



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Escuela Profesional de Derecho

TESIS

“Regulación Jurídica de la Fecundación in Vitro FIV en el Derecho Familiar en el Distrito Judicial de Tacna en el año 2017”

PRESENTADO POR:

Bach. LIZAID BIVIANA TOLENTTINI SANCHEZ

ASESORES:

ABOG. ESMERALDA NATALIA CAQUI COHAILA

MG. MILAGROS JESSICA CACERES CACERES

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

TACNA, PERÚ

2019

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación, lo dedico a mis hijos, por su apoyo a que pueda lograr mis objetivos de formación profesional

AGRADECIMIENTO

A la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Alas Peruanas, por haber transmitido los conocimientos en mi formación profesional, para obtener el título profesional de abogada.

ÍNDICE

DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
ÍNDICE	1
ÍNDICE DE TABLAS	4
ÍNDICE DE FIGURAS	5
RESUMEN.....	6
ABSTRACT.....	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	10
1.1 Descripción de la realidad problemática.....	10
1.2 Delimitación de la investigación	12
1.2.1 Delimitación Social	12
1.2.2 Delimitación Espacial	12
1.2.3 Delimitación Temporal.....	12
1.2.4 Delimitación Conceptual.....	12
1.3 Problema de investigación	13
1.3.1 Problema Principal	13
1.3.2 Problemas Secundarios	13
1.4 Objetivos de la investigación.....	14
1.4.1 Objetivo General	14
1.4.2 Objetivos Específicos	14
1.5 Hipótesis y Variables de la Investigación	14
1.5.1 Hipótesis General.....	14
1.5.2 Hipótesis Secundaria.....	14
1.5.3 Variables	15

1.6	Metodología de la Investigación.....	17
1.6.1	Tipo y nivel de investigación.....	17
1.6.2	Método y diseño de la investigación.....	17
1.6.3	Población y muestra de la investigación.....	18
1.6.4	Técnicas e instrumentos de recolección de información.....	19
1.6.5	Justificación, importancia y limitaciones de la investigación.....	20
1.6.6	Ámbito de la aplicación.....	23
1.6.7	Validez y confiabilidad de los instrumentos.....	23
1.6.8	Plan de recolección de datos y procesamiento de datos.....	23
2	CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	25
2.1	Antecedentes de la investigación.....	25
2.2	Bases Legales.....	27
2.3	Bases teóricas.....	31
2.3.1	Fecundación in Vitro.....	31
2.3.2	Relaciones Jurídicas de la FIV en la Familia.....	41
2.3.3	Filiación del nacido por Fecundación “In Vitro”.....	54
2.3.4	Relación Jurídica de la Fecundación in Vitro en el Código Civil de 1984	60
2.4	Definición de Términos Básicos.....	70
	CAPÍTULO III: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	74
3.1	Análisis y Discusión de las Encuestas.....	75
3.2	Prueba estadística de hipótesis.....	91
3.2.1	Comprobación de hipótesis específica a).....	91
3.2.2	Comprobación de hipótesis específica b).....	91
3.2.3	Comprobación de hipótesis específica c).....	92
3.3	Discusión de Resultados.....	93

3.4	Conclusiones	94
3.5	Recomendaciones	95
3.6	Fuentes de información.....	106
Anexo 01: Matriz de consistencia.....		110
Anexo 02: Instrumentos: cuestionario de preguntas (tesis cuantitativa)		112

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N° 1.....	75
Tabla N° 2.....	76
Tabla N° 3.....	77
Tabla N° 4.....	78
Tabla N° 5.....	79
Tabla N° 6.....	80
Tabla N° 7.....	81
Tabla N° 8.....	82
Tabla N° 9.....	83
Tabla N° 10.....	84
Tabla N° 11.....	85
Tabla N° 12.....	86
Tabla N° 13.....	87
Tabla N° 14.....	88
Tabla N° 15.....	89
Tabla N° 16.....	90

3 ÍNDICE DE FIGURAS

Figura N° 01.....	75
Figura N° 02.....	76
Figura N° 03.....	77
Figura N° 04.....	78
Figura N° 05.....	79
Figura N° 06.....	80
Figura N° 07.....	81
Figura N° 08.....	82
Figura N° 09.....	83
Figura N° 10.....	84
Figura N° 11.....	85
Figura N° 12.....	86
Figura N° 13.....	87
Figura N° 14.....	88
Figura N° 15.....	89
Figura N° 16.....	90

RESUMEN

Esta investigación tuvo como objetivo: determinar las relaciones jurídicas de la conducta participativa de los intervinientes en la fecundación in vitro dentro del Derecho de Familia en el Distrito Judicial de Tacna, año 2017. El método de investigación, es el de análisis histórico, ya que el fenómeno de estudio, tiene su existencia en un determinado tiempo y espacio; el diseño es descriptivo, ya que se partió de una diagnosis socio jurídica, la cual concluye de modo relevante la urgente regulación jurídica de la Fecundación in vitro, siendo oportuna la propuesta de Ley. Las unidades de análisis estuvo representada por los magistrados del Poder Judicial, fiscales del Ministerio Público y letrados del colegio de Abogados. Se obtuvo la información a través del instrumento cuestionario, en que el correspondiente tratamiento estadístico permitió la verificación de nuestra hipótesis de investigación, en la que se regula jurídicamente la conducta participativa de los intervinientes en el proceso fecundativo in vitro lo que determinará las relaciones jurídicas de estos dentro del Derecho Familiar.

Palabras claves: Fecundación in vitro, nacido in vitro. Derecho Familiar, consentimiento, Fertilidad, Filiación.

ABSTRACT

The purpose of this research was to determine the legal relationships of the participatory behavior of the interveners in in vitro fertilization within Family Law in the Judicial District of Tacna, 2017. The units of analysis were represented by the magistrates of the Judiciary, prosecutors of the Public Prosecutor's Office and lawyers of the Bar Association. The information was obtained through the questionnaire instrument, that the corresponding statistical treatment allowed the verification of our research hypothesis, that the participant behavior of the participants in the in vitro fertilization process is legally regulated, then the legal relationships of these within of Family Law.

Keywords: In vitro fertilization, Family Law, consent, Fertility, Filiation.

INTRODUCCIÓN

El acelerado desarrollo que ha logrado la biotecnología, ha puesto en crisis la vida social en general y la vida familiar en particular, por lo cual, debemos adentrarnos al conocimiento del origen de la vida, en el proceso que la originan y fundamentan tal vez es el caso, de la fecundación in vitro, la cual, tiene una objetiva influencia en las relaciones jurídicas de los intervinientes en esta técnica de reproducción humana asistida, cuya temática nos proponemos analizar, con el propósito de deslindar lo que puede resultar científico de lo in moral, lo que se debe orientar a la regulación jurídica de la norma sustantiva que den protección jurídica al concebido y nacido por fecundación in vitro.

La presente investigación, se realiza en toda su connotación jurídica, aplicando para ello, el método de análisis histórico, en la determinación inmediata de la fecundación in vitro, dentro de los límites de su licitud de esta forma de fertilización humana.

Así pues, cada logro biomédico en la reproducción humana asistida ha sido y seguirá siendo causa de una mayor complejidad en los interrogantes jurídicos, ya que no se trata solamente de buscar respuestas legales a la fecundación in vitro, que es una asistencia biomédica a las parejas que anhelan tener hijos, lo cual impacta en el sentir social y en el orden jurídico, en el concepto tradicional de maternidad: ovulación, fecundación, gestación y parto; así mismo, en las relaciones filiales del nacido in vitro con el padre, en la cual se tiene que observar el origen de las células germinales, la ovodonación, el consentimiento, el nuevo concepto de maternidad, ya sea biológica, legal o subrogativa. Todo ello conlleva a proteger el status jurídico del nacido por fecundación in vitro.

Al respecto, esta técnica asistida se viene ejecutando a nivel mundial y también en nuestro medio teniendo las limitaciones de no contar con una regulación jurídica ante estas prácticas fecundativas, por ello resulta necesario y de urgente tratamiento el encauzar legalmente a la ciencia dentro de las relaciones socio familiares, lo que significa enfrentarse con rigor académico y científico al avance de la reproducción humana asistida, por ello se hace el

requerimiento formal en el presente trabajo, aunque sea para proponer la configuración jurídica de las relaciones filiales de los protagonistas en este proceso fecundativo in vitro.

Ante ello, nuestro trabajo de investigación se presenta a vuestra consideración como un método aporte a la investigación científico – jurídico.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática

La vida social y la biológica de la persona, ha variado por el avance de la revolución tecnológica, tal es el caso, de las técnicas de reproducción humana asistida como un medio para realizar la fecundación, con la finalidad del superar la infertilidad. Al respecto, la fecundación in Vitro, se aplica a las parejas que desean tener un hijo, ello motivado por diversas razones patológicas en sus órganos de reproducción no pueden tenerlo, generalmente el problema es de la mujer, qué puede ser por obstrucción de las trompas de Falopio, ello debido a procesos infecciosos u otros, pero también podrían deberse a la esterilidad del esposo.

El poder conformar una familia es uno de los objetivos centrales de su vida, indicadores varios señalan que el número de hombres y mujeres que no podrá lograrlo, lejos de disminuir, va en aumento. Hay cifras que sugieren que en la actualidad, a nivel nacional la infertilidad afecta de 16 a 20% de las parejas, alrededor de noventa y cuatro millones de personas en el mundo.

Esta técnica se da como solución del problema de la esterilidad, ya que es un medio de permitirle al ser humano una realización completa, cuando se presenta un impedimento para la práctica natural del acto de procreación.

El derecho regula objetivamente la conducta humana y si la fecundación in Vitro, es la realización del proyecto de la maternidad o paternidad frustrados, por ello, no debe haber inconveniente para que una pareja que desea tener hijos y que tengan los medios y aptitudes necesarias, logre tenerlo.

Una opción frente a la infertilidad son las técnicas de reproducción asistida. Estas sin embargo tienen para los pacientes un alto costo emocional y económico, y no estarán exentas de vicisitudes para los profesionales de la salud, ya que al no encontrarse reguladas de manera

específica como es el caso del Perú, pueden presentarse situaciones complejas y de alcance incierto que finalmente terminen lesionando los derechos de los pacientes, niños/as nacidos de las técnicas y/o los/as médicos/as intervinientes.

La fecundación in Vitro, como avance de la biomedicina, ha provocado cambios sustanciales en conceptos trascendentales, tales como: el concebido, el nacido, la maternidad, la paternidad y la familia, entre otros; asimismo, han generado vacíos en la normatividad para afrontar los problemas legales que tiene la fecundación extracorpórea, tal es el caso, del derecho familiar, lo cual, debe valorarse en forma objetiva, al margen de las subjetividad personal y familiar, como es el caso, el derecho a la afiliación de los concebidos in Vitro.

Si bien es cierto, que la fecundación extrauterina, tiene por finalidad la procreación asistida y la investigación humana científica, en el presente trabajo debemos incidir en los tipos de fecundación in Vitro, tal es el caso, de la homóloga, que se practica con semen del marido, aquí la paternidad se presume; mientras que, en la heteróloga, se realiza con un el semen u óvulo de una tercera persona, que no tienen una relación jurídica obligada de cumplimiento.

Es necesario, tener en cuenta que con la aplicación de esta técnica de reproducción asistida y desde una perspectiva jurídica, se presentan los problemas siguientes: La filiación del nacido, los derechos sucesorios del mismo y de los alimentos que le corresponden, así tenemos que el Código Civil no prescribe nada al respecto; otro aspecto, es el consentimiento expreso del marido para que su esposa se someta al tratamiento, ya que la paternidad está determinada por la voluntad del marido de asumir el rol paterno.

En definitiva, es importante conocer las implicancias jurídicas de la fecundación in Vitro, ya que en la normatividad no ha prescrito sobre su aplicación, las relaciones jurídicas, y lo más importante determinar el

status jurídico del concebido y la protección jurídica del nacido por esta técnica de reproducción humana asistida

1.2 Delimitación de la investigación

1.2.1 Delimitación Social

En la investigación, la selección de la muestra permite conocer la real magnitud, las características de una población, por lo que se consideró a una población que laboran en la corte superior y del ministerio público del Distrito Judicial de Tacna, asimismo, se tomó en cuenta el libro de registro de miembros de la Orden del Colegio de Abogados de Tacna, por lo que los resultados obtenidos pueden ser generalizados al universo del estudio, en este caso, a las prácticas biomédicas de la fecundación in vitro, cuya individualización de las unidades de estudio se cuantifica de las características básicas que corresponde a las unidades procesadas, además pone de manifiesto la necesidad urgente de una regulación jurídica que prescriba la práctica fecundativa in vitro y sus implicancias jurídicas que compromete a la sociedad civil en su conjunto.

1.2.2 Delimitación Espacial

La presente investigación corresponde al ámbito regional y nacional, por tratarse de un tema que concierne al Estado y a los intervinientes en las técnicas de reproducción humana asistida.

1.2.3 Delimitación Temporal

La investigación se refiere al periodo 2017.

1.2.4 Delimitación Conceptual

Cigoto: Célula producida por la unión de células sexuales (Gametos) en el proceso de fecundación in vitro.

Esterilidad:	Es la necesidad de fecundar en el hombre y de concebir en la mujer.
Fecundación in Vitro:	Proceso médico científico, en el cual, el óvulo extraído de los ovarios, es fertilizado con semen, en forma extracorpórea.
Fertilidad:	Capacidad de llevar a término el producto de la concepción.
Filiación:	Relación paterno filial entre una persona con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró.
Genética:	Ciencia que estudia la herencia.

1.3 Problema de investigación

1.3.1 Problema Principal

Queda formulado en el siguiente enunciado:

¿Cuáles son las relaciones jurídicas de filiación en la conducta participativa de los intervinientes en la fecundación in Vitro dentro del Derecho de Familia?

1.3.2 Problemas Secundarios

- a) ¿Qué filiación le corresponde al nacido por FIV homóloga dentro de las relaciones paterno filial?
- b) ¿Cuál es la relación jurídica de la filiación entre el marido de la madre biológica y el nacido por FIV heteróloga?
- c) ¿Se debe regular jurídicamente la relación filial de los intervinientes (madre, cónyuge, concebido y/o nacido) en el proceso FIV?

1.4 Objetivos de la investigación

1.4.1 Objetivo General

Determinar las relaciones jurídicas de filiación en la conducta participativa de los intervinientes en la fecundación in Vitro dentro del Derecho de Familia.

1.4.2 Objetivos Específicos

- a) Analizar las relaciones jurídicas de filiación de los intervinientes en el proceso FIV homólogo dentro del Derecho de Familia.
- b) Explicar las relaciones paterno filiales en el proceso fecundativo in vitro heterólogo dentro del Derecho de Familia.
- c) Proponer mecanismos legales de protección jurídica de los intervinientes en el proceso fecundativo in Vitro en el Derecho de Familia.

1.5 Hipótesis y Variables de la Investigación

1.5.1 Hipótesis General

Hay relaciones jurídicas de filiación en la conducta participativa de los intervinientes en la fecundación in Vitro FIV homólogo y heterólogo dentro del Derecho de Familia.

1.5.2 Hipótesis Secundaria

- a) Si hay el consentimiento voluntario y expreso del marido de la madre biológica en el proceso FIV Homólogo, entonces el nacido in Vitro tendrá filiación matrimonial.
- b) Si existe el consentimiento expreso y notarial del marido de la Madre biológica en el proceso FIV Heteróloga, entonces el nacido in Vitro tendrá filiación matrimonial.
- c) Si se regula jurídicamente la filiación en la fecundación in Vitro, dentro del Derecho Familiar entonces los intervinientes en el proceso fecundativo extracorpóreo tendrán protección jurídica.

1.5.3 Variables

1.5.3.1 Operacionalización de variables

Variable independiente: La Fecundación in Vitro.

Variable dependiente: Regulación Jurídica.

1.5.3.2 Operacionalización de variables

Variables	Definición conceptual	Definición operacional	Dimensiones	Indicadores	Categoría
Variable independiente "X"	Proceso de alta tecnología médica que busca superar una deficiencia biológica o psíquica que impide tener descendencia.	Método bio técnico que sirve para suplir la infertilidad en la persona para tener descendencia.	Conducta adecuada	Esterilidad Consentimiento Derecho a la procreación	Nominal
La fecundación in Vitro					
Variable dependiente "Y"	Conjunto de normas que se establecen dentro de un determinado ámbito jurídico con la finalidad de garantizar los derechos de las personas	Establecimiento de un ordenamiento jurídico que prescriban las leyes para el ejercicio del derecho y sus relaciones jurídicas	Normatividad sustantiva	Derechos personales Relación filial Seguridad jurídica	Nominal
Regulación jurídica					

1.6 Metodología de la Investigación

1.6.1 Tipo y nivel de investigación

Según Paredes Núñez, la investigación básica, es el conocimiento de la estructura de los fenómenos que permitan explicar su funcionamiento, ya que tiene como finalidad el mejor conocimiento y comprensión de los fenómenos sociales (Paredes, 2008 P. 21). Al respecto el tipo de investigación es básica, ya que contribuye a la ampliación de conocimiento científico jurídico, creando nuevas teorías o modificando las existentes, asimismo, investigando la doctrina, casuística y normatividad jurídica comparada, ya que en la realidad socio – jurídica se vienen presentando problemas relacionados a la relación filial entre los participantes en el proceso fecundativo in vitro, como ser la madre, el cónyuge, el concebido y/o nacido in vitro.

Riega Virú, referente al nivel de investigación explicativo, explica que están dirigidos a responder las causas de los eventos sociales, buscan explicar porque ocurre un fenómeno, en qué condiciones se da y por qué dos variables están relacionadas. (Riega Virú. 2010 P. 91). Por lo tanto el nivel de investigación es explicativo, ya que se requirió del conocimiento de la teoría, métodos y técnicas de investigación, pues se trató de efectuar un proceso de abstracción a fin de destacar aquellos aspectos o relaciones que se consideraron básicos para comprender los factores, condiciones que se nos presentaron como efecto (variable dependiente), ya que la técnica de reproducción humana asistida de la fecundación in vitro, tiene implicancias jurídicas, en cuanto a la filiación del nacido dentro de la institución jurídica del matrimonio.

1.6.2 Método y diseño de la investigación

Según Riega Virú expone que se pretende inferir normas universalmente validar a partir del desarrollo de la historia humana, y que es tarea del jurista tomar ese derecho, organizarlo y darle un marco teórico hasta convertirlo en un derecho elaborado (Riega – Virú. 2010 P. 42). Por

lo cual el método de investigación que se aplicó de análisis histórico, ya que, todo fenómeno social tiene su existencia en un determinado tiempo y espacio, con una proyección al futuro, que se caracteriza por su dimensión histórica, ya que los fenómenos responden al avance biotecnológico dentro de la realidad social, la regulación jurídica de la fecundación in Vitro en el derecho de familia, en cuanto a la filiación del nacido in vitro.

Paredes Núñez, refiere que el diseño descriptivo obedece a la necesidad de esclarecer adecuadamente un problema de investigación, precisando sus características o propiedades dentro del marco de referencia, en el cual se proyecta realizar la investigación, (Paredes. 2008. P. 20). Al respecto el diseño de investigación es descriptivo, por la visión integral del problema a investigar ya que partió de una diagnosis socio-jurídica, lo cual permitirá plantear las recomendaciones que serán aplicables a nuestro objeto de estudio, que es la regulación jurídica de la fecundación in Vitro en el Derecho de Familia, para lo cual, se presenta un anteproyecto de Ley y su respectivo proyecto.

1.6.3 Población y muestra de la investigación

El procedimiento de recolección de información, se consideró a una población de 55 jueces y 80 fiscales, que laboran en el Distrito Judicial de Tacna, información que proporcionó la oficina de personal de la Corte Superior y del Ministerio Público, y se consideró a 2,998 letrados del ilustre colegio de Abogados de Tacna, según el registro de abogados. Tamaño de la Población:2,133 entre jueces, fiscales y abogados.

Para la selección muestral de las universidades de análisis, a los cuales se les aplicó el instrumento encuesta, se realizó aleatoriamente, y se consignó 40 jueces y 32 fiscales y 800 abogados. Tamaño de la muestra: 872 entre jueces, fiscales y abogados.

