionario_detalle.asp?codigo=744

Poder Judicial del Perú. (2012). <https://www.pj.gob.pe>. Recuperado el Diez de Julio de 2018, de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_servicios/as_enlaces_de_interes/as_orientacion_juridica_usuario/as_diccionario_juridico/f

Poder Judicial del Perú. (2012). www.pj.gob.pe. Obtenido de www.pj.gob.pe: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_servicios/as_enlaces_de_interes/as_orientacion_juridica_usuario/as_diccionario_juridico/i

Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 00550-2008-PA/TC (Tribunal Constitucional 17 de Setiembre de 2010). Recuperado el 17 de Setiembre de 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00550-2008-AA.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 04509-2011-PA/TC (Tribunas Constitucional 15 de Julio de 2011). Recuperado el 15 de Mayo de 2015, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/04509-2011-AA.html>

Serna, P., & Toller, F. (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos*. Buenos Aires: La Ley}.

UNICEF. (29 de Noviembre de 1989). *www.unicef.org*. Obtenido de *www.unicef.org*: <https://www.unicef.org/peru/spanish/Observaciones-Derechos-Nino.pdf>

Varsi Rospigliosi, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima - Perú: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de derecho de familia: Derecho de filiacion*. Lima, Perú: El Búho. Recuperado el Seis de Julio de 2018

Zavaleta Velarde, B. (2014). *ULADECH*. Recuperado el 15 de Diciembre de 2015, de <http://files.uladech.edu.pe>:
http://files.uladech.edu.pe/docente/17906995/INTEGRACION_DERECHO_CIVIL_Y_PROCESAL/Sesi%C3%B3n%2014/Contenido_14.pdf

IX. ANEXOS

ANEXO N°1 Ficha de Encuestas

UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLAREAL

ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

FICHA DE ENCUESTA PARA TESIS DE MAESTRIA

IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD EN LOS CASOS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Estimado Sr (a), soy el abogada SILVIA NORA CASTAÑEDA TINTAYA, y he culminado mis estudios de Maestría, abocándome a la ejecución de mi Tesis, motivo por el cual recurro a Ud. Para que tenga a bien responder la presente encuesta.

Los datos que Ud. Consigne serán tratados con la debida reserva y confidencialidad, no serán entregados a las autoridades o persona alguna. MUCHAS GRACIAS.

OBJETIVO DE LA ECUESTA: Realizar la Tesis de Maestría.

Encuestadora: SILVIA NORA CASTAÑEDA TINTAYA

Sírvase contestar las preguntas planteadas de acuerdo a la opción que considere conveniente:

Pregunta 1:

¿En un proceso de filiación debe prevalecer el Interés Superior del Niño ante la presunción de paternidad?

- a. Si debe de prevalecer
- b. No debe de prevalecer
- c. No indica respuesta

Precise.....
.....
.....

Pregunta 2

Considera Usted, ¿Qué en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico existen mecanismos de protección de los derechos del concebido a través de la Inseminación Artificial?

- a. Si existen mecanismos de protección
- b. No existen mecanismos de protección
- c. No indica respuesta

Precise.....
.....

Pregunta 3

¿Los derechos de los concebidos a través de TERAS deben de prevalecer sobre los derechos fundamentales de sus progenitores?

- a. Si deben de prevalecer
- b. No deben de prevalecer
- c. No indica respuesta

Precise.....

Pregunta 4

¿El proceso de filiación se presenta como una cuestión prioritaria del menor en aras del interés de conocer a su verdadero padre biológico?

- a. Si se presenta como una cuestión prioritaria
- b. No se presenta como una cuestión prioritaria
- c. No indica respuesta

Precise.....

Pregunta 5

¿Es necesario que se aplique como una obligación el anonimato tanto del donante como de la pareja receptora para que exista un desarrollo armónico de estas técnicas?

- a. Si es necesario
- b. No es necesario
- c. No indica respuesta

Precise.....

Pregunta 6

¿La presunción filial es una relación jurídica de derecho y no solo biológica?

- a. Si es una relación jurídica
- b. No es una relación jurídica
- c. No indica respuesta

Precise.....

.....

Pregunta 7

¿Debido al surgimiento de estas técnicas de reproducción asistida es necesario que se reconozcan nuevos derechos, como el derecho a la intimidad genética?

- a. Si es necesario
- b. No es necesario
- c. No indica respuesta

Precise.....

.....