Para determinar el diseño muestral y las unidades de análisis, se obtuvo con:

$$M = \frac{(Z)^2(PQ)(N)}{(E)^2(N-1) + (Z)^2.P.Q}$$

Donde:

Z= Grado de confianza con el que se desarrolla el tamaño de la muestra, nivel de confiabilidad 1.96 (95%).

E= Error de muestra / E= 0.05 (5%).

P= Probabilidad de ocurrencia de los casos P=0.5 (50%).

Q= 1-P

N= Tamaño de la población.

En definitiva, las unidades de estudio procedieron a la resolución de la propuesta y requerimiento de información para que sea estadísticamente válida.

1.6.4 Técnicas e instrumentos de recolección de información

a) Técnicas

Las técnicas son:

La encuesta, que se aplicó en el Colegio de Abogados, Poder Judicial y Fiscalía, especializadas en técnicas de reproducción humana asistida.

Análisis documental, se realizó una investigación bibliográfica, a través de libros, revistas, periódicos, publicaciones y en Internet.

b) Instrumentos

El cuestionario, que permitió obtener información necesaria y directa referente al problema de investigación, que es objeto de estudio.

La ficha de registro, que permitirá compilar información, para su respectivo análisis e interpretación del problema de investigación.

1.6.5 Justificación, importancia y limitaciones de la investigación

a) Justificación

Nuestro trabajo de investigación, desde un punto de vista teleológico – jurídico, nos conlleva a plantear la finalidad de la investigación, en este caso, sobre la fecundación in vitro, por lo que referimos lo siguiente:

Es posible concluir que mientras en el ámbito de la cultura jurídica que compartimos, existe la obligación de motivar técnicamente las decisiones, ya que no existen mecanismos que aseguren que la motivación social sirva al fin que la justifique para hacer posible el control del conocimiento teórico. (TARELLO 1980. p. 38).

Al respecto, la investigación, se justifica por razones teóricas ya que se conocerá las bases teóricas en toda su magnitud de la fecundación in Vitro, asimismo, las razones prácticas, ya que los fines de la biociencia y sus repercusiones, las que deben tener reconocimiento jurídico, orientado en base de los derechos fundamentales al ser humano.

Es necesario justificar el estudio exponiendo sus razones prácticas, para que la investigación se efectúe con un propósito definido, para que se justifique su realización. (HERNANDEZ 1998.p.44)

Asimismo, se justifica por razones prácticas ya que se debe reflexionar sobre las técnicas de reproducción asistida implica estar dispuesto a tocar las fibras sensibles en torno a situaciones generadoras de una cada vez más amplia gama posible de problemas de orden ético y legal, pero que también abren cuestionamientos de tipo social, los cuales, entre otros, planteado la aceptación de nuevos tipos en categorías antes indiscutibles y profundamente ligadas a la historicidad del sujeto, como son la maternidad y la paternidad, que ahora han sido fragmentadas en genética, gestacional, social, legal; así como lleva a preguntarse por los límites de la intervención

prefiguración, identidad y tendencias en la comprensión del ser humano como especie. A esto se debe aunar “acendradas actitudes sociales (estereotipos de la maternidad y la virilidad), visiones divergentes sobre el rol de la mujer, la percepción positiva o negativa de la medicalización de ciertos procesos naturales. Se trata de un terreno con diferentes aristas que difícil abordar”. (HERNANDEZ.1991.p.17)

Así tenemos, que la justificación guarda relación con el debe ser, la que se ajusta a normas establecidas acorde con el interés social dentro de un propósito definido dentro de la sistematización de lo planificado.(MENDEZ.1997.p.401)

También, debemos considerar las razones metodológicas ya que muchos conflictos y divergencias legislativas y jurisprudenciales en torno a este tema parten de la imposibilidad de conciliar las diferentes visiones relativas al estatuto ontológico y las derivaciones relativas a: la consideración de la legalidad o no de las técnicas, la crióconservación de embriones; la donación de gametos y las cuestiones en torno a la identidad de los niños nacidos por fecundación heteróloga; el diagnóstico preimplantatorio; la gestación de embriones histocompatibles con hermanos enfermos; el destino de los embriones súper numerarios; la cesión de embriones, entre otros problemas. Veamos brevemente alguno de los interrogantes planeados (ROCA.1988.p.17)

En ese sentido, toda investigación necesita justificar su estudio y sus implicancias para que tenga validez jurídica. (TARELLO 1980.p.35).

El trabajo de investigación, se justifica porque las técnicas de reproducción humana asistida deben ser analizada, ya que su implicancia en el campo del derecho, planteándose fórmulas de seguridad jurídica, las que son insuficientes para controlar la realidad

científica y social, la cual trasciende en la vida y la evolución del ser humano.

b) Importancia

La investigación reviste importancia, así tenemos en el ámbito social ya que se está tratando un tema de Derecho Genético, ya que la infertilidad reconoce causas y consecuencias múltiples según el género, Los antecedentes sexuales, el estilo de vida, la sociedad y los antecedentes culturales de las personas involucradas. Ante ello, debemos analizar las causas del aumento de la prevalencia de la infertilidad son difíciles de determinar; las cuales, se estiman en las siguientes: postergación del momento en el que se decide tener hijos; alteraciones de la calidad del semen Debido al alcohol, el tabaquismo y factores ambientales; cambios en la conducta sexual; y la eliminación de la mayoría de los tabúes sobre la fertilidad. Así tenemos que en caso económico de América latina todavía se registra altos índices de infertilidad Secundaria debido a las malas condiciones de la salud sexual y reproductiva (Infecciones por abortos clandestinos y enfermedades de transmisión sexual) Y una actitud discriminadora hacia las mujeres en general y las mujeres pobres en situación de vulnerabilidad, en particular (HERNANDEZ.1991.p.20)

Por lo tanto, resulta importante considerar, que la ley debe regular en el marco legal los requisitos de aplicación de la fecundación in Vitro, con la finalidad de proteger al concebido y nacido in Vitro.

c) Limitaciones

Las limitaciones que pueden presentarse, se relacionan a la subjetividad de las respuestas de las unidades de análisis muestral cuando se apliquen los instrumentos de recolección de información.(MENDEZ.1997.p.19)

1.6.6 Ámbito de la aplicación

La elección y definición de un tema, implica la selección de un área o campo de trabajo, ello de acuerdo a la situación problemática, del que trata nuestro objeto de investigación.

Por lo cual, nuestro ámbito de aplicación acorde al diseño muestral, ha sido de la corte Superior de Justicia, teniendo como unidades de análisis a los magistrados y fiscales, así también a los letrados del Colegio de Abogados.

1.6.7 Validez y confiabilidad de los instrumentos

- a) Validez: se refiere al grado en que un instrumento proporciona información que sea apropiada a la decisión que se toma y también para determinar hasta dónde los reactivos de un instrumento son representativos del universo de contenido, con la característica de un máximo que se quieren medir. Cuando se trata de la validez del contenido, se aplica el juicio de expertos, que permite conocer la probabilidad de error probable en la configuración del instrumento.
- b) Confiabilidad: Se da, cuando un instrumento se aplica repetidas veces al mismo sujeto de investigación, por lo cual se deben obtener los mismos resultados o parecidos dentro de un rango razonable, es decir, que la confiabilidad del instrumento está representada por la capacidad de obtener idénticos resultados cuando se aplican las mismas preguntas en relación a los mismos fenómenos.

1.6.8 Plan de recolección de datos y procesamiento de datos

La recolección de datos, es el proceso mediante el cual, se registra de manera selectiva y codificada los indicadores del estado de las variables en relación a nuestro objeto de estudio, para ello se aplica los instrumentos de captación selectiva de información.

Los instrumentos de recolección de datos, son los soportes materiales que ha sido diseñada para registrar de manera confiable y procesable con los datos provenientes de una fuente externa específica de información.

En relación al procesamiento de la información, se ejecuta con el procesar de los datos dispersos, obtenidos del diseño muestral, el cual se da durante el trabajo de campo, cuya finalidad es generar resultados, que son datos agrupados y ordenados, a partir de los cuales, se realiza el análisis estadístico.

En el procesamiento de la información se sigue los siguientes pasos:

Obtener la información de la muestra objeto de la investigación.

Definir las variables o criterios para ordenar los datos obtenidos.

Definir las herramientas estadísticas.

Introducir la información al sistema

Impresión de los resultados.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación

Se ha realizado la siguiente investigación bibliográfica que trata sobre el tema de investigación, a continuación el material encontrado.

Varga, Andrew C. (1994), *Bioética, principales problemas*, Tercera edición, ediciones San Pablo, Santa Fe de Bogotá, D. C. Colombia, Quien refiere: Que la bioética, incluye la ética médica, pero la supera y va más allá de los problemas ordinarios de la medicina, porque se ocupa también de los diversos problemas éticos de las ciencias de la vida.

Thevenot, Xavier (1990), *La bioética*. Ediciones mensajero. Bilbao. España, expresa que el embrión sólo es una persona cuando es indivisible, a partir de los catorce días.

Lacadena, Juan José (1990). *La fecundación artificial: Ciencia y ética*. Editorial Covarrubias. Segunda edición. Madrid España expresa que, la ponderación moral de las técnicas FIV, habrá que subrayar el valor positivo de posibilitar descendencia propia a una pareja que vive su proyecto matrimonial como una comunidad no sólo de amor, sino también de vida.

Mosquera Vázquez, Clara (1997). *Derecho y genoma humano*. Editorial San Marcos. Lima quien expresa, qué derecho genético, cuyo campo de acción comprende las implicancias jurídicas que surgen del uso y abuso de las novísimas técnicas de reproducción asistida.

Rodríguez-Cadilla Ponce, María del Rosario (1997) *Derecho genético: Técnicas de reproducción humana asistida*. Editorial San Marcos. Primera edición. Lima, Expresa que el objeto de las técnicas desarrolladas es asistir al proceso de reproducción para suplir los problemas de fertilidad en las parejas.

Miranda Canales, Manuel (1989) *El derecho de la familia en el nuevo código civil y el derecho genético*. G H Herrera editores. Primera edición. Lima, refiere, que con la finalidad de que no repita aquí los hechos ocurridos

en otros países, es imprescindible legislar por anticipado, sobre dichas prácticas.

Varsi y Rospigliosi, Enrique (1995). Derecho genético. Editorial Grijley. Cuarta edición. Lima, expresa que la protección al ser humano y las alternativas para el impulso Biocientífico son temas que preocupan a diversos sectores de nuestra sociedad.

Así tenemos, que el objeto de estudio, ha sido tratado, tanto a nivel internacional y nacional.

En el derecho comparado, tenemos a:

Roca Trias, encarna (1987), España ponente del II congreso mundial Vasco, referente a la problemática plantea por los avances científicos en maestría de reproducción humana, concluyen que toda legalización ha de partir de la base de los derechos de las personas.

Al respecto, Maro Almaraz, María de Jesús (1988), en aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Librería Bosch. Barcelona, España, que concluye, que se debe de estudiar a profundidad las técnicas de reproducción humana, debiendo de establecer una reglamentación que controla tanto su desarrollo como las consecuencias.

Rodríguez Manzanero, Luis (1994) Ingeniería Genética Reproducción asistida y criminológica. Academia Mexicana de ciencias penales. Año LX. MEXICO plantea, que el derecho se ve conmovido por los descubrimientos científicos, pero no solo el mundo jurídico se ve afectado, sino también la moral, las relaciones sociales, la integridad familiar, las normas éticas, por lo cual, las instituciones jurídicas del derecho penal y del derecho civil, entran en crisis, pues conceptos como paternidad, filiación, propiedad, tutela, herencia. Etc... deben ser reconsideradas.

En el derecho nacional. Tenemos a:

Reyes Ríos, Nelson (1989). La inseminación artificial y sus repercusiones en el Derecho de Familia. Cultural. Editores Lima, refiere que resulta urgente la reglamentación jurídica de este avance de la

reproducción humana asistida para evitar problemas en las relaciones familiares.

Así mismo, en la ciudad de Tacna, hay la tesis: Status Jurídico del concebido por fecundación in vitro, de Priscila Mendez , UPT Tacna, año 1995, quien concluye que el concebido in vitro tiene derechos personales y debe ser considerado como tal.

2.2 Bases Legales

A. A nivel Nacional

En el Perú, no hay ninguna ley de Fecundación in Vitro dentro de la normatividad jurídica, a pesar de que existen centros privados de salud que ofertan tratamientos de reproducción humana asistida, rigiéndose mediante la autorregulación, atendiendo a parejas casadas, uniones de hecho o mujeres solas.

También, tenemos que en el sistema público de salud, el acceso a la reproducción humana asistida, se ha considerado como derecho reproductivo, que por extensión, es un derecho de salud con beneficio de los adelantos de la biotecnología.

En cuanto, a la ley General de salud, en su artículo 7, prescribe en la relación a la reproducción asistida: “toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la Madre genética y Madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de la técnica asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los Padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos Con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”

Al respecto, la norma no prohíbe la ovodonación, pero hay un conflicto de interpretación Jurídica, en cuanto, que sea la misma Madre genética y gestante, ya que el éxito de fertilización tiene mayor éxito con material de donante.

En cuanto, al código civil de 1984, prescribe que “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”, asimismo, el artículo 2 inciso 1 de la constitución, señala que el concebido, es sujeto de derecho; al respecto, el punto controvertido, es desde que momento se considera como concebido, dentro del proceso de fecundación in Vitro.

Así tenemos, que la jurisprudencia, ha planteado:

- a) La de la Casación de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, la cual tomó la decisión, en caso de ovodonación, en el cual la pareja Se había separado antes del nacimiento, y la nueva esposa alegó que el esperma de su marido fue utilizado sin su consentimiento, promoviendo la impugnación de la maternidad, entregándose al nacido al Padre biológico y a ésta, es necesario que el medio probatorio fue la prueba de ADN y no se actuó, con los cambios de filiación en las técnicas de reproducción humana.
- b) Referente a la maternidad genética que cuando no coincide con la gestante, esta relación no está prohibida, pero tampoco está permitida, ello en razón del artículo 2 inciso 24 de la constitución política, se puede considerar lícita la conducta en la fecundación in Vitro por ovodonación.

Lo procedente, ha dejado de lado, las presunciones prescritas en la ley, siendo necesario una normatividad acorde a los avances de la biotecnología, como es el caso, de la fecundación in Vitro.

B. En el Derecho Comparado

Se debate si la infertilidad debe ser o no ser considerada una enfermedad. Esto tiene consecuencias muy concretas, tales como la posibilidad de demandar del estado o de servicios de medicina privada la cobertura de los tratamientos, que son altos y privativos, por sus costos, para muchas personas.

En América latina surgen tensiones al reflexionar si la fertilización asistida debiera ser admitida como una prioridad social en el difícil contexto de las carencias de los sistemas públicos de salud y la lucha contra la

desnutrición, la violencia y enfermedades relacionadas con la pobreza, en situaciones dentro de países con marcadas disparidades sociales.

La asociación médica mundial ha dicho que “la concepción asistida es distinta del tratamiento de una enfermedad, ya que en la imposibilidad de ser Padres sin intervención médica no siempre es considerada una enfermedad. Aun que puede tener profundas consecuencias sicosociales y médicas no es en sí limitante de la vida. Sin embargo, es una importante causa de una enfermedad psicológica y su tratamiento es evidentemente médico”.

De este otro enfoque, una reciente y completa investigación en el medio peruano deduce que se habría motivos suficientes para considerar a la infertilidad no solo una enfermedad, sino una que debería ser entendida como un problema de salud pública. Asimismo, análisis y estadísticas actuales han llevado a sostener que la infertilidad es una dolencia cuya tasa de prevalencia e incidencia creciente la han vuelto un problema de salud pública, especialmente en Europa y paulatinamente en algunos países de América central y latina.

En Argentina se ha ido perfilando una jurisprudencia que no solo ha considerado a la infertilidad una dolencia, sino que entiende que, dada la protección constitucional de la salud, el derecho a formar una familia y hasta la protección del interés superior del niño, los tratamientos respectivos deben ser cubiertos en su totalidad o casi en su totalidad por los servicios de medicina prepaga y las obras sociales o mutuales, pese a que el plan médico obligatorio no incluye a la fertilización asistida, la justicia ha entendido que la infertilidad es una enfermedad y, más específicamente, una discapacidad.

Dos situaciones que ameritarían un estudio aparte: una sentencia de fines del 2008 donde se ordena una obra social la cobertura del tratamiento de fertilización in Vitro hasta lograr un embrión histocompatible que pueda ser donantes de células progenitoras fallo confirmado en segunda instancia; y el caso de una mujer separada que, ante la negativa de su ex

marido de aceptar la transferencia de embriones crioconservados de la pareja para lograr un embarazo luego de terminada la relación conyugal, consigue que la justicia autorice este procedimiento.

Debe tenerse presente que las técnicas de fertilización asistida ha sido desde el inicio muy cuestionadas, ya que mientras para algunos representa un hito en la lucha contra la infertilidad, posibilitando a miles de personas acceder a formar una familia, para otras es una práctica inmoral, que desnaturaliza el acto unitivo conyugal y que instrumentaliza al ser humano, propiciando por otra parte el aniquilamiento de miles de pequeños seres humanos.

Tal es el caso de Costa Rica. Allí, la sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica declaró inconstitucional el reglamento para las técnicas de reproducción asistida aprobado por decreto 24029-S, de 1995 por entender que la técnica atenta en si misma contra el derecho de la vida y no puede ser regulada ni mediante norma de rango legal. Este pronunciamiento motivo una presentación ante la comisión interamericana de derechos humanos, la cual en el año 2004 acogió parcialmente la presentación al entender que la disposición violaba el derecho a la intimidad, la salud, el derecho a formar una familia y a no ser discriminado, y ha elevado recientemente el caso a la corte interamericana de derechos humanos. Pese a ello, un tribunal en lo contencioso administrativo amparara en octubre de 2008 una petición que obliga a las Caja costarricense un descenso social al cubrir un tratamiento de fertilidad, por considerar a la infertilidad una discapacidad reproductiva aprobado la fecundación de sólo un ovulo por intento para evitar las condiciones de riesgo consideradas inadmisibles por la sentencia de la Corte.

2.3 Bases teóricas

2.3.1 Fecundación in Vitro

2.3.1.1 Concepto de Fecundación in Vitro

La Fecundación in Vitro ha sido objeto de definiciones por distintos autores, cada uno la ha definido de acuerdo con las investigaciones que han realizado, especialmente dentro del campo médico, así como jurídico, por lo que hemos tomado algunos de ellos, para introducirnos al estudio del tema propuesto, con un concepto preciso.

El primer concepto corresponde al Doctor Pedro N. Barr, Jefe de Servicio de Reproducción Humana Departamento de Obstetricia y Ginecología. Instituto Dexeus, Barcelona-España, que la define como: “El normal proceso de fusión entre óvulo y espermatozoide, en lugar de hacerlo en la porción externa de la trompa de Falopio de la mujer” (la cadena, JJ, 1990:28).

La segunda definición corresponde al Comité de Ética del Real Colegio de Obstetrices y Ginecólogos, con sede en la ciudad de Londres, Inglaterra, institución pionera de las investigaciones sobre inseminación y fecundación *in Vitro* y que actualmente se mantiene a la vanguardia en cuanto a estos adelantos científicos, institución que la define como: “El proceso por el cual un ovocito o comúnmente llamado óvulo, extraído de los ovarios de la mujer mediante la parascopia (o raramente otras formas) es fertilizado por esperma en un laboratorio, para ser colocado en el vientre de la mujer” (Brahams, 1990.p.5).

Asimismo, consideramos la definición acerca de la fecundación extrauterina encontramos en la Enciclopedia Jurídica OMEBA. la cual la define como: “El procedimiento para fecundar a una mujer, salvando los obstáculos que puedan afectar a un hombre o a una mujer sean estos generados por una impotencia coeundi o generandi, los que impiden una realización de la cópula idónea, para la impregnación del elemento femenino por el masculino”

Después de examinar las diferentes definiciones anteriormente glosadas, podemos señalar que existen elementos comunes a las mismas, y que, a la vez, pueden ser constitutivos para dar un concepto acerca del tema y estos son:

- a) La Fecundación "in vitro" es un procedimiento médico científico, destinado a lograr la unión de un óvulo con un espermatozoide de seres humanos.
- b) Que se requiere de un conocimiento especializado dentro de la ciencia médica para su realización, puesto que no puede ser practicado en forma empírica.
- c) Existe una característica especial referente a la extracción de que son objeto los elementos reproductores masculino como femenino de su ámbito natural a fin de lograr su fecundación en forma inducida, sin realizarse la unión sexual del hombre y de la mujer, es decir, con intervención de la ciencia médica, se le denomina "fecundación "in vitro".
- d) Este proceso se realiza en situaciones especiales de infertilidad del hombre y/o de la mujer, condición sine qua non para la realización de este procedimiento conceptivo.
- e) Asimismo, podemos apreciar que no se hace mención alguna al estado civil de quiénes participan en, este procedimiento, lo que se debe tener en cuenta, debido a las diversas variaciones que se presenta dentro de este proceso fecundativo.

Resumiendo lo expuesto, estamos en condiciones de dar a nuestro modesto entender, un concepto de lo que es la fecundación "in vitro", entendiéndose esta como: "El Proceso médico científico, mediante el cual el óvulo extraído de los ovarios de la mujer, es fertilizado con semen en forma extra corpórea, con la finalidad a posterior de ser colocado dentro del útero de una mujer"

Resultando este procedimiento fecundativo no tan novedoso, pues viene realizándose hace varios años, su real denominación es Fecundación

in vitro, conociéndosele también como "fecundación in vitro", y a los niños nacidos por este procedimiento se les denomina "bebés probeta".

Consideramos necesario señalar, que puede ser de dos clases:

a) Fecundación "in vitro" Homóloga

Se da cuando se utiliza el líquido seminal del esposo para la fecundación del óvulo de la mujer.

b) Fecundación "in vitro" Heteróloga

Es la que se realiza utilizando el líquido seminal u óvulo de un tercero ajeno a los cónyuges, llamado donante.

2.3.1.2 Fecundación “in Vitro” como proceso medico Científico

Con ayuda de la información médica obtenida de cómo es que se realiza el proceso fecundativo in vitro, permite tener un conocimiento del mismo, ya que es a raíz de la práctica de este procedimiento fecundativo que aparecen nuevas situaciones que deben ser reguladas jurídicamente dentro de nuestra normatividad jurídica.

Con nuestras limitaciones en lo referido a conocimientos médicos, trataremos de explicar en la forma más clara y precisa posible el proceso fecundativo “in vitro”

Primero veremos brevemente, el proceso fecundativo natural, a fin de poder diferenciarla de la in vitro, como es de conocimiento, la fecundación natural comienza con la relación sexual entre dos personas de diferente sexo, hombre y una mujer, útero dentro de la cual tanto el hombre como la mujer no padecen de ningún tipo de infertilidad, iniciándose el proceso, cuando los espermatozoides del líquido seminal eyaculado dentro de la vagina de la mujer, asciende dentro del organismo de la misma hasta llegar al oviducto y es aquí donde el óvulo es fecundado a través de la penetración del mismo por uno de los espermatozoides, óvulo que anteriormente fue generado en los ovarios de la mujer, y que una vez llegado a una etapa de madurez es expulsado del ovario y pasa hacia el extremo dilatado del oviducto por el que se desplaza hasta el útero.

Al no haber fecundación, el ovocito se desintegra y el ciclo se repite a intervalos más o menos mensuales; el óvulo fecundado se desplaza por el oviducto al tiempo que se va dividiendo esta alcanza el útero en forma de mórula (grupo de 8 ó más células de forma esférica) en un tiempo de tres días, la división celular continúa en el útero produciéndose un blastocito, en el grupo de células, colocándose éste en un polo de la misma, el cual se adhiere al endometrio (el forro del útero), seguido de un complejo proceso de implantación, el blastocito se empotra en la pared uterina, la masa celular se convierte en embrión, las células vecinas y ciertos vasos sanguíneos forman la placenta, órgano que mantiene el intercambio de materiales entre la futura circulación embrionaria y la materna, con esta implantación se puede decir, ha comenzado el embarazo. (RAGER, 1997.p. 20).

Luego pasamos a explicar el proceso fecundativo in vitro: el cual consta de tres partes, que a continuación detallamos:

- a. La primera etapa, es la extracción de los elementos reproductivos, tanto del hombre como de la mujer, empezaremos por ver lo relacionado al hombre; como primer paso, se procede a la extracción del líquido seminal del mismo, utilizando los siguientes medios.
 - A través de la masturbación o polución del individuo, cuyo semen servirá para la fecundación.
 - Por la punción del epidídimo o de los testículos recogiendo directamente de ellos, el líquido seminal.
 - Mediante masajes vesiculares prostéticos con los cuales se produce la polución sin que el paciente manifieste voluptuosidad.

Asimismo, queda descartada la obtención del líquido seminal a través del coito onanístico, así como el resultante de la relación sexual en la pareja, ya que este puede resultar contaminado, además no sería digno tanto para la mujer como para el médico que realizarla la fecundación, existiendo métodos científicos para la extracción del mismo.

En lo referido a la mujer, el primer paso es comprobar que posee una ovulación normal, o que aún sin producirlos sus: órganos reproductores, se encuentren en condiciones de recibir el embrión y lograr su desarrollo, luego se procede a la extracción del óvulo de la siguiente manera:

- Mediante seguimiento y tratamiento médico se ubica el óvulo maduro, el cual es extraído mediante un procedimiento denominado "Laparoscopia", que consiste en la introducción de un diminuto telescopio y un iluminador de fibra óptica, a través de una pequeña incisión practicada en la región del ombligo, desarrollado inicialmente; pero que ahora se realiza aprovechando los avances de la tecnología, ya que la ubicación del óvulo maduro se realiza por ultrasonido y la extracción del mismo, se produce mediante la aspiración a través de una pequeña sonda, sin que exista necesidad de utilizar actualmente la laparoscopia.
- b. La segunda etapa, es la relacionada con preparación tanto del óvulo, así como del semen extraído para la fecundación, con relación primero, diremos que este al ser extraído introducido en un medio de cultivo químico, y la finalidad de asegurar que efectivamente se encuentra maduro y listo para la fecundación; con respecto a los espermatozoides extraídos del líquido seminal, diremos que se tiene que salvar un obstáculo antes de poder llevarse a efecto la fecundación externa; en el eyaculado inicial, los espermatozoides no estén preparados para penetrar el ovocito, aquí es donde se cumple con el proceso denominado "capacitación", proceso que normalmente es inducido por ciertas condiciones del tracto genital femenino, estas condiciones deben simularse externamente para que los espermatozoides se hallen en estado adecuado para entrar en el ovocito, es así, que teniéndose en cuenta los requerimientos tanto del espermatozoide, así como del ovocito, es que se realiza en un medio apropiado para su unión. Tanto el óvulo, así como los espermatozoides luego de pasar por este proceso, son reunidos en un depósito de vidrio especial, dentro de una solución química acuosa, debiendo tenerse en cuenta, que el óvulo es reunido con los

espermatozoides que oscilan entre los 50,000 y 100,000, produciéndose la fecundación en un lapso de 15 a 30 minutos.

- c. La tercera etapa, en la cual el óvulo ya fecundado es chequeado entre 12 y 24 horas, después de la fecundación a fin de evitarse se adhieran al mismo algún cúmulo de células, usándose para esto finísimas agujas de vidrio que permitan la visualización de los dos distintos pronúcleos, manteniéndose estos en cultivo de 30 a 48 horas.

El traslado del embrión resultante hacia la futura madre, sea ésta la genética o la subrogativa, al final de este periodo comprende además la inserción de un catéter trans-cervical en la paciente, sin que la madre esté anestesiada, a través del cual se deposita el embrión en la parte más profunda del útero con una mínima cantidad del líquido con el que ha sido cultivado a través de un fina cánula con lo que culmina la intervención del médico en el proceso conceptivo; si se desea tener una múltiple preñez, se habrá de colocar más embriones logrados mediante este procedimiento.

2.3.1.3 Condiciones para su realización

La fecundación "in vitro", es un método conceptivo-médico-científico, pero debemos plantearnos la interrogante si éste puede ser efectuado a la simple solicitud, si es posible practicarla aun cuando los problemas de infertilidad que padece la pareja o uno de ellos puede ser solucionado mediante tratamiento quirúrgico o químico, o más aún cuando simplemente se desee lograr la concepción por este medio por novedoso o por evitar el contacto sexual en algunos casos; a fin de evitar ciertos excesos en la práctica, de acuerdo con la ética profesional médica, requieren que quienes se sometan a este procedimiento conceptivo, reúnan ciertas condiciones bajo las cuales se realiza esta intervención médica:

- a. La primera condición, se refiere a la existencia real de infertilidad en la pareja, o en uno de ellos y que sea necesario recurrir a la fecundación in vitro para lograr la concepción de la mujer, lo cual se verifica previos estudios y análisis médicos de la pareja, no procediendo a realizar la misma si el problema que origina la infertilidad, puede ser superado

mediante tratamiento químico o una intervención quirúrgica, debiendo el médico que conoce el problema, dar su diagnóstico e indicar la solución más conveniente al problema.

- b. La siguiente condición es el sometimiento voluntario y expreso al proceso fecundativo, el cuál comprende diversos análisis, exámenes biofisiológicos y tratamientos quimioterapéuticos, especialmente en la mujer a fin de estimular su función ovárica, que facilitará la realización de la fecundación in vitro
- c. Los médicos especialistas en este campo, han establecido una limitación en cuanto a la edad de la mujer que se somete a este procedimiento, por razones de carácter médico y en preservación de la salud e integridad física tanto de la mujer así como del concebido siendo esta igual al promedio de la edad fértil de la mujer, esto es a los 45 años, edad en la cual se presenta en ésta, el proceso conocido como menopausia, consistente en el cese ovular definitivo, que va acompañado de modificaciones psíquicas y somáticas en la mujer y de una atrofia genital progresiva y atenuación de los caracteres sexuales secundarios.
- d. Otra condición es que quiénes acudan en solicitud de este procedimiento con el fin de conseguir su anhelo de ser padres, se deben someter a una evaluación que asegure un estado psicológico normal de los mismos, a fin de asegurarse el nacimiento del concebido por este proceso dentro de un hogar emocionalmente estable, así como el desarrollo físico y psíquico normal del mismo. Tanto los médicos a nivel nacional y en el resto de países donde se practica este proceso fecundativo, requieren se cumpla con las condiciones anteriormente señaladas, esto en resguardo de la integridad física y psicológica del concebido, y de los padres, y a fin de evitar excesos en su práctica.

2.3.1.4 Otras Aplicaciones de la Fecundación "in Vitro": transferencia de Embriones

Una de las más controvertidas innovaciones dentro del campo de la reproducción humana asistida, que derivan de la fecundación in vitro, es el

referido a la transferencia de embriones, lo cual no tiene el mismo significado que reubicación del embrión, para realizar la diferenciación entre una y otra, recurrimos a lo expresado por la doctora Diana Brahams, quién manifiesta lo siguiente:

“En relación a la fecundación in vitro, el término reubicación embrionaria, es usado cuando el embrión es retornado a la madre que proporcionó el óvulo, y la transferencia embrionaria se realiza cuando el embrión es implantado dentro del útero de una mujer distinta a la que proporcionó el óvulo por estar incapacitada para albergar al mismo”. (Brahams,1990:27)

Es decir, la transferencia embrionaria no es sino la implantación de un embrión producto de elementos genético-reproductivos no pertenecientes a la mujer que los recibe por incapacidad receptiva y para la conservación del mismo por parte de la mujer que proporcionó el óvulo.

Dado el concepto de lo que es la transferencia embrionaria, pasaremos a ver las causas por las cuales se recurre a este medio conceptivo, y podemos afirmar que estas se deben a la atrofia total o ausencia del órgano reproductor femenino, ya sea estas por causas genéticas de origen quirúrgico tal como la extracción del útero por padecer de proceso cancerígeno o su atrofia, debido a causas tales como: abortos practicados en la mujer y otros, los cuales si bien representan una imposibilidad para la mujer de recepcionar o mantener un embrión hasta su total desarrollo y posteriormente del concebido, no afectan la producción ovular de la misma, los cuales no pueden s.er fecundados por los motivos anteriormente expuestos, lo que da lugar a recurrir a una mujer extraña a la pareja a fin de que acepte, recepcione y desarrolle el embrión hasta el nacimiento del concebido, a la cual, los tratadistas llaman la "madre subrogativa", en mérito a que será ella quién dé a luz al hijo de la otra; y como bien sabemos, es madre quién da a luz un hijo, Por ello es que recibe la denominación de madre, y en lo referido al adjetivo calificativo de subrogativa lo hacen en consideración a la sustitución que opera por parte de ésta en cuanto a la madre genética, es decir, aquella que dio el óvulo; asimismo, otros emplean el término de "madre sustituta", siendo ambos términos correctos, por

cuanto gramaticalmente las palabras subrogativa y sustituta son sinónimas, pero nosotros utilizaremos el término madre subrogativa que pensamos es más apropiado dentro del campo jurídico.

El proceso fecundativo empieza con la unión del óvulo y los espermatozoides de los padres genéticos, es decir, quiénes proporcionan los elementos genéticos reproductores, y una vez que el óvulo está fecundado, se lleva a cabo la transferencia a un cultivo fresco con alta concentración de proteínas del 18 al 20%, por un periodo de 24 a 48 horas, luego se procede a la transferencia del embrión.

Cuando el embrión tiene de 4 a 8 células, es trasladado al útero de la madre, a través de una pipeta y su implantación dependerá de la misma naturaleza.

En las dos semanas siguientes se observará si el organismo aceptó o no al embrión, ya que, al no haber implantación, no habrá desarrollo embrionario y por consiguiente el ovocito será expulsado debiendo la mujer esperar otros dos ciclos menstruales para intentar otra vez la fecundación.

Habiendo el médico extraído varios óvulos para ser fecundados, y tan solo uno de ellos logra la división celular y la fusión, éste será transferido, pero, si todos han logrado la división celular, se pueden seguir varios procedimientos:

- Se transfieren todos al útero.
- Pueden ser desechados para evitar el riesgo de un parto múltiple
- Pueden ser congelados.

Iniciándose la participación de la madre subrogativa, a partir de la implantación del embrión resultante en el útero de la misma hasta el nacimiento del niño.

2.3.1.5 Conservación de Embriones Humanos

La ciencia en su incontenible avance en todos los campos del saber humano, en especial dentro de la reproducción humana asistida, que ha

llegado a un estado de adelanto que permite mantener en estado de congelación los embriones producto de procesos fecundativos mediante los cuales quienes padecen infertilidad solicitan su conservación para una posterior preñez o una segunda, a fin de evitar de ser sometida la mujer nuevamente al proceso fecundativo o asegurar su descendencia en caso de posible infertilidad futura por parte de cualquier de los cónyuges, debido a causas quirúrgicas, patológicas, entre otras.

Los procedimientos para la conservación del embrión humano comienzan con la ubicación de éste en un medio químico y a una temperatura adecuada que permite su desarrollo ha de constituirse en una unidad celular, compuesta por cuatro células, las cuales son depositados en envases especiales que contienen nitrógeno líquido, el cual se mantiene a una temperatura de 130 grados bajo cero, hasta el momento de su descongelamiento para ser implantado en el útero materno.

2.3.1.6 La Fecundación "in Vitro" y el Derecho Familiar

Ubicados en el campo del derecho familiar, dentro del cual habrán de desenvolverse las relaciones tanto de los padres, así como del concebido, quienes forman parte de una colectividad social, de una familia, consideramos necesario dar un concepto de lo que significa la familia, para lo cual primero veremos el significado etimológico de la misma, para algunos deriva de la palabra latina "FAMES" que significa hambre aludiendo al hecho de que es en el seno del grupo doméstico donde el hombre satisface sus necesidades primarias; para otros, deriva de "FAMULUS" que significa siervo, y hace referencia que la familia romana incluía a las gentes de condición servil, sometidos a la autoridad del pater.

Socialmente se considera a la familia el núcleo de concepto jurídico, el cual define a la familia como conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos), incluyéndose por extensión en este concepto a los concubinos y sus hijos.

Ahora bien, la fecundación "in vitro", tiene por finalidad, el posibilitar una concepción en los seres humanos y es aquí donde van a presentarse los

problemas jurídicos y delinear sus consecuencias, ya que tanto el concebido, así como los padres forman parte de una colectividad social, de una familia, lo que es materia de estudio y regulación por este derecho, tal como lo afirma el doctor Gustavo Palacios Pimentel:

"El Derecho de familia es una normación jurídica de relaciones familiares" (Palacio Pimentel 1991.p.35)

Asimismo, debemos tener presente que el Derecho de Familia, está integrado por todos los preceptos emanados de la costumbre, la creencia religiosa, o la disposición escrita de la ley que norman la vida de la familia en su reciproca acción con la sociedad, por lo que debemos poner en relieve la existencia de una moral y una tradición familiar, así como, disposiciones religiosas de la misma índole que no se identifican con el estatuto propiamente jurídico de la familia, pero sin que deba pensarse que existe necesariamente un antagonismo entre esos distintos campos éticos y si más bien ciertas normas, pueden ser al mismo tiempo jurídicas, religiosas y morales o reunir algunos de estos caracteres, lo que debemos considerar en cuanto al tema de la fecundación in vitro deberá ubicarse dentro del estatuto jurídico familiar aun cuando este vaya a identificarse con los principios religiosos anteriormente señalados.

Al respecto, el Dr. Manuel Miranda Canales manifiesta que: "ante tal requerimiento formal a las necesarias, aunque sólo sea para proponer la configuración del estatuto jurídico civil de los protagonistas en los nuevos procesos de reproducción humana asistida, en tanto sujetos privados y con relación a las estructuras familiares, como una forma de profundizar en las implicaciones legales de estos fenómenos que se encuentran frente a nosotros como una realidad concreta" (Miranda Canales, 1989.p.10)

2.3.2 Relaciones Jurídicas de la FIV en la Familia

Ahora, nos ocuparemos de las relaciones jurídicas que aparecen como consecuencias del proceso fecundativo in vitro, centrandó nuestro estudio en el derecho familiar, que es el campo donde se ubican principalmente

estas relaciones, vinculados directa , o indirectamente a este proceso fecundativo in vitro.

2.3.2.1 Fecundación “in vitro” e invalidez del Matrimonio

Los efectos de la fecundación in vitro repercuten dentro del matrimonio, en cuanto es un proceso que atañe al acuerdo de ambos cónyuges y, es dentro de este que se van a producir los efectos jurídicos que de él derivan y para hacer un análisis de esta situación, consideramos esencial iniciar dando una definición de los que es el matrimonio, para lo cual nos remitimos al artículo 234 de nuestro vigente código civil, el cual dice: “es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada, con sujeción a las disposiciones de este código, a fin de hacer vida común”, definición que trae consigo en forma implícita, la exigencia de determinados requisitos señalados por el mismo código para la validez y licitud del matrimonio, tales como la voluntad de contraerlo, la aptitud física de los contrayentes exigencia a través de la cual se trata de prevenir la procreación de una prole con enfermedades congénitas, defectuosas y la forma prescrita por la ley para su celebración, con la finalidad de constituir legalmente una familia, adquiriendo los derechos y obligaciones que la ley le reconoce y cuya ausencia de los mismo, constituye impedimento para la celebración del matrimonio sancionando nuestro código civil al matrimonio contraído sin observancia de los mismos con la invalidez de éste, añadiendo a su vez otras causales que no figuran como impedimentos al matrimonio, pero que igualmente constituyen causal de invalidez del mismo y que pueden presentarse en forma posterior a su celebración, concretándose estas causales en dos grupos, las que producen la nulidad del matrimonio y las que producen su anulabilidad, clasificación que es sustentada en lo expresado por el doctor Héctor Cornejo Chávez, quien dice que las causales de nulidad están originadas por la existencia de un vicio socialmente esencial y las de anulabilidad están originadas en la existencia de un vicio que pudiendo ser esencial para los contrayentes, no revisten la gravedad de los que producen la nulidad del matrimonio

desde el punto de vista del interés público, causales estas que son taxativamente enumeradas en nuestro código civil en sus artículos 274 y 277 (Cornejo 1987:11).

Luego de esta breve introducción, pasaremos al análisis de la situación que se presenta debido a la aplicación del proceso fecundativo in vitro: la nulidad y anulabilidad del matrimonio.

2.3.2.2 Fecundación “in Vitro” y La Nulidad Del Matrimonio

Las interrogantes que surgen en cuanto a la nulidad del matrimonio y la fecundación son básicamente dos:

¿Cuál es la situación de la mujer que ha sido sometida a un proceso fecundativo in vitro estando casada, pero cuyo matrimonio está inmerso en una de las causales de nulidad señaladas por nuestro código civil?, y la segunda sería:

¿Cuál es la situación legal del nacido, producto de este proceso bajo la situación anteriormente señalada?

Con respecto a la primera pregunta, tomaremos en consideración la primera parte del artículo 284, que señala que el matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos en su favor, pero si respecto del otro y de los hijos, el error de derecho no perjudica la buena fe, es decir que se le da a este matrimonio carácter de aquel que fuera establecido por el Derecho Canónico en el siglo XII, en las decretales del Papa Alejandro III, es decir, se le considera un matrimonio putativo, o sea aquel que deviene inválido, pero que fue contraído de buena fe por los cónyuges o por uno de ellos cuando menos, buena fe que está constituida por la ignorancia del impedimento o vicio que afectaba la celebración del matrimonio, pues en cuanto a la situación de la mujer fecundada, esta estará en las mismas condiciones, como si la fecundación in vitro se hubiera realizado dentro del matrimonio y con consentimiento del marido, sin importar que ésta haya sido homologa o

heteróloga, siempre y cuando haya obrado la buena fe de la misma en la celebración del matrimonio, en caso de que hubiera mediado la mala fe en la mujer o en ambos cónyuges al momento de la celebración del matrimonio, este devendría nulo ipso jure, teniéndose como que la mujer ha sido fecundada dentro de una unión libre o concubinato presumiéndose y esto en amparo del concebido, que ha existido consentimiento del hombre para el mismo, sea esta fecundación homologa o heteróloga.

Asimismo, debemos hacer presente que no se podrá oponer el hecho de haber sido fecundada in vitro la mujer, a la solicitud de nulidad del matrimonio por estar incurso en las causales del matrimonio señaladas por nuestro código, por no tener esta conexión alguna con las causales previstas.

Con respecto a la segunda pregunta que nos formulamos y siempre teniéndose en consideración el artículo antes señalado, diremos que de haber mediado la buena fe por parte de los contrayentes del matrimonio nulo al menos por uno de ellos, el niño nacido se los considerará como producto de una fecundación in vitro realizada con consentimiento de marido, sea esta homologa o heteróloga por lo tanto, operará ipso jure la presunción “*pater is est quem nuptiae demostrant*”, teniéndose al nacido como hijo habido dentro del matrimonio, salvo que el padre dentro del plazo señalado por ley y con los medios probatorios suficientes conteste la paternidad que se le atribuye sobre el nacido, pero mientras tanto, éstos conservarán su calidad de matrimoniales, hasta que no se pronuncie resolución que la contradiga.

Con respecto a los niños producto de la fecundación in vitro nacidos dentro de un matrimonio nulo, donde ambos cónyuges lo contrajeron de mala fe, debemos tener en cuenta lo referido por Collin y Capitant, quiénes nos dicen que la nulidad del matrimonio no sólo pone fin a aquél como el divorcio o la muerte de los esposos, lo destruye aún en el pasado puesto que hace que el matrimonio se considere como si jamás hubiese existido; es por este motivo, que la unión de los cónyuges se considera un simple

concubinato por los que el principio “quod nullum est, nullum producit effectum” (lo que es nulo produce efectos nulos) principio que aplicado a los cónyuges opera también para con los hijos, quedando en consecuencia éstos en calidad de extramatrimoniales, calidad que se otorga a los hijos nacidos en esta situación, así como los nacidos mediante el proceso fecundativo in vitro que ha contado con el consentimiento del marido, sea este homólogo o heterólogo, pero el problema surge en cuanto a los nacidos dentro de un matrimonio nulo contraído de mala fe por ambos cónyuges, mediante un proceso fecundativo heterólogo y sin consentimiento del marido, en el cual no sólo tendría como agravante la mala fe con que obró la madre y a la celebración del matrimonio, sino la influencia que esta ha tenido en cuanto a la decisión de ser fecundada sin consentimiento del marido, por lo que este nacido no tendría el carácter de hijo extramatrimonial como en el caso anterior, sino más bien no tendrá ningún vínculo de parentesco para con el marido de la madre, teniendo el mismo la calidad de hijo natural del padre desconocido, no pudiendo reputarse como padre del mismo al varón que contrajo el matrimonio nulo con la madre.

2.3.2.3 Fecundación “In Vitro” y Anulabilidad del Matrimonio

Como señalamos anteriormente las causales que originan la invalidez del matrimonio, se subdividen en aquellas que causan la nulidad y la anulabilidad del mismo, siendo las segundas, aquellas que se originan por la existencia de un vicio que pudiendo ser esencial para los contrayentes, no reviste la gravedad de los que producen la nulidad del matrimonio, desde el punto de vista del interés social, los que se encuentran taxativamente enumerados en el artículo 277 del Código Civil vigente, el vicio del que adolece el matrimonio consiste en uno de los impedimentos que el ordenamiento legal estime dispensables, existe la posibilidad de subsanación del mismo en forma confirmatoria o prescriptoria y aunque esta no llegue a realizarse, el matrimonio existe y es eficaz, es decir, tiene todos los efectos de un matrimonio válido en cuando no exista resolución anulatoria.

Estas causales están referidas en cuanto a la impubertad del o de los contrayentes a la prevención de la procreación de una prole que sufra enfermedades congénitas, o constituyen un peligro para la misma, a la celebración de un matrimonio por violencia por erros de la identidad de uno de los contrayentes, por intimidación, por vicios de la voluntad producidos por alteraciones en las facultades mentales por adolecer de impotencia absoluta el cónyuge o por ser celebrado ante funcionario incompetente; la que importa para nuestro trabajo, es el prescrito en el inciso séptimo del artículo 277, referido a la impotencia absoluta, en los referidos a las restantes causales no habrá inconveniente en solicitar la anulabilidad del matrimonio alegando las mismas aun existiendo un proceso fecundativo no natural de por medio.

Consideramos conveniente aclarar que existen dos clases de impotencia, la coeundi que es aquella que impide la normal realización del acto sexual en la pareja, esto debido a causas de orden fisiológico; y la impotencia generandi, que consiste en la incapacidad para procrear, denominándose también esterilidad masculina.

Nuestros legisladores al señalar este inciso como causal de anulabilidad de matrimonio a la impotencia absoluta, se refieren a la impotencia coeundi.

Porque si bien consideramos que dentro de las finalidades del matrimonio está la de procreación, no es la única, ni fin del mismo, ya que de haber tenido este criterio nuestros legisladores hubiesen considerado a la impotencia generandi como causal de impedimento matrimonial, habiendo debido establecer entonces, un proceso especial de verificación de ésta antes de la celebración del matrimonio.

Pero ahora, reformulemos las preguntas anteriormente planteadas, las cuales eran: ¿qué sucederá si la cónyuge ha sido sometida a un proceso fecundativo in vitro cuando el cónyuge es impotente? Y ¿cuál es la situación legal del nacido por este medio si el cónyuge solicita la anulación

del matrimonio alegando una impotencia absoluta? Preguntas a las cuales trataremos de responder en los siguientes párrafos.

Primero, debemos tener presente que el cónyuge del impotente no puede renunciar a su aspiración a procrear dentro del matrimonio, y teniendo en cuenta que si la impotencia del cónyuge es solo coeundi mas no generandi, se puede recurrir a este procedimiento conceptivo médico científico con la finalidad de lograr la paternidad del impotente, pero es el caso que nuestro Código Civil faculta a cualquiera de los cónyuges a demandar la anulabilidad del matrimonio por la causal prevista, anulabilidad que opera ipso jure, sino que se requiere de una declaración judicial, la cual invalida el matrimonio, produce efectos retroactivos, produciendo la destrucción de todas las consecuencias que el matrimonio anulable ha producido, pero como lo manifiesta el Doctor (Héctor Cornejo Chávez. 1987. P 198)

“El rigor del principio de destruir las consecuencias del negocio jurídico, sólo se atenúa en cuanto lo exige la necesidad de amparar la buena fe de los cónyuges a defender la calidad de legítimos que el matrimonio invalidado confiere a los hijos”

Y teniendo en cuenta lo prescrito en el artículo 277, de nuestro Código Civil anteriormente mencionado, es que: declara la anulabilidad del matrimonio, se tendrá que la mujer ha sido fecundada dentro del matrimonio, y en cuanto a la condición legal del nacido, esta será la de hijo matrimonial, cuando la fecundación se haya realizado en forma homóloga o heteróloga con consentimiento del marido; pero en el caso del nacido producto de la fecundación in vitro heteróloga, en donde no ha mediado el consentimiento del marido, la condición legal de éste se verá perjudicado en cuanto al hecho de haber recurrido la madre a un tercero para conseguir el elemento reproductor, pues como se dijo anteriormente, en este caso, sólo se refiere a quienes padecen la impotencia coeundi, más no así la generandi, por lo tanto se supone que el esposo de la madre a pesar de esta impotencia, posee la capacidad reproductiva en sus elementos genéticos en forma normal, por lo que no solo dará lugar a que

esta pueda impugnar la paternidad que se le atribuya, sino también como causal de divorcio como se verá oportunamente, no teniendo este nacido ni siquiera la calidad de extramatrimonial, puesto que no sólo concurre la circunstancia de haber recurrido al tercero en busca del líquido seminal y marginando el que posee el marido, es decir, muestra preferencia por la del tercero, por lo que se ofende al marido, además de la falta de consentimiento del mismo para la fecundación, condición elemental para la realización del mismo dentro del matrimonio, sino también se tendrá como agravante de la misma la condición de impotente el marido de la madre, teniendo este la calidad de hijo natural de padre desconocido; pero surge una tercera interrogante, la cual es la siguiente: ¿Podrá oponerse el hecho de haber sido fecundada in vitro, aún con el líquido seminal del marido impotente a la solicitud de anulabilidad del matrimonio por parte de cualquiera de los cónyuges?, pero recordemos que nuestro código civil, lo que sanciona no es la incapacidad reproductiva del cónyuge sino la falta de capacidad para la normal realización de la copula en la pareja y no habiéndose cumplido con consumir el matrimonio, se produce la destrucción de todas las consecuencias que el negocio viciado había producido. (cornejo. 1987 p. 211)

Debe tenerse presente, lo expresado por el Profesor Guillermo Frugoni, quién dice: "Si el matrimonio no llega a consumarse por impotencia antecede y perpetua del marido y en este estado y condición, se realiza la fecundación in vitro, con la sustancia genital del esposo, el matrimonio no ha sido consumado.

Para considerarse como consumado, o mejor dicho como plenamente realizado un matrimonio, no basta su celebración con las formalidades prescritas por la ley, sino también que se haya logrado la unión sexual de los cónyuges, por lo que mal podría condenarse al cónyuge de impotente a una abstención sexual forzada lo cual expondría a los cónyuges al riesgo de un adulterio o a introducir al matrimonio un hijo que no es del cónyuge impotente, pero que como bien se ha visto anteriormente puede actualmente ser concebido dentro de este matrimonio, pero

considerándosele como matrimonial, siempre y cuando el proceso fecundativo in vitro haya sido homólogo o heterólogo con consentimiento del marido no así cuando ha sido heteróloga y sin su consentimiento como se explicó anteriormente; pero retornando al tema, veremos como conclusión que aun habiéndose logrado fecundar a la mujer dentro del matrimonio anulable, este hecho no podrá oponerse a la solicitud para anular el mismo por las razones antes expuestas, ya que la causal está fundada no en el hecho de no poder tener descendencia dentro del matrimonio, sino en la incapacidad para la realización de la cópula sexual, y al respecto reforzamos nuestra posición: “La ausencia absoluta de relaciones sexuales entre el marido y la mujer invalida el matrimonio al frustrarlo como institución e incumplirlo como contrato”. (El Peruano 19 de mayo de 1975), situación está que reviste vicios jurídicos, y que debe ser observado en nuestro vigente código civil.

2.3.2.4 Fecundación “in Vitro” como Causal de Divorcio

En lo referente a la fecundación in vitro debemos precisar si es que esta tiene relación con las causales que se puede invocar para solicitar el divorcio, y de ser así, se configuraría como una nueva causal, o si esta se encuentra ubicada dentro de las prescritas por nuestro código civil.

Del artículo 349 del código civil, se puede demandar el divorcio por las causales prescritas en el artículo 333, por las causales contempladas de los incisos 1 al 10, es decir se excluye la separación convencional como causal de divorcio.

Con referencia al tema que tratamos existen diversas opiniones en cuanto a su relación con las causales de divorcio, una de ellas, es la que se manifiesta que la fecundación in vitro podría ser considerada como adulterio cuanto esta se ha realizado en forma heteróloga y sin el consentimiento del marido, otros, son de contraria opinión, por lo que afirman que no se podría encuadrar dentro del adulterio y no se podría invocar como causal de divorcio.

Consideramos que para el análisis de que si la fecundación in vitro heteróloga y sin consentimiento del marido pueda configurarse como adulterio, para lo cual tomaremos la definición que del mismo hace el Doctor Héctor Cornejo Chávez:

“Adulterio es el trato sexual de uno de los cónyuges con distancia persona, constituyendo la más grande violación del deber de fidelidad matrimonial” (Cornejo 1987 p. 326)

Conforme al concepto anterior, la doctrina y el criterio de nuestros legisladores, resulta condenable el adulterio cometido tanto por el hombre como por la mujer, lo cual repercute dentro del clima de la fidelidad, respeto y confianza que se deben los cónyuges, por el hecho de haber accedido a relaciones sexuales con persona distinta al cónyuge, aspecto fundamental para la configuración del adulterio, por el cual la ley faculta al cónyuge ofendido para entablar la correspondiente acción judicial para solicitar el divorcio, el cual se ve aún más agravado si existe la presencia de un hijo como resultado del adulterio, de manera especial cuando la mujer comete adulterio, la que asume una mayor gravedad que la del marido, porque esta puede dar lugar a la concepción de un hijo que no es del marido , pero que en base a la presunción tiene por parte al marido, se puede estar dando lugar a la introducción de un ser completamente extraño al esposo dentro de la familia de éste.

Cuando se lleva a cabo un proceso fecundativo dentro de la pareja, vemos que si este es homólogo heterólogo con consentimiento del marido, no existe problema alguno, por cuando existe el mutuo acuerdo de los cónyuges para lograr la paternidad por medio de estos procedimientos.

Pero cuál sería la situación en caso de haberse realizado en la mujer una fecundación in vitro heteróloga y sin consentimiento del marido, este caso podría configurarse en este caso, el adulterio por parte de la mujer, según lo tratado anteriormente, el hecho acceder a relación con tercera persona y fuera del matrimonio, configura el adulterio por el cual se puede solicitar la separación de cuerpos, por tomarse insostenible la cohabitación del cónyuge

ofendido con el adulterio, pero si existe de por medio un hijo de esta relación adulterina, esta obliga al cónyuge ofendido a solicitar el divorcio, puesto a que no solo se habrá concretizado la conducta condenable en el cónyuge adúltero, sino que el hijo resultado del mismo será un permanente recuerdo de la conducta del cónyuge, en el caso de la fecundación in vitro citada se dan las condiciones que acabamos de exponer; lo que la mujer introduce dentro del matrimonio un hijo que no es del cónyuge, el mismo que no ha dado su consentimiento para la práctica del proceso fecundativo ni ha aprobado la concepción ni nacimiento del mismo, razones por las cuales muchas tratadistas lo consideran como adulterio, pero debemos tener presente que no se da la principal característica para considerar el adulterio, y el cual notifica el acceso carnal a la cónyuge con persona distinta al marido, en este caso, si bien es cierto nace un niño que no es del marido, no ha existido contacto sexual entre la madre y el donante, aunque el resultado del proceso fecundativo es igual al que es consecuencia del contacto sexual entre hombre y la mujer: la concepción: esta no se puede considerar como adulterio, pero una vez establecido claramente el hecho de poderse considerar la fecundación in vitro: adulterio; nos preguntamos si el hecho de someterse a la mujer casada a un proceso fecundativo in vitro heterólogo y sin consentimiento de las causales ya establecidas y sin consentimiento del marido puede considerarse dentro de las demás causales ya establecidas o daría lugar a la creación de una nueva que debería ser considerada dentro de nuestro código, vemos que hay otras casuales, pero la que guarda una estrecha relación con el tema tratado, es la competencia dentro del inciso cuarto del artículo 333, es decir, con la injuria grave consideramos necesario conceptualizar lo que es injuria grave, que a decir del doctor Héctor Cornejo Chávez, es el ultraje a los sentimientos o a la dignidad de uno de los cónyuges, por el otro, pero debemos de considerar a sí mismo, que no solo se puede ultrajar la dignidad del cónyuge sino también sus principios morales, su integridad psíquica; tal como lo sostiene el Doctor Jorge Pozo Vidal (1980 p. 70). “Un cónyuge injuria gravemente al otro cuando ataca, ultraja, daña la integridad psíquica, la dignidad a los sentimientos del otro cónyuge” (Pozo.1980.p.70)., también

debemos tener en cuenta lo que afirma al respecto, el Doctor Javier Peralta Andia:

“La ofensa grave a la personalidad, los sentimientos y la dignidad del otro cónyuge que implica la violación de los deberes recíprocos nacidos del matrimonio”⁹ (Peralta 1988. p.50)

Pero de qué manera se puede injuriar al cónyuge, esta se puede realizar de dos maneras:

1. Mediante ultraje dirigidos por un cónyuge al otro, sea por medio de la palabra o por escrito.
2. Mediante actos que constituye una violación a los derechos que nacen del matrimonio, actos mediante los cuales aun sin pronunciarse adjetivos calificativos injuriosos, no dejan de tener por sí mismo el carácter de ofensivos y ultrajantes, para el otro cónyuge.

Y en este punto se centra el tema tratado, pues la fecundación in vitro, para ser realizada dentro del matrimonio, requiere del consentimiento de ambos cónyuges, en el cual implica un acuerdo, ya que la decisión de tener un hijo corresponde a ambos padres, no puede ser una decisión unilateral, en base a un sentido de paternidad responsable, más aun cuando la concepción del hijo se va a realizar utilizando este proceso médico, que como vemos cuando es homólogo o heterólogo con consentimiento del marido, no existe mayor problema, pero si en cuanto este es heterólogo y no existe consentimiento del marido, se estaría faltando a uno de los deberes del cónyuge dentro del matrimonio, el cual es el deber fidelidad, que solo puede considerarse injuria grave, también a los deberes nacidos adentro del matrimonio, como lo es en este caso, la lealtad y el respeto a las decisiones que en forma conjunta deben tomarse dentro del matrimonio, en especial de aquellas que atañen a la consecución de una paternidad realmente deseada, pero por otro lado, tenemos que el simple hecho de ser fecundada la mujer sin el consentimiento del marido, implica una grave ofensa para el mismo, ya que no solo se ofende su dignidad de hombre sino que también pone en entredicho su virilidad, conmociona el aspecto psicológico del mismo, aun

cuando el marido padezca de impotencia coeundi, y su capacidad generativa sea normal, argumento que no podrá alegar en su favor la cónyuge sometida a la fecundación heteróloga sin consentimiento, como justificación de su conducta, puesto que aun en este caso extremo se debió utilizar el líquido seminal del marido.

Asimismo, debemos considerar que no solo el hecho de haber sido fecundada la mujer en esas condiciones, sino también en el significado que tiene el concebido para los cónyuges, con respecto a la madre sabemos que logra el hijo deseado, pudiendo haber diversas razones para ello; pero con respecto al marido que no dio su consentimiento, ¿Qué significa este concebido en su cónyuge?, la presencia de este concebido, implica la consecuencia más grave de la injuria contra el marido, por lo que consideramos se debe tener presente la opinión que encontramos en la enciclopedia jurídica (OMEBA,1979).

“El afán de la mujer por tener un hijo que no perpetúe biológicamente a su marido será injuria grave que autorice el divorcio”¹⁰. (OMEBA 1980 p.75)

Asimismo, consideramos que debe tener presente lo manifestado, por el doctor Eugenio Cuello Calón, quién afirma: “La fecundación “in vitro” heteróloga sin consentimiento del marido constituye una gravísima ofensa para el marido, al imponerle una paternidad no verdadera, ya que se introduce en la familia elementos extraños, originando perjuicios para el marido”.(Cuello 1980 p.93)

Por lo anteriormente expuesto se desprende, en forma diáfana, que la fecundación in vitro heteróloga y sin consentimiento del marido constituye una causal de divorcio que se configura dentro de la injuria grave que no constituye adulterio pero consideramos se debe aclarar dentro de nuestro código civil, a fin de evitar confusiones como las que se dan entre algunos tratadistas del tema.

2.3.3 Filiación del nacido por Fecundación “In Vitro”

2.3.3.1 Filiación

Uno de los puntos más álgidos que surgen al llevarse a cabo un proceso fecundativo in vitro; es el referido, a la filiación de los hijos nacidos a raíz del sometimiento de la madre a este proceso entendiéndose a la filiación como la relación de parentesco que vincula la persona con sus antepasados y descendientes, especialmente a los padres con los hijos, pero debido a esta innovación médico conceptiva que deja lugar a muchas dudas sobre la atribución de la paternidad respecto al nacido, consideramos que se debe establecer en forma clara la filiación del nacido por este procedimiento, teniendo en cuenta que para nuestros legisladores la paternidad muchas veces resulta incierta, es por este motivo existe una íntima vinculación entre la fecundación “in vitro” y la filiación; además de que muchas veces este procedimiento conceptivo, se realiza con intervención de un tercero llamado donante, quién aporta el elemento genético reproductor para realizar este procedimiento, pasaremos a hacer un análisis de estas diversas situaciones que se presentan dentro del matrimonio, así cuando éstas se lleva a cabo en mujeres solteras , viudas o divorciadas.

2.3.3.2 Filiación del nacido producto de la fecundación “in vitro” dentro del matrimonio

Sabemos que la fecundación “in vitro” puede ser homóloga o heteróloga, y con fines didácticos, veremos primero a los hijos nacidos mediante este procedimiento en forma homóloga

- En este caso al haber concurrido entre ambos cónyuges la voluntad y el acuerdo de éstos de tener un hijo, producto genéticamente suyo, y teniendo presente que se ha utilizado el líquido seminal del marido, no queda la menor duda acerca de la filiación del mismo, siendo consecuentemente hijo legítimo matrimonial, al respecto los tratadistas no tiene objeción alguna, y todos están de acuerdo en la posición anteriormente enunciada, careciendo de derecho para interponer acción de contestación de la paternidad del hijo inclusive en el caso del

impotente absoluto (impotente coeundi) de acuerdo a nuestro código, ya que como se explicó anteriormente, éste puede tener un hijo genéticamente suyo gracias al avance de la ciencia médica, utilizando el líquido seminal del mismo; aún sin llegar a tener contacto sexual y siempre y cuando no padezca de impotencia generandi; por lo que mal podría el impotente alegar esta causal para contestar la paternidad del hijo concebido y nacido a raíz de este proceso habiéndose utilizado su propio líquido seminal, quedando expedito su derecho para solicitar la anulabilidad de su matrimonio por la causal de impotencia.

Asimismo, el hijo nacido por este proceso, puede en caso que no haya sido reconocido por sus padres, solicitar su filiación matrimonial conforme a ley.

2.3.3.3 Filiación de los hijos dentro del matrimonio por fecundación “in vitro” heteróloga

Aquí es donde se presentan diversos casos, entre los cuales existe concurrencia de un tercero (donante) y es aquí que tiene que establecerse en forma clara y definida la paternidad del nacido, para la cual analizaremos primero el caso del nacido por fecundación “in vitro” heteróloga con consentimiento del marido y el caso en el que no haya concurrido el consentimiento del mismo:

2.3.3.4 Filiación del nacido con consentimiento del marido

El hecho de aceptar una fecundación heteróloga por parte de los cónyuges, conlleva el acuerdo y consentimiento de los mismos y el tercero interviniente en el mismo, en calidad de donante, pudiendo ser éste anónimo o conocido, en el primer caso, siendo el donante anónimo y contándose con el libre consentimiento del cónyuge, es que el nacido tendrá la calidad de hijo legítimo y matrimonial de los cónyuges, refrendado más aún nuestra posición dado que desde el punto de vista psicológico, algunas veces cuando el donante es conocido, el cónyuge se siente un poco disminuido frente a éste, lo que en algunas oportunidades ha conllevado a que éste niegue la paternidad del nacido, aun habiéndose prestado su consentimiento para la realización del proceso fecundativo

originalmente, viéndose así una de las ventajas por las cuales se aconseja de que el donante sea anónimo.

Conforme a lo referido y cuando se trata de un donante conocido, podemos afirmar, que a pesar del cónyuge por el hecho de haber prestado su consentimiento, el cuál hará de constar en documento suscrito por ambos cónyuges, así como el donante en caso de ser conocido, al momento de solicitar la realización del proceso fecundativo, la paternidad le será atribuida únicamente al cónyuge amparándose en la presunción “*pater is es t quem nuptiae demostrand*”, es decir, el hijo de la mujer casada se reputa hijo de su marido, la cual es refrendado por el artículo 361 del Código Civil, que dice: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguiente a su disolución, tiene por padre al marido”.

Tratadistas del tema nos dicen que el consentimiento debe ser expreso, o sea mediante un documento en el que se manifieste el consentimiento y autorización de ambos cónyuges para que se realice la fecundación y suscrito por los mismos, otros opinan que este es tácito cuando sin haber documento escrito se realizan actos que demuestran que se está de acuerdo con la fecundación, y que no está en contra de su voluntad, tales como el de acompañar de la esposa al consultorio médico, conversar sobre los análisis, pero, nosotros estamos de acuerdo con la primera posición, puesto que tratándose de un tema tan delicado y que puede ser susceptible la negación de la paternidad , y existiendo intereses patrimoniales que salvaguardar, se debe optar por el consentimiento en forma expresa mediante documento únicamente.

Con relación a la filiación del hijo y nacido mediante un proceso fecundativo “in vitro” hetérológico con consentimiento del marido consideramos pertinente consignar un fallo resolutorio de una corte norteamericana que establece jurisprudencia acerca del mismo, resolución pronunciada por la Corte del Estado de California, en el caso A.H. en contra de L.C., el cual establecía:

“El niño nacido seguidamente a un tratamiento fecundativo, con esperma del donante, es legítimo del padre legal, siempre y cuando haya existido acuerdo entre los cónyuges”

2.3.3.5 Filiación del Nacido sin consentimiento del marido

Se presentan dos situaciones, la primera respecto a la fecundación heteróloga, sin consentimiento del marido cuando el donante es anónimo; así como un segundo, cuando el donante es conocido, en el primer caso, el hecho de que el donante sea anónimo, presume que el hombre no se sentirá disminuido en cuanto no ha existido una preferencia de su mujer por determinado tipo de hombre, pero esto no es atenuante para que la ley sancione la omisión al deber de lealtad para con el marido, el hecho de haber tomado una decisión que corresponde a ambos cónyuges, ya que la relación de parentesco se funda en la relación biológica, la cual es sustituida por el consentimiento que deberá prestar para el nacimiento de su hijo que genéticamente no es suyo, pero con el cual establecerá un vínculo de parentesco legal, que les dará los mismos derechos y obligaciones que le correspondían de ser el padre genético, es por eso, que el hombre al no presentar su consentimiento, no desea sustituir la relación biológica mencionada, no desea renunciar a la posibilidad de ser el padre biológico y legal, por lo que mal se le puede imponer una paternidad que no desea, lo que iría en contra de sus derechos como persona, además de introducir por parte de la mujer dentro de la familia una persona extraña al cónyuge, lo que justifica la contestación de la paternidad, quedando en consecuencia el nacido en calidad de hijo extramatrimonial de padre desconocido.

En el caso de la fecundación “in vitro” sin consentimiento del marido y con el donante conocido, debemos observar dos situaciones al momento de la realización del proceso fecundativo, la buena o mala fe con la que actuó el donante, las cuales serán fundamentales al momento de establecer la filiación del nacido.

En el primer caso, si ha existido buena fe por parte del donante, veremos que el niño nacido y por las razones dadas en el punto anterior,

no tendrá vínculo alguno de parentesco para con el marido de su madre, ya que no existirá consentimiento del mismo, se niega la posibilidad de aceptación de este nacido por su parte, así como la falta de vínculo biológico entre los mismos para que se pueda alegar por parte de la madre o el hijo con la finalidad de solicitar su filiación matrimonial, así como tampoco podrá la madre alegar la impotencia coeundi como justificación a la determinación que tomó, ser fecundada en forma heteróloga, porque como ya se dijo anteriormente, gracias a este adelanto científico, aun los que padezcan impotencia coeundi, mas no generandi, pueden lograr ser padres, teniendo el marido de la madre del nacido el derecho a contestar la paternidad que se le atribuya, previa resolución que declare fundada la demanda de contestación de la paternidad del esposo de la madre, podrá el padre biológico hacer el respectivo reconocimiento extramatrimonial, si es que así lo decide, pues como se ha dicho, el hecho de obrar de buena fe lo exonera de responsabilidad alguna con el nacido, y no puede ver sus intereses comprometidos más allá donde la ley lo permite, no teniendo facultad alguna la madre o el nacido para solicitar la filiación extramatrimonial para con el donante que obró de buena fe.

Pero en el caso de que haya existido mala fe por parte del donante al momento de realizarse la fecundación “in vitro”, entonces se configurará la situación anteriormente explicada, pero con la diferencia de que por el afán de la mujer de tener un hijo que no perpetúe biológicamente a su marido, y la complicidad que existirá por parte del donante al proporcionar el líquido seminal a la mujer aun sabiendo que es casada, que no tiene el consentimiento del marido para la realización de la fecundación y que existan otros motivos que incentiven a la mujer a tener un hijo dentro del matrimonio, que algunas veces resulten inconfesables, configuran la mala fe por parte del donante, pero con el carácter humanista y protector que tienen nuestro vigente Código Civil, y en salvaguarda de los derechos que le asisten al nacido, y en sanción de la mala fe con la que actuó el donante, es que consideramos que la ley deberá conceder a la madre, así como al nacido el derecho de solicitar la filiación extramatrimonial al

donante, concediéndole a la vez los derechos que como hijo e corresponden lo establece nuestro código.

Al respecto es necesario considerar un fallo de la Corte de California en los Estados Unidos de Norteamérica, resolución que respalda lo anteriormente tratado:

“A la luz de nuestros estatutos, un hombre razonable que por causa de su impedimento para procrear y que activamente participa y consiente en la fecundación in vitro de su esposa, es la esperanza de tener un hijo producto del mismo, le dará un trato como suyo propio sabiendo que su conducta lleva con ella responsabilidades legales como padre.

Teniéndose como legítimo hijo y en calidad de descendiente del mismo y de la madre, pero si el semen de otro es utilizado sin consentimiento del marido, será considerado como hijo ilegítimo sólo de la madre...”

2.3.3.6 Filiación del nacido producto de la fecundación “in vitro” cuando ésta se realiza en mujeres solteras, viudas o divorciadas

En este desarrollo de nuestra investigación del tema, nos hemos encontrado con que muchas veces la solicitud para someterse a un proceso fecundativo in vitro, es realizado por mujeres de estado civil soltera, y en un bajísimo porcentaje por viudas, así como por divorciadas sin hijos, situación está que se da en el caso de las primeras de las nombradas, muchas veces no por presentar éstas, problemas de infertilidad física sino más bien de orden psicológico , tales como aquellas mujeres que debido a una experiencia traumática (como haber sido objeto de una violación u otras causas), pero que no renuncian a su anhelo supremo de ser madres, anhelo este no fue satisfecho durante la vigencia de su matrimonio, en estos casos podemos ver que necesariamente se requerirá de un donante, el nacido tendrá la calidad de hijo extramatrimonial, pudiendo sin embargo ser reconocido al nacido al padre genético, si éste así lo desea, pero no habrá lugar, tanto por parte de la madre así como del hijo a solicitar su reconocimiento judicial como hijo extramatrimonial del donante.

2.3.4 Regulación Jurídica de la Fecundación in Vitro en el Código Civil de 1984

2.3.4.1 En el Derecho de Familia

Son diferentes aspectos en los cuales inciden las consecuencias de la práctica fecundativa in vitro dentro de este campo del Derecho y conforme a nuestro Código Civil, comenzaremos con lo que se producen en cuanto a la invalidez del matrimonio y así sucesivamente:

En lo referido a la invalidez del matrimonio. Vemos que existen causales por las cuales un matrimonio deviene en nulo anulable desde su celebración, las cuales están taxativamente consideradas en nuestro Código; pero, con un criterio de protección y humanitaria con que este ha sido revestido, considera la protección legal del cónyuge que obró de buena fe para la celebración del matrimonio, así como de los hijos producto del mismo, ahora centrándonos en el tema que nos ocupa, pensamos que esta protección debe ser extensiva para el niño nacido por fecundación in vitro dentro de un matrimonio nulo sin que haya mediado el consentimiento del marido, ya que por las razones anteriores expuestas, nuestros legisladores no han considerado esta situación, pero el espíritu de la ley es el de proteger al desvalido, la misma que debe hacer extensiva para el nacido en la situación indicada, además de que no se puede negar el derecho a la maternidad a la mujer, motivo por el cual aunque no haya mediado el consentimiento del marido en este caso y se advierta mala fe por parte de la madre para lograr esta concepción, al no guardar el respeto a la oposición del esposo para la concepción de este niño, y la obediencia a la cual están obligados los cónyuges dentro del matrimonio, razones estas que no privarían de la protección del nacido aun dentro de este matrimonio nulo, y sin privar el derecho a contestar la paternidad por parte del marido, el nacido deberá gozar de derechos de la ley con respecto del esposo de la madre, hasta que se pronuncie resolución que declare fundado la contestación de la paternidad, interpuesta por el presunto padre, sin privársele del amparo que al mismo le otorga el artículo 284 de nuestro Código Civil: “El matrimonio invalidado

produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe. Como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio. Si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos. El error de derecho no perjudica la buena fe”.

Por lo que consideramos que este artículo deberá ser modificado en forma aclarativa observando lo anteriormente indicado, en el siguiente sentido:

Artículo 284: El matrimonio invalidado, produce efectos civiles respecto a los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe como si fuese un matrimonio disuelto por el divorcio.

Si hubiera mala fe en uno de los cónyuges el matrimonio no produce efectos en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos aun cuando estos hayan sido concebidos mediante un proceso fecundativo in vitro y sin consentimiento del marido, el error de derecho no perjudica la buena fe”.

Asimismo, consideramos pertinente la creación de un nuevo artículo dentro de nuestro Código Civil en su capítulo 5º, título primero, sección segunda y libro tercero en lo relativo a la anulabilidad del matrimonio para regular esta nueva situación que resulta de la aplicación del proceso fecundativo in vitro, y que tiene implicancia con la causal establecida en el inciso séptimo del artículo 277 referido a la impotencia absoluta del cónyuge como causal de anulabilidad del matrimonio.

Como se ha visto anteriormente, nuestros legisladores utilizaron el adjetivo “absoluto” para referirse a una de las dos clases de impotencia que existen en el hombre, las cuales son la impotencia coeundi y la generandi, refiriéndose nuestros legisladores a la primera, es decir, a la falta de capacidad para la realización del acto sexual, la cual es sancionada con la anulabilidad del matrimonio, no sólo por el derecho civil, sino también por el derecho canónico, mas no así refieren a la impotencia generandi, ya que si bien un hombre puede padecer de impotencia

coeundi, su capacidad fecundativa puede ser óptima, y con este método conceptivo in vitro, se puede llegar a fecundar el óvulo de la cónyuge con el espermatozoides del marido dando lugar a la concepción y nacimiento de un nuevo ser, hijo de ambos mientras que nuestros legisladores sancionan a la impotencia coeundi por cuanto para ellos implica la no consumación del matrimonio, por lo cual se invalida este al frustrarse como institución e incumplirlo como contrato por lo que consideramos necesario un nuevo artículo que prevea esta situación en los siguientes términos:

Artículo X: No podrá oponerse el hecho de haber concebido mediante fecundación in vitro a la solicitud de anulabilidad del matrimonio por parte de cualquiera de los cónyuges, en el caso previsto en el inciso séptimo del artículo 277, aun cuando la mujer haya sido fecundada con líquido seminal del marido.

Asimismo, consideramos necesario hacer una modificación del artículo 377 de nuestro Código Civil correspondiente a la separación de cuerpos, pero que de acuerdo al artículo 355, se encuentra dentro de las reglas aplicables al divorcio, es el ámbito dentro del cual deberá cumplir los fines para los cuales la propuesta de modificatoria, esto es en cuanto a la fecundación in vitro, como causal de divorcio; cuando esta se ha realizado en forma heteróloga, sin consentimiento del marido.

Al respecto, como fue señalado en el punto correspondiente, si bien mediante este procedimiento fecundativo y en las condiciones antes expuestas, introduce en la familia un ser biológico y legalmente extraño al marido, no puede calificársele como adulterio, pues no se da el requisito esencial para tipificarlo dentro de esta causal, es el trato sexual de la cónyuge con persona distinta al marido, aunque si bien tiene consecuencia la concepción de un hijo que no es del marido, no se da el acceso carnal que es el que motiva la condena y sanción del cónyuge adúltero, entonces no se tipificaría como adulterio y conforme fu expuesto en este caso, se configuraría la causal de injuria grave, para solicitar el

divorcio, por cuanto no sólo debe entenderse como injuria grave las ofensas verbales, escritas o las acciones de hecho como la agresión hacia el cónyuge, a las cuales únicamente se remiten algunos tratadistas, sino también debe entenderse como tal a los actos que sin llegar al maltrato físico; o al insulto resultan realmente ofensivos y denigrantes para la dignidad del cónyuge, tales como concurrir al uso de este método de concepción cuando el cónyuge es realmente apto para lograr fecundación del otro por vías naturales, aun cuando el marido padece de impotencia coeundi, pero sus elementos genéticos reproductivos son aptos para lograr una concepción normal con ayuda de la ciencia, ya que el hecho de llegar a una fecundación in vitro heteróloga y si consentimiento del marido en las anteriores condiciones, no sólo ofende gravemente su dignidad, sino también su integridad psicológica y moral, por lo que consideramos se deberá observar esta situación dentro de nuestro código en forma expresa, para evitar como se dijo anteriormente, que simplemente se considere a la ofensa o la agresión física como injuria grave, sino, que tomando en su verdadera dimensión del significado de esta causal de divorcio se considera la fecundación IN VITRO heteróloga realizada sin consentimiento del cónyuge como injuria grave, para lo cual proponemos la modificación del artículo 337: “La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges”, agregándose al mismo su calificación expresa, a fin de que no se le siga considerando por algunos tratadistas como adulterio y, evitar confusiones en nuestro código, modificación que consideramos se deberá realizar de la siguiente forma:

Artículo 337: La sevicia, injuria y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbres y conductas de los cónyuges, debiéndose considerarse como injuria grave el hecho de haberse fecundado la cónyuge in vitro en forma heteróloga y sin consentimiento del marido, aun cuando este padezca impotencia coeundi.

Otro aspecto que se debe regular, es el referido a los derechos que adquiere el nacido dentro de la sociedad paterna filial, estos relacionados esencialmente con la filiación matrimonial y consecuentemente el vínculo de parentesco que existe entre padres e hijos; nuestro Código Civil , al tratar lo concerniente a la filiación matrimonial, con respecto a los hijos nacidos dentro de la misma haciéndose uso de la presunción legal “pater is est quem nuptiae demostrant”, señala que el hijo que nace dentro de un determinado lapso de tiempo, después de disuelto el matrimonio o durante la vigencia de éste, tiene por padre al marido de la madre, es decir, se reputa la paternidad del marido de la madre, con respecto al hijo de ésta, reputación que se hace en base a la afirmación de que la maternidad es cierta, mientras que la paternidad es incierta con la finalidad de proteger al nacido dentro de una unión legal, pero adentrándose en el tema tratado, esta presunción de paternidad debe amparar al nacido por fecundación in vitro, ya que como se ha visto, se dan casos en los cuales se realiza el proceso fecundativo en forma heteróloga con o sin consentimiento del marido, razón está por la que podrá contestar la paternidad en forma posterior, pero el nacido por fecundación in vitro, al igual que el concebido en forma natural y de acuerdo a lo expresado, tendrán como padre al marido de la madre, situación ésta que consideramos se debe establecer en forma expresa en el artículo 361: “El hijo nacido durante el matrimonio o de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”, para lo cual sugerimos su modificación en forma aclarativa y en el siguiente sentido:

Artículo 361: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, aun cuando este haya sido concebido mediante un proceso fecundativo in vitro, tiene por padre al marido”.

Reafirmamos nuestra posición, en cuanto a que el hecho de modificar en este sentido el artículo mencionado no implica que se niegue el derecho de cónyuge que sin haber prestado su consentimiento para la

realización del proceso fecundativo in vitro quiera contestar la paternidad que se le atribuye.

En lo referido a la legitimidad de los hijos habidos dentro del matrimonio, debemos indicar que nuestro código civil señala la presunción de legitimidad de los mismos, llegando aún ponerse en dos casos extremos prescritos por éste, tal como cuando la madre sea condenada como adúltera, o que esta declare que el hijo que tiene no es de su marido, en ambos casos se asiste al nacido la presunción de legitimidad.

Dentro del tema tratado, diremos que puede darse un nuevo caso en contra de la presunción de legitimidad del nacido por fecundación in vitro, el cual consistiría en negar la mujer al hijo que tiene no es del marido, no sólo en los casos en los que se pusieron nuestros legisladores sino también por haber sido concebido in vitro, en forma heteróloga y sin consentimiento del marido, caso este en el que se debe proteger la presunción de legitimidad del nacido por este medio, por lo que consideramos el artículo 362 del código : “El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”

Se debe modificar en un sentido aplicatorio y aclarativo con respecto a la presunción de legitimidad del nacido, debiendo realizarse esta modificación en la siguiente forma:

Artículo 362: El hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido que ha sido concebido mediante un proceso fecundativo in vitro heteróloga y sin consentimiento del marido, o sea condenada como adúltera.

Asimismo, si bien es la ley concede protección al nacido, asegurándole los derechos que le asisten como persona humana, entre los cuales se cuenta con derechos patrimoniales, sucesorios y otros, también tenemos el derecho a tener una filiación legalmente establecida, tal como la legitimidad que se le confiere por haber nacido dentro de un matrimonio legalmente establecido, la presunción de paternidad que opera para con

el cónyuge con respecto de este y es precisamente en este punto que nuestros legisladores, teniendo en cuenta el principio que la maternidad es cierta, mientras la paternidad es incierta, y a fin de evitar que las presunciones de legitimidad y paternidad se impongan al marido un hijo que no es suyo, le faculta para que este conteste la paternidad que se le reputa, contestación que únicamente se puede hacer en los casos prescritos por la ley que son cuatro, consistentes el primero, en el término de nacimiento del hijo después de celebrado el matrimonio, la imposibilidad de cohabitación que permita el contacto sexual; la separación judicial durante el periodo de concepción de la madre y cuando se padece de impotencia absoluta.

Pero, como ya se explicó anteriormente cuando un hijo es concebido mediante el proceso fecundativo in vitro también es susceptible de contestarse la paternidad que se le atribuye del hijo de su mujer, tratándose de una fecundación in vitro homologa no existiría problema alguno al respecto, puesto que esta se efectúa con líquido seminal del marido, así como cuando esta heteróloga y con consentimiento del mismo; pero, cuando se trata de una fecundación heteróloga y sin consentimiento del marido, es donde surge el problema el cual da lugar a que el padre pueda contestar la paternidad que se le atribuye, por lo que consideramos se debe modificar el artículo 363 de nuestro Código Civil, en dos sentidos el primero creándose una nueva causal, partiendo de este tipo de fecundación mencionada, para contestar la paternidad; asimismo, una modificación aclaratoria al inciso cuarto relativo a la impotencia absoluta.

Para lo cual pasaremos a sugerir la primera, o sea la nueva causal de contestación de la paternidad observándose en el siguiente sentido:

Cuando la mujer se haya sometido a un proceso fecundativo in vitro heterólogo y sin consentimiento del marido.

Ahora en cuanto a la modificación que sugerimos al inciso cuarto relativo a la impotencia absoluta, tal como se explicó anteriormente,

nuestros legisladores se refieren a la impotencia coeundi, más no a la generandi, ya que con este método conceptivo in vitro, el impotente puede lograr tener descendencia sin llegar al contacto sexual con su mujer, por lo que en protección de los intereses del menor nacido esta situación se debe modificar el mencionado inciso teniéndose en cuenta que para contestar la paternidad no basta alegar una impotencia coeundi, sino que deberá alegar una impotencia generandi, debiendo el impotente absoluto probar que ha no accedido a un proceso fecundativo in vitro, según sea el caso, por lo que proponemos que se modifique el inciso cuarto del mencionado artículo, en el sentido propuesto, sugiriéndose que el artículo 363 del Código Civil : “El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplido los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en sus primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al nacimiento del hijo.
3. Cuando esta judicialmente separado durante el mismo periodo indicado en el inciso 2; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo.
4. Cuando adolezca de impotencia absoluta”

Y observe la aclaración propuesta para el inciso cuarto, e incluya el nuevo inciso como la quinta causal de contestación de paternidad, quedando este de la siguiente manera:

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

1. Cuando el hijo nace antes de cumplir los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
2. Cuando sea manifiestamente imposible dadas las circunstancias o que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al matrimonio.

3. Cuando esta judicialmente separado durante el mismo periodo indicado en el inciso 2; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en dicho periodo.
4. Cuando adolezca de impotencia generandi.
5. Cuando la mujer se haya sometido a un proceso fecundativo in vitro heteróloga y sin consentimiento del marido.

Debemos observar que nuestros legisladores han considerado causas en las cuales no se pueden negar la paternidad, las cuales establecidos en el artículo 366, inciso 1ro al 3ro, pero con la invocación médica para lograr la paternidad por parte de los cónyuges, consideramos se debe crear una nueva causal, que debe ser tomada en cuenta para ser establecida como impedimento de negación de la paternidad, la cual está originada en el consentimiento que presta el marido para la realización de la fecundación in vitro, que ya como se dijo es necesario el acuerdo y consentimiento expreso de ambos cónyuges cuando se recurre a este procedimiento médico, por lo que concluimos que cuando ha obrado el expreso consentimiento del marido para su realización, aun cuando esta fecundación sea heteróloga y siendo este un procedimiento irreversible no podrá desistirse del propósito inicial y menos aún podrá negarse a la paternidad que fue inicialmente querida por los cónyuges, teniéndose en cuenta además el esfuerzo y voluntad empleado para lograr su objetivo, por lo que consideramos oportuno incrementar con una causal más el artículo 366 de nuestro Código Civil : “El marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363, incisos 1 y 3.

1. Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, ha tenido conocimiento del embarazo.
2. Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo.
3. Si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paterno filial”.

Debiendo modificarse el siguiente sentido:

Artículo 366: El marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del Art. 363, incisos, 1,3 y 5.

1. Si antes del matrimonio o de la reconciliación respectivamente ha tenido conocimiento del embarazo.
2. Si el hijo ha muerto, a menos que subsista el interés legítimo de esclarecer la relación paterna filial.
3. Si el hijo es producto de un proceso fecundativo homólogo o heterólogo para el cual el marido prestó su consentimiento.

Vemos que así como nuestro Código otorga el derecho a contestar la paternidad a quién se ve afectado por la atribución de una que no le pertenece, así también exige que esta contestación se base en pruebas y hechos ciertos, es así que establece los casos en los cuales la carga de la prueba corresponde tanto al hombre como la mujer, afectados por esta acción contestativa de paternidad dentro de la cual pensamos sería conveniente incluir el caso señalado en el inciso 5to propuesto para ser creado dentro del art. 363, dentro de las modificaciones sugeridas al artículo 370:

“La carga de la prueba recae sobre el marido en los cuales del artículo 363 incisos 2 y 4. En el caso del inciso 1 sólo está obligado a presentar las partidas de matrimonio y de la copia certificada de la de nacimiento; y en el del inciso 3. La resolución de separación y la copia certificada de la partida de nacimiento. Corresponde a la mujer probar, en sus respectivos casos haberse dado la situaciones previstas en el artículo 363. Inciso 3, o en el artículo 366, modificándose en el sentido siguiente:

Artículo 370: La carga de la prueba recae sobre el marido en los casos del art, 363, inc. 2 y 4. En el caso del inc. 1 sólo está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de nacimiento, en el incs. 3, la resolución de la separación y la copia certificada de la partida de nacimiento y en el inc. 5 la copia certificada de la solicitud y autorización para la realización del proceso fecundativo in vitro, otorgada por el Director de la institución Médica donde se realizó, corresponde a la mujer probar en sus

respectivos casos, haberse dado las situaciones previstas en el artículo 363, incs. 3 ó 5, o en el artículo 366.

2.4 Definición de Términos Básicos

ANONIMATO.- Acto de preservar toda intrusión que quiebre el secreto que sus receptores tienen derecho a pretender

BIOTECNOLOGÍA.- Es la técnica que, conjugando la ingeniería, la industria y principios científicos con organismos vivos o agentes biológicos, busca producir variaciones orgánicas.

BIOÉTICA.- Ciencia reguladora de los valores éticos y deontológico en la intervención biomédica sobre la vida humana, en cuanto a concepción, nacimiento, desarrollo y muerte

CIGOTO.- Célula producida por la unión de dos células sexuales maduras (gametos) en el proceso de reproducción. También es utilizado en genética para designar al individuo que se desarrolla a partir de este tipo de célula.

CRIOCONSERVACION.- Utilización del frío intenso para congelar gametos o seres vivos en estado germinal durante largos periodos. En el caso de embriones humanos ya se han hecho experimentos congelándolos a temperaturas de -196 grados centígrados e implantándolos posteriormente en el útero materno. El primer nacimiento con este sistema tuvo lugar en 1984 en el "QUEENS VICTORIA HOSPITAL DE MELBOURNE", en donde nació Zoe, una niña cuyo embrión estuvo congelado durante dos meses. Sin embargo, el embrión humano que más tiempo ha estado congelado es el de Julian y Tricia Gunther, quien fue concebido en mayo de 1990 pero es cuatro años y dos meses de su concepción que llega al mundo Jennifer Gunther.

CROMOSOMA.- Cadena compuesta por ADN y proteínas que llevan genes, los cuales contienen la información para la formación de los individuos.

DERECHO

GENETICO.- Rama del derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano

DISPAREUNIA.- Falta de la participación de la mujer para el acoplamiento con su pareja.

ESTERILIDAD.- Incapacidad para concebir y que puede intentar corregirse médicamente por procedimientos terapéuticos o quirúrgicos.

FECUNDACION.- Es la unión del óvulo y espermatozoide. En ese mismo momento comienza una nueva vida. Después de la ovulación, el óvulo pasa a la trompa de Falopio y viaja hacia la cavidad uterina ayudado por pequeñas contracciones musculares de la cavidad tubérica. La fecundación tiene lugar normalmente en el tercio externo de la trompa, a donde llegan gran número de espermatozoides después de la relación sexual. Para que se produzca la fecundación es necesario que haya una gran concentración de espermatozoides (varios millones). Sólo un espermatozoide penetra en el óvulo a través de la zona pelúcida, formándose después una membrana en la superficie del óvulo que lo hace impenetrable para otros espermatozoides. A continuación, progresa hacia la cavidad uterina, en donde se implantará al cabo de una o dos semanas después de la fecundación.

FECUNDACION "IN VITRO".- Proceso médico científico por el cual el óvulo extraído de los ovarios de la mujer es fertilizado con

semen en forma extracorpórea con la finalidad a posteriori de ser colocado dentro del útero de la mujer.

FERTILIDAD.- Capacidad de llevar a término el producto de la concepción.

FIVET HETERÓLOGA.- Implica la donación del semen o del óvulo de ambas cosas a la vez. Se recurre a ella en caso de patologías más complicadas. Cuando no se da el proceso de ovulación, se recurre a la donación de óvulo ajeno. Cuando se da aspermia u oligospermia en el varón se recurre a semen de donante. Cuando la patología se da en el útero de la mujer, se recurre a la madre sustituta; en este último caso la mujer puede ser apta para la fecundación pero no para llevar a término la gestación.

FIVET HOMÓLOGA.- Realizada con los gametos del marido y la mujer.

GENÉTICA.- Rama de la biología que estudia la herencia biológica, en cuanto a la constitución del fenotipo y genotipo

IMPOTENCIA COEUNDI.- Falta de capacidad para realizar la cópula sexual.

IMPOTENCIA GENERANDI.- Falta de capacidad para fecundar a la mujer.

LAPAROSCOPIA. - Método artificial para recoger el óvulo de los ovarios. El laparoscopio es un aparato que se introduce por vía umbilical y permite visualizar los ovarios y examinar el aspecto y tamaño de los folículos. Tras este estudio, se introduce una cánula-aguja con la que se pincha al folículo y se aspira su contenido (óvulo y líquido folicular).

MOTILIDAD ESPERMATOZOIDAL. - Movimiento de los espermatozoides en el líquido seminal eyaculado para llegar al óvulo y fecundarlo.

OLIGOSPERMIA. - Cantidad reducida de espermatozoides en el líquido seminal. Hace difícil la fecundación del óvulo.

TRANSFERENCIA

EMBRIONARIA.- Técnica biomédica que consiste en llevar los embriones humanos producto de la fecundación in vitro al interior del útero.

CAPÍTULO III: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El presente trabajo de investigación se realizó en el ámbito del distrito judicial de Tacna, para ello se vieron las condiciones para la aplicación del instrumento de recolección de información en el diseño muestral de las unidades de análisis propuestas, luego se procedió al análisis estadístico descriptivo de las variables y sus indicadores, materia de este estudio, utilizando el programa SPSS 20.0 y subrutinas programadas en EXCEL.

Por lo tanto, en el cumplimiento de lo propuesto en la investigación, dentro del análisis descriptivo, se presenta en forma resumida los estadísticos descriptivos obtenidos en la muestra para cada una de las variables.

En el presente capítulo, se estudia la fecundación in vitro, como la variable independiente y el Derecho Familiar como la variable dependiente de la investigación, para lo cual, se presenta información correspondiente a las variables, por lo cual se detalla la aplicación de instrumentos y estadísticos utilizados para comprobar las hipótesis propuestas, realizando para ello el análisis de los resultados del cuestionario aplicado a la muestra.

3.1 Análisis y Discusión de las Encuestas

Tabla N° 01

¿Considera Ud. que la fecundación in Vitro homóloga se debe aplicar en casos de esterilidad comprobada, respetando los derechos de los padres biológicos?

INDICADORES	MAGISTRADOS		FISCALES		ABOGADOS	
	F	%	F	%	F	%
SI	31	77.50	20	62.50	650	81.25
NO	9	22.50	12	37.50	150	11.33
NO SABE	0	0	0	0	0	0
TOTAL	40	100.00	32	100.00	800	100.00

FUENTE: Encuesta a las unidades de Análisis

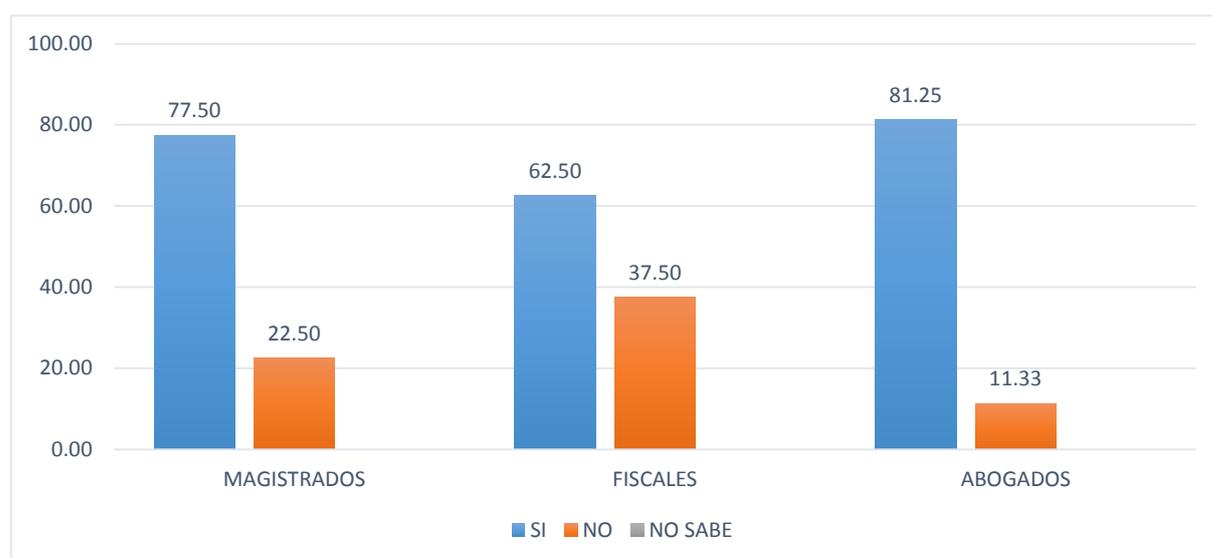


Figura N° 01

Análisis e interpretación

Según la tabla N° 01: Tenemos que un 77.50% de magistrados, un 62.50% de fiscales y un 81.25% de abogados respondieron que “Sí”; un 22.50% de magistrados, un 37.50% de fiscales y un 11.33% expresaron que “No”. En definitiva, podemos afirmar que la mayoría de encuestados consideran que la fecundación in vitro se debe realizar, para los casos de esterilidad comprobada debiéndose respetar los derechos que las asisten a los padres biológicos.

Tabla N° 02

¿Considera Ud. que la FIV debe ser sólo para parejas estables que no pueden tener descendencia?

INDICADORES	MAGISTRADOS		FISCALES		ABOGADOS	
	F	%	F	%	F	%
SI	28	70.00	17	53.12	620	77.50
NO	12	30.00	15	46.88	180	22.50
NO SABE	0	0	0	0	0	0
TOTAL	40	100.00	32	100.00	800	100.00

FUENTE: Encuesta a las unidades de Análisis.

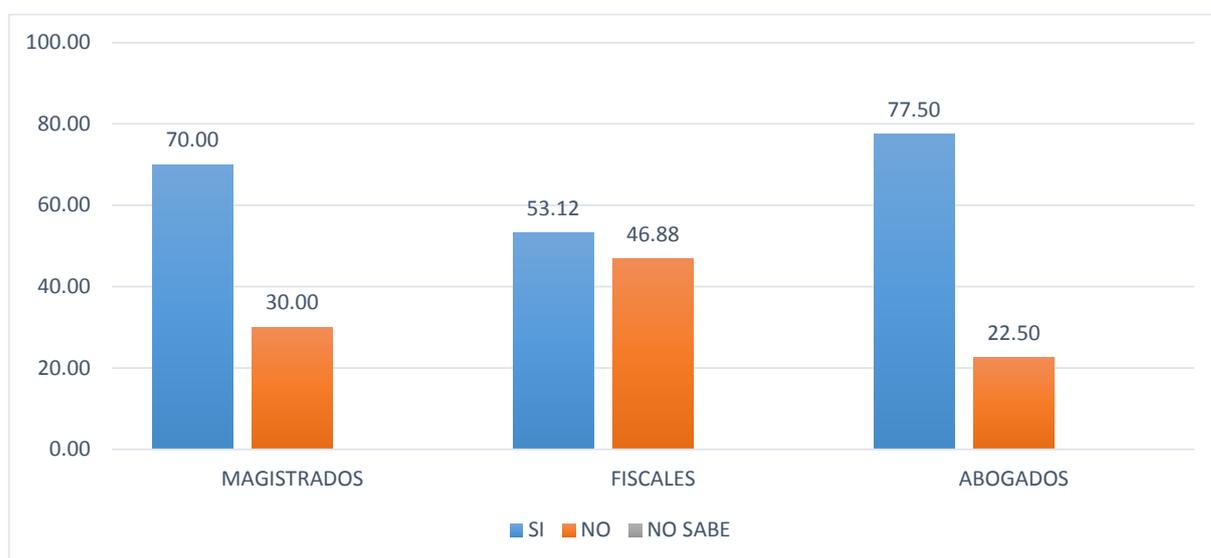


Figura N° 02

Análisis e interpretación

Según la tabla N° 02: Podemos apreciar que un 70.00% de magistrados, un 53.12% de fiscales y un 77.50% de abogados, respondieron que “Sí”; mientras que 30.00% de magistrados, un 46.88% de fiscales y un 22.50% de abogados expresaron que “No”. Por lo cual podemos afirmar que la mayoría de encuestados consideran que la fecundación in vitro debe ser solamente para parejas estables, las cuales no pueden tener descendencia, y con este proceso lograrían el anhelo de tener un hijo.

Tabla N° 03

¿Considera Ud. que el consentimiento del marido de la madre del nacido in Vitro debe ser de buena fe, en la determinación de la relación paterno-filial?

INDICADORES	MAGISTRADOS		FISCALES		ABOGADOS	
	F	%	F	%	F	%
SI	36	90.00	29	90.62	680	85.00
NO	4	10.00	3	9.38	120	15.00
NO SABE	0	0	0	0	0	0
TOTAL	40	100.00	32	100.00	800	100.00

FUENTE: Encuesta a las unidades de Análisis

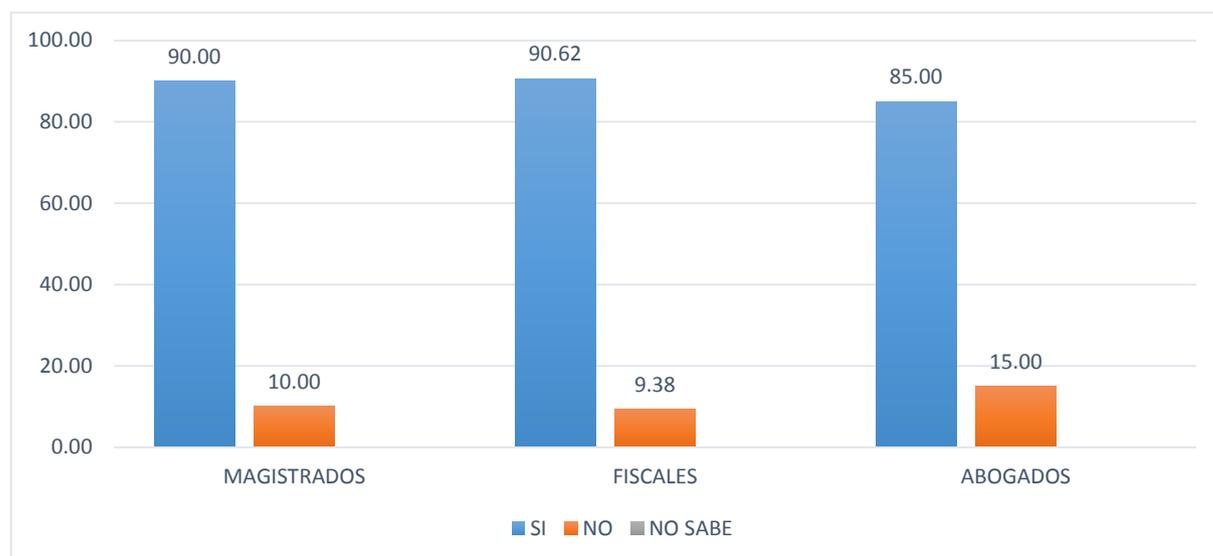


Figura N° 03

Análisis e interpretación

Según la tabla N° 03: Tenemos que un 90.00% de magistrados, un 90.62% fiscales y un 85.00% de abogados respondieron que "Sí"; un 10.00% de magistrados, un 9.38% de fiscales y un 15.00% de abogados expresaron que "No". En definitiva, podemos afirmar que la mayoría de encuestados consideran que el consentimiento del marido de la madre del nacido in vitro debe ser de buena fe para la determinación de la relación paterno filial.

Tabla N° 4

¿Considera Ud. que cuando la FIV se practica con el consentimiento del esposo, al nacido in Vitro se debe considerar como hijo matrimonial de la madre y su marido?

INDICADORES	MAGISTRADOS		FISCALES		ABOGADOS	
	F	%	F	%	F	%
SI	28	70.00	22	68.75	665	83.12
NO	10	25.00	6	18.75	100	12.50
NO SABE	2	5.00	4	12.50	35	4.38
TOTAL	40	100.00	32	100.00	800	100.00

FUENTE: Encuesta a las unidades de Análisis

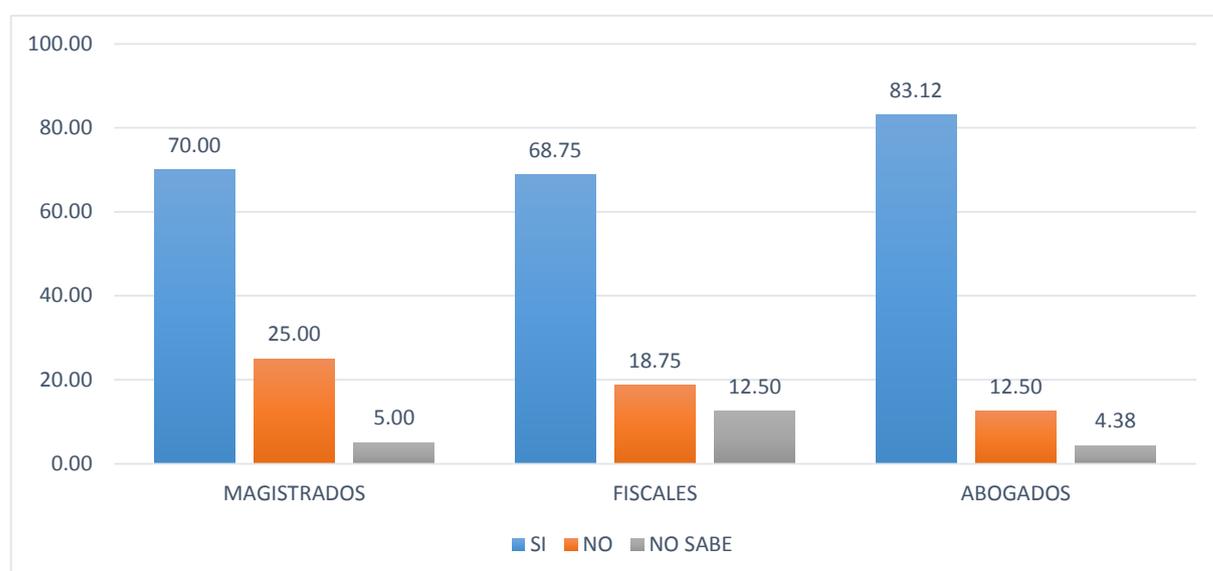


Figura N° 04

Análisis e interpretación

En la tabla N° 04: Podemos apreciar que un 70.00% de magistrados, un 68.75% de fiscales y un 83.13% de abogados, respondieron que “Sí”; mientras que 25.00% de magistrados, un 18.75% de fiscales y un 12.50% de abogados expresaron que “No”; así mismo un 5.00% de magistrados, un 12.50% de fiscales y un 4.38% de abogados respondieron que “No saben”. Por lo cual podemos afirmar que la mayoría de encuestados si considera que cuando la fecundación in vitro se realiza con el consentimiento del esposo, al nacido in vitro se lo debe considerar como hijo matrimonial de la madre y su marido.

Tabla N° 05

¿Considera Ud. que el consentimiento del marido de la Madre biológica debe ser por escrito y notarial, para determinar la filiación matrimonial del nacido por FIV?

INDICADORES	MAGISTRADOS		FISCALES		ABOGADOS	
	F	%	F	%	F	%
SI	34	85.00	21	65.63	705	88.12
NO	2	5.00	10	31.24	83	10.38
NO SABE	4	10.00	1	3.13	12	1.50
TOTAL	40	100.00	32	100.00	800	100.00

FUENTE: Encuesta a las unidades de Análisis

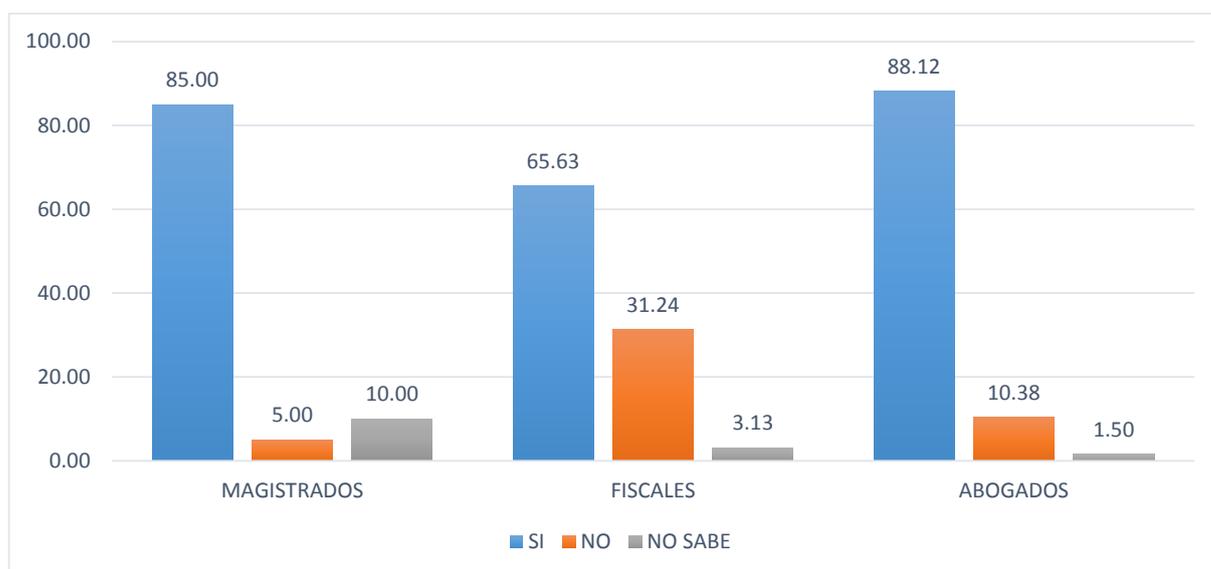


Figura N° 05

Análisis e interpretación

En la tabla N° 05: Podemos apreciar que un 85.00% de magistrados, un 65.63% de fiscales y un 88.12% de abogados, respondieron que "Sí"; mientras que 5.00% de magistrados, un 31.24% de fiscales y un 10.38% de abogados expresaron que "No"; así mismo un 10.00% de magistrados, un 3.13% de fiscales y un 1.50% de abogados respondieron que "No saben". Por lo cual podemos afirmar que la mayoría de encuestados si consideran que es importante que el consentimiento del marido de la madre biológica debe ser por escrito y notarial, para determinar la filiación matrimonial del nacido por fecundación in vitro.

Tabla N° 06

¿Considera Ud. que se debe respetar la integridad física, psíquica y moral del nacido in Vitro, para proteger el interés superior del niño?

INDICADORES	MAGISTRADOS		FISCALES		ABOGADOS	
	F	%	F	%	F	%
SI	28	70.00	24	75.00	610	76.25
NO	9	22.50	5	15.62	100	12.50
NO SABE	3	7.50	3	9.38	90	11.25
TOTAL	40	100.00	32	100.00	800	100.00

FUENTE: Encuesta a las unidades de Análisis

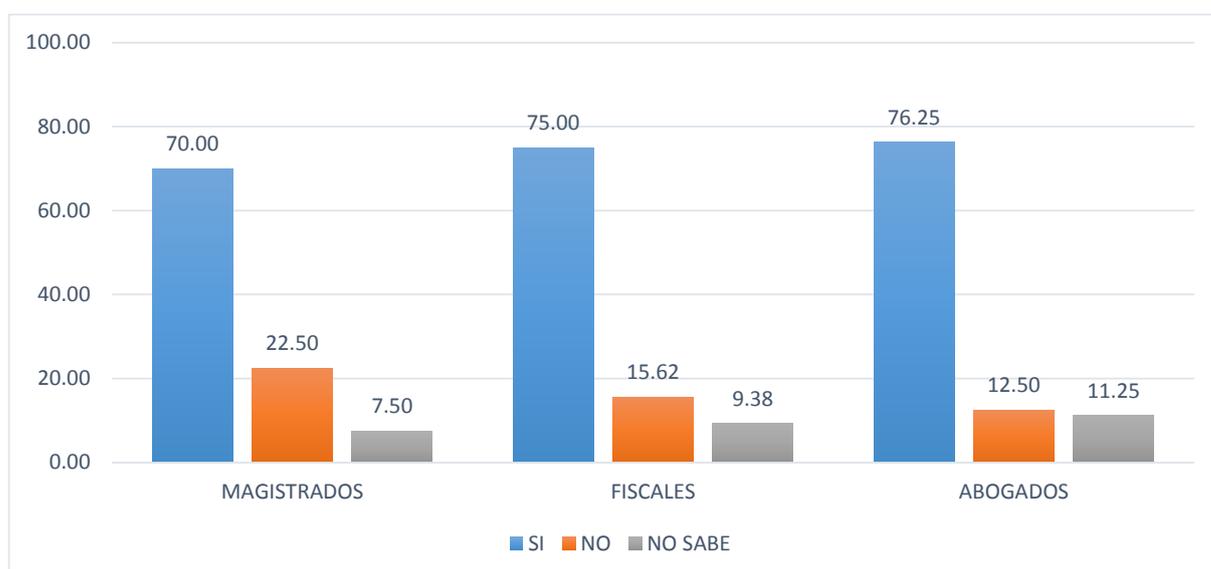


Figura N° 06

Análisis e interpretación

En la tabla N° 06: Podemos apreciar que un 70.00% de magistrados, un 75.00% de fiscales y un 76.25% de abogados, respondieron que “Sí”; mientras que 22.50% de magistrados, un 15.62% de fiscales y un 12.50% de abogados expresaron que “No”; así mismo un 7.50% de magistrados, un 9.38% de fiscales y un 11.25% de abogados respondieron que “No saben”. Por lo cual podemos afirmar que la mayoría de encuestados expresan que se debe respetar la integridad física, psíquica y moral al nacido in vitro.

Tabla N° 07

¿Considera Ud. que en el proceso FIV heteróloga la participación del donante (óvulo o semen) debe ser anónimo para evitar responsabilidades futuras?

INDICADORES	MAGISTRADOS		FISCALES		ABOGADOS	
	F	%	F	%	F	%
SI	31	77.50	25	78.13	620	77.50
NO	7	17.50	5	15.62	110	13.75
NO SABE	2	5.00	2	6.25	70	8.75
TOTAL	40	100.00	32	100.00	800	100.00

FUENTE: Encuesta a las unidades de Análisis

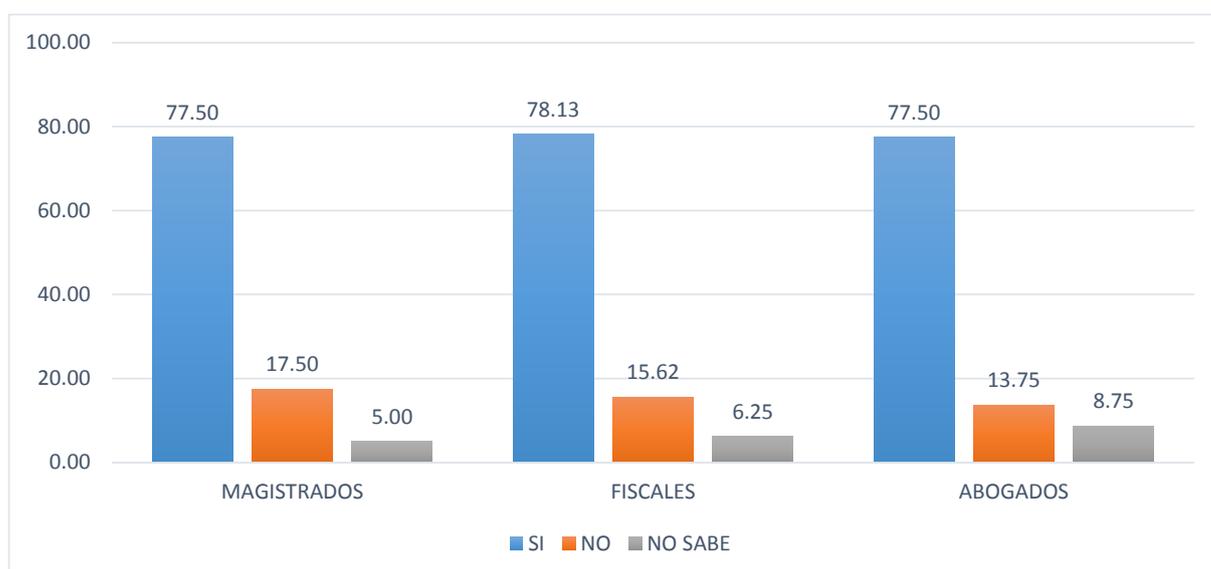


Figura N° 07

Análisis e interpretación

En la tabla N° 07: Podemos apreciar que un 77.50% de magistrados, un 78.13% de fiscales y un 77.50% de abogados, respondieron que “Sí”; mientras que 17.50% de magistrados, un 15.62% de fiscales y un 13.75% de abogados expresaron que “No”; así mismo un 5.00% de magistrados, un 6.25% de fiscales y un 8.75% de abogados respondieron que “No saben”. Por lo cual podemos afirmar que la mayoría de encuestados considera que dentro del proceso de fecundación in vitro heteróloga, la participación del donante ya sea del óvulo o semen, debe ser anónima, con la finalidad de evitar responsabilidades futuras.

Tabla N° 08

¿Considera Ud. que la FIV como derecho a la procreación se debe insertar en los derechos de la personalidad?

INDICADORES	MAGISTRADOS		FISCALES		ABOGADOS	
	F	%	F	%	F	%
SI	27	67.50	24	75.00	705	88.12
NO	9	22.50	7	21.88	90	11.25
NO SABE	4	10.00	1	3.12	5	0.63
TOTAL	40	100.00	32	100.00	800	100.00

FUENTE: Encuesta a las unidades de Análisis

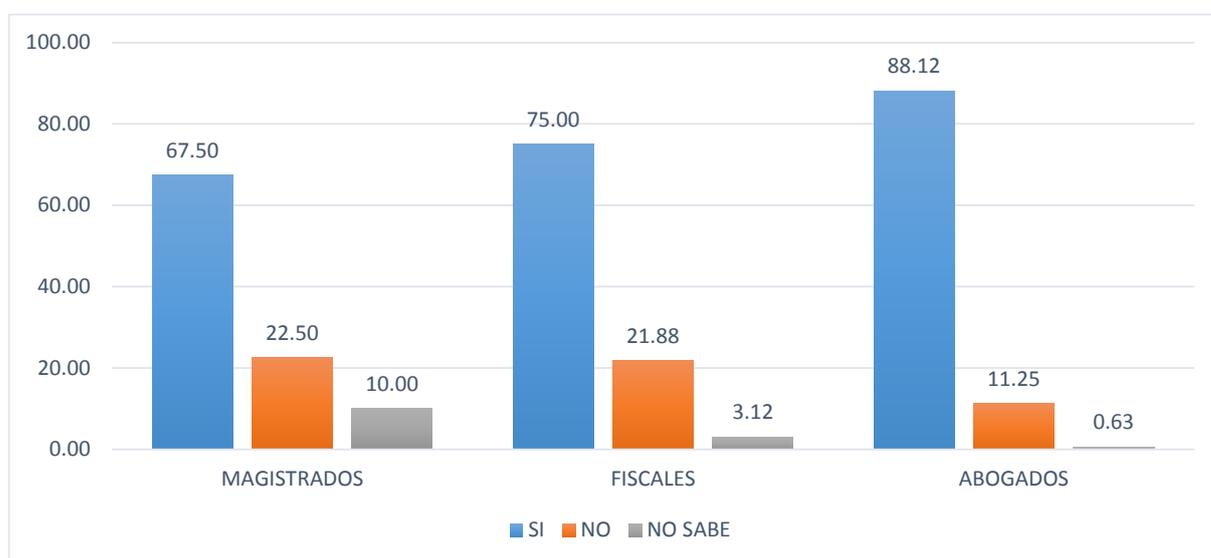


Figura N° 08

Análisis e interpretación

En la tabla N° 08: Podemos apreciar que un 67.50% de magistrados, un 75.00% de fiscales y un 88.12% de abogados, respondieron que “Sí”; mientras que 22.50% de magistrados, un 21.88% de fiscales y un 11.25% de abogados expresaron que “No”; así mismo un 10.00% de magistrados, un 3.12% de fiscales y un 0.63% de abogados respondieron que “No saben”. Por lo cual podemos afirmar que la mayoría de encuestados considera que la fecundación in vitro como derecho a la procreación se debe insertar en los derechos de la personalidad.

Tabla N° 09

¿Se debe regular la filiación del nacido por fecundación in Vitro por ser su derecho constitucional?

INDICADORES	MAGISTRADOS		FISCALES		ABOGADOS	
	F	%	F	%	F	%
SI	31	77.50	24	75.00	620	77.50
NO	5	12.50	6	18.75	95	11.88
NO SABE	4	10.00	2	6.25	85	10.62
TOTAL	40	100.00	32	100.00	800	100.00

FUENTE: Encuesta a las unidades de Análisis

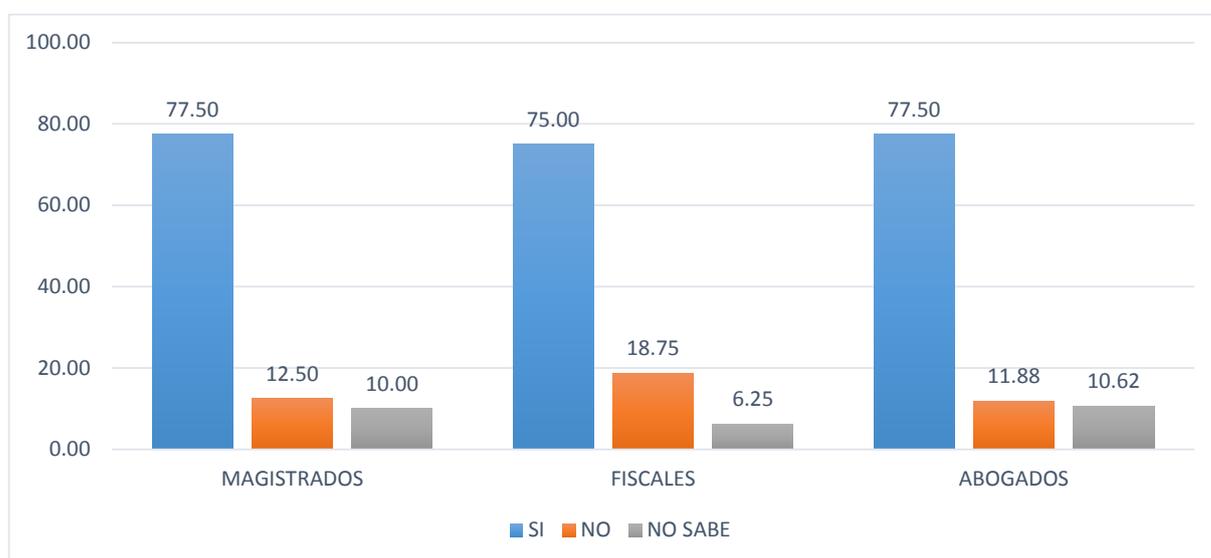


Figura N° 09

Análisis e interpretación

En la tabla N° 09: Podemos apreciar que un 77.50% de magistrados, un 75.00% de fiscales y un 77.50% de abogados, respondieron que “Sí”; mientras que 12.50% de magistrados, un 18.75% de fiscales y un 11.88% de abogados expresaron que “No”; así mismo un 10.00% de magistrados, un 6.25% de fiscales, y un 10.62% de abogados respondieron que “No saben”. Por lo cual podemos afirmar que la mayoría de encuestados considera que se debe regular jurídicamente la filiación del nacido por fecundación in vitro por ser un derecho constitucional.

Tabla N° 10

¿Considera Ud. que la paternidad del nacido in Vitro heteróloga debe darse por el marido de la madre, antes del proceso fecundativo (FIV)?

INDICADORES	MAGISTRADOS		FISCALES		ABOGADOS	
	F	%	F	%	F	%
SI	36	90.00	26	81.25	689	86.13
NO	3	7.50	2	6.25	90	11.25
NO SABE	1	2.50	4	12.50	21	2.62
TOTAL	40	100.00	32	100.00	800	100.00

FUENTE: Encuesta a las unidades de Análisis

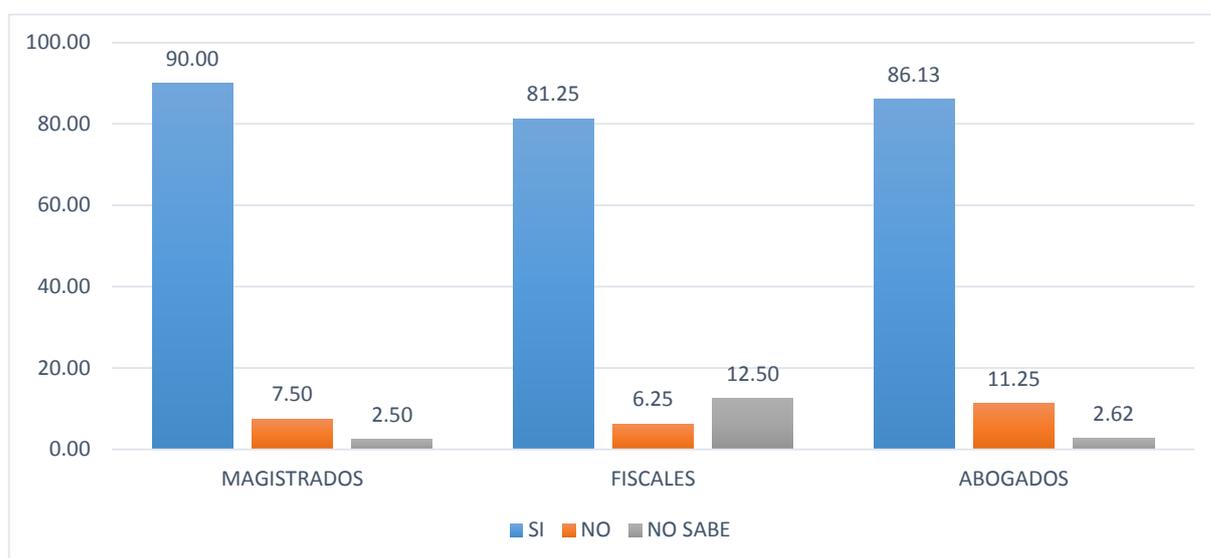


Figura N° 10

Análisis e interpretación

En la tabla N° 10: Podemos apreciar que un 90.00% de magistrados, un 81.25% de fiscales y un 86.13% de abogados, respondieron que “Sí”; mientras que 7.50% de magistrados, un 6.25% de fiscales y un 11.25% de abogados expresaron que “No”; así mismo un 2.50% de magistrados, un 12.50% de fiscales y un 2.62% de abogados respondieron que no saben. Por lo cual podemos afirmar que la mayoría de encuestados considera que la paternidad del nacido por fecundación in vitro heteróloga debe darse por el marido de la madre antes del proceso fecundativo asistido.

Tabla N° 11

¿Considera Ud. que la jurisprudencia comparada puede llenar los vacíos legales referentes a la determinación de la filiación del nacido por FIV?

INDICADORES	MAGISTRADOS		FISCALES		ABOGADOS	
	F	%	F	%	F	%
SI	37	92.50	27	84.38	705	88.13
NO	2	5.00	2	6.25	25	3.12
NO SABE	1	2.50	3	9.37	70	8.75
TOTAL	40	100.00	32	100.00	800	100.00

FUENTE: Encuesta a las unidades de Análisis

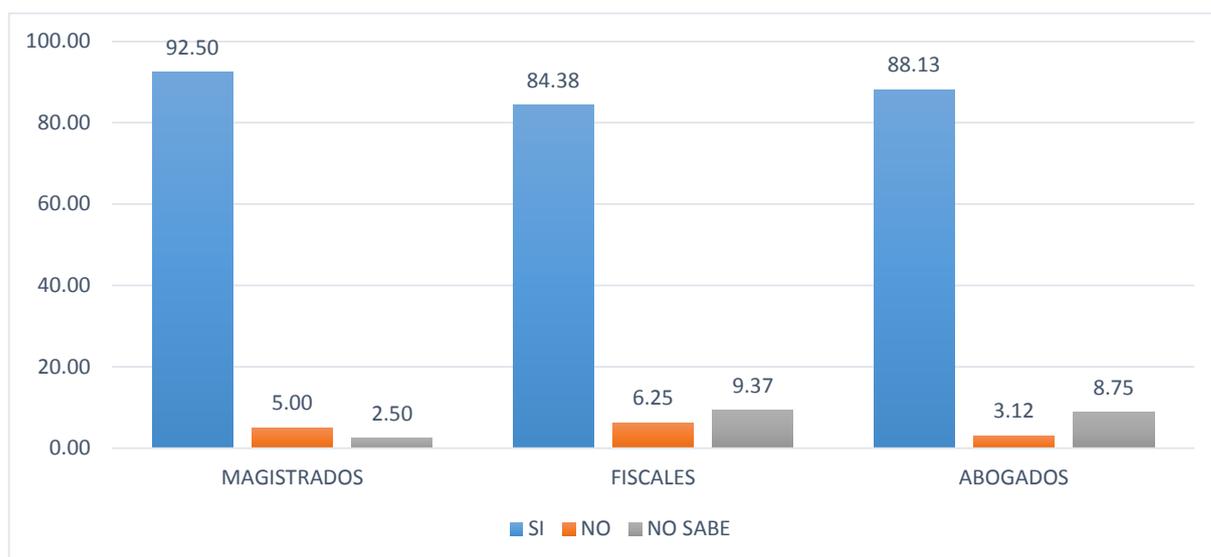


Figura N° 11

Análisis e interpretación

En la tabla N° 11: Podemos apreciar que un 92.50% de magistrados, un 84.38% de fiscales y un 88.13% de abogados, respondieron que “Sí”; mientras que 5.00% de magistrados, un 6.25% de fiscales y un 3.12% de abogados, expresaron que “No”; así mismo un 2.50% de magistrados, un 9.37% de fiscales y un 8.75% de abogados respondieron que ‘No saben’. Por lo cual podemos afirmar que la mayoría de encuestados no consideran que la jurisprudencia comparada puede llenar los vacíos legales referentes a la determinación del nacido por fecundación in vitro.

Tabla N° 12

¿Considera Ud. necesario y oportuno dado el avance de la biotecnología que deben regularse jurídicamente las relaciones paterno filiales del nacido in Vitro?

INDICADORES	MAGISTRADOS		FISCALES		ABOGADOS	
	F	%	F	%	F	%
SI	36	90.00	27	84.38	705	88.13
NO	2	5.00	2	6.25	25	3.12
NO SABE	2	5.00	3	9.37	70	8.75
TOTAL	40	100.00	32	100.00	800	100.00

FUENTE: Encuesta a las unidades de Análisis

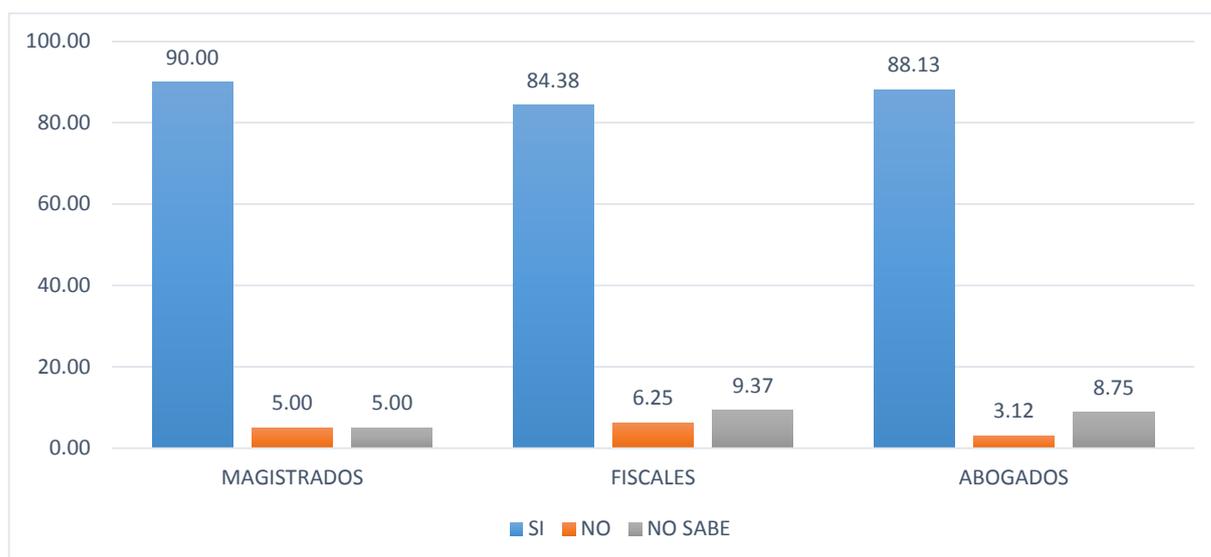


Figura N° 12

Análisis e interpretación

En la tabla N° 12: Podemos observar que un 90.00% de magistrados, un 84.38% de fiscales y un 88.13% de abogados, respondieron que “Sí”; mientras que 5.00% de magistrados, un 6.25% de fiscales y un 3.12% de abogados expresaron que “No”; así mismo un 5.00% de magistrados, un 9.37% de fiscales y un 8.75% de abogados expresaron que “No saben”. En definitiva afirmar que la mayoría de encuestados, considera que es necesario y oportuno debido al avance de las practicas biomédicas en cuanto la fecundación in vitro, por lo que deben regularse jurídicamente las relaciones paterno filiales del nacido in vitro.

Tabla N° 13

Considera Ud. que el marido de la madre que ha dado su consentimiento escrito y notarial no podrá impugnar su paternidad con el nacido por FIV?

INDICADORES	MAGISTRADOS		FISCALES		ABOGADOS	
	F	%	F	%	F	%
SI	33	82.50	26	81.25	680	85.00
NO	5	12.50	4	12.50	95	11.88
NO SABE	2	5.00	2	6.25	25	3.12
TOTAL	40	100.00	32	100.00	800	100.00

FUENTE: Encuesta a las unidades de Análisis

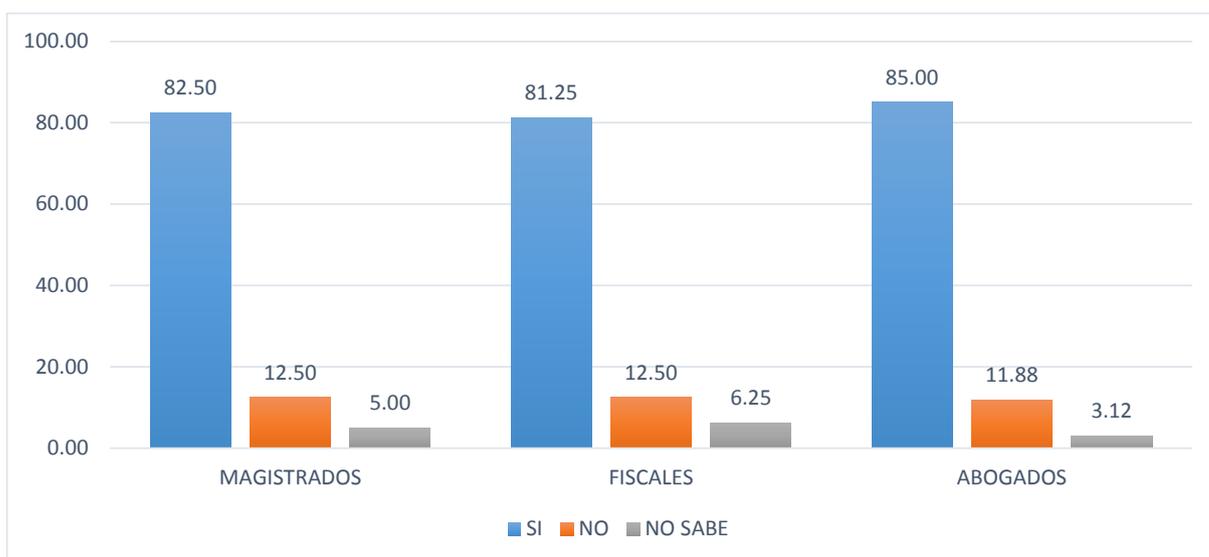


Figura N° 13

Análisis e interpretación

En la tabla N° 13: Podemos apreciar que un 82.50% de magistrados, un 81.25% de fiscales y un 85.00% de abogados, respondieron que "Sí"; mientras que 12.50% de magistrados, un 12.50% de fiscales y un 11.88% de abogados expresaron que "No"; así mismo un 5.00% de magistrados, un 6.25% de fiscales, y un 3.12% de abogados respondieron que "No saben". Por lo cual podemos afirmar que la gran mayoría de encuestados refiere que si el marido de la madre que ha dado su consentimiento escrito y notarial no podrá impugnar su paternidad del nacido por fecundación in vitro.

Tabla N° 14

¿Considera Ud. que el ser humano, como realidad ontológica está fuera de todo tipo de comercio, en el caso del concebido FIV?

INDICADORES	MAGISTRADOS		FISCALES		ABOGADOS	
	F	%	F	%	F	%
SI	28	70.00	25	78.13	670	83.75
NO	7	17.50	5	15.62	90	11.25
NO SABE	5	12.50	2	6.25	40	5.00
TOTAL	40	100.00	32	100.00	800	100.00

FUENTE: Encuesta a las unidades de Análisis

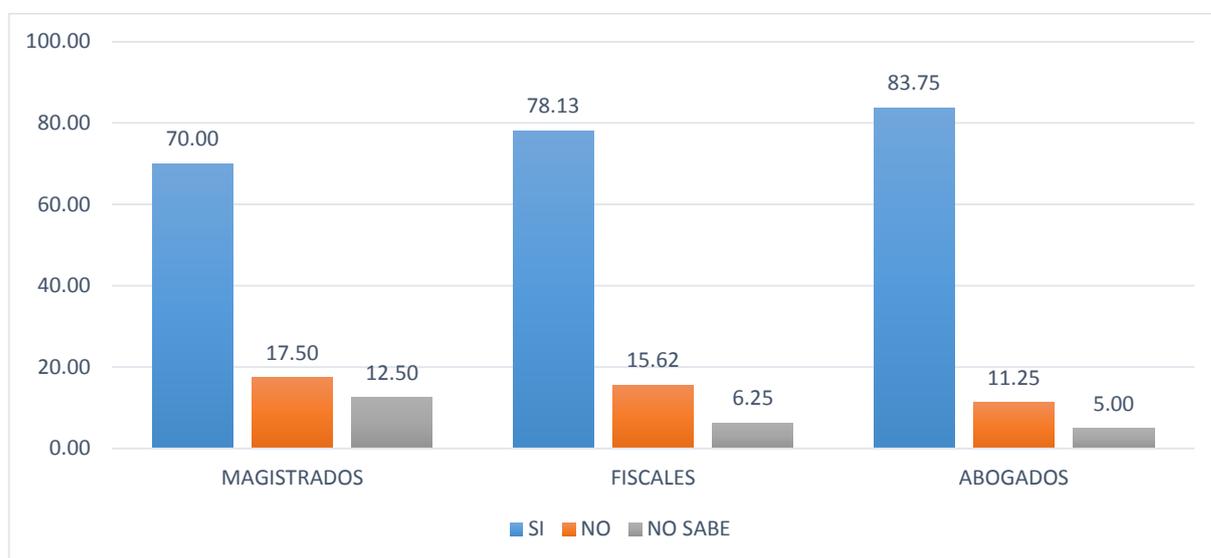


Figura N° 14

Análisis e interpretación

En la tabla N° 14: Podemos apreciar que un 70.00% de magistrados, un 78.13% de fiscales y un 83.75% de abogados, respondieron que “Sí”; mientras que 17.50% de magistrados, un 15.62% de fiscales y un 11.25% de abogados expresaron que “No”; así mismo un 12.50% de magistrados, un 6.25% de fiscales y un 5.00% de abogados respondieron que “No saben”. Por lo cual podemos afirmar que la mayoría de encuestados considera que el ser humano, como realidad ontológica esta fuera de todo tipo de comercio, esto es, en el caso del concebido por fecundación in vitro.

Tabla N° 15

¿Considera Ud. que Los embriones sobrantes en la práctica FIV debe tratarse con un criterio de dignidad humana dentro de la procreación in Vitro?

INDICADORES