.....

Pregunta 8

¿Debe primar el derecho de identidad del menor ante el derecho de conocer a sus padres biológicos?

- a. Si debe primar el derecho de identidad
- b. No debe primar el derecho de identidad

c. No indica respuesta

Precise.....
.....
.....

Pregunta 9

¿Se debe prohibir en nuestro ordenamiento jurídico la relación de parentesco entre donante e hijo, debido a que el donante no busca la conformación de una familia propia?

- a. Si se debe prohibir
- b. No se debe prohibir
- c. No indica respuesta

Precise.....
.....
.....

Pregunta 10

¿Es correcto que en nuestro Código Civil se implemente una causal de divorcio por el empleo de estas técnicas sin el consentimiento del cónyuge?

- a. Si es correcto
- b. No es correcto
- c. No indica respuesta

Precise.....
.....
.....

Pregunta 11

¿Sería oportuno que se permitan pactar contratos de seguros en el tema relacionado a las TERAS respecto a los resultados que se obtengan y los eventuales perjuicios que puedan causar?

- a. Si sería oportuno
- b. No sería oportuno
- c. No indica respuesta

Precise.....
.....
.....

Pregunta 12

¿El reconocimiento es un acto personal que se puede realizar en el registro al momento de declararlo, por Escritura Pública y mediante Testamento?

- a. Si es un acto personal
- b. No es un acto personal
- c. No indica respuesta

Precise.....
.....
.....

Pregunta 13

¿El principal derecho que se debe tener en cuenta al momento de usar las TERAS, es la dignidad humana?

- a. Si lo considero como el principal derecho
- b. No lo considero como el principal derecho
- c. No indica respuesta

Precise.....
.....
.....

ANEXO 2. MATRIZ DE CONSISTENCIA

IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD EN LOS CASOS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

| PROBLEMA | OBJETIVO | HIPOTESIS | VARIABLES | METODOLOGIA |
|---|---|--|---|---|
| <p>Problema General</p> <p>¿Es posible recurrir a una impugnación de la paternidad frente a los casos de inseminación artificial si supuestamente va en contra de los principios del Código Civil?</p> | <p>Objetivo General</p> <p>Determinar los parámetros legales por los cuales se puede rebatir la paternidad del concebido mediante la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial</p> | <p>Hipótesis General</p> <p>Nuestro ordenamiento jurídico brinda la facultad de impugnar la paternidad en determinados casos donde el hijo es procreado mediante inseminación artificial.</p> | <p>Variable Independiente</p> <p>Impugnación de Paternidad</p> <p>Indicadores</p> <ul style="list-style-type: none"> - Presunción pater is - Infidelidad - Cohabitación <p>Variable Dependiente</p> <p>Inseminación Artificial</p> <p>Indicadores</p> <ul style="list-style-type: none"> - Consentimiento - Esterilidad - Reproducción Asistida | <p>Tipo de investigación</p> <p>Cuantitativa</p> <p>Nivel de investigación</p> <p>Descriptivo-Correlac.</p> <p>Diseño:</p> <p>No Experimental</p> <p>Método</p> <p>Hipotético-deductivo (Cuantitativo)</p> <p>Técnicas de Recolección de Información</p> <p>Cuestionario</p> <p>Entrevistas</p> <p>Instrumentos</p> |
| <p>Problemas Específicos</p> <p>- ¿En qué medida la inseminación artificial afecta los principios tradicionales</p> | <p>Objetivos Específicos</p> <p>-Determinar si la inseminación artificial afecta los principios</p> | <p>Hipótesis específicas</p> <p>-La inseminación artificial afecta los principios tradicionales</p> | | |

| | | | | |
|--|--|---|--|--|
| <p>del Derecho Civil peruano?</p> <p>-¿En qué medida la inseminación artificial afecta el derecho de identidad del concebido mediante esta técnica de reproducción asistida?</p> | <p>tradicionales del Derecho Civil peruano.</p> <p>-Determinar si la inseminación artificial afecta el derecho de identidad del concebido mediante este medio.</p> | <p>del Derecho Civil Peruano.</p> <p>-La inseminación artificial vulnera de cierta forma el derecho de identidad del concebido mediante esta técnica artificial de reproducción asistida.</p> | | <ul style="list-style-type: none"> • Encuesta <p>Fuentes</p> <ul style="list-style-type: none"> • Bibliografías |
|--|--|---|--|--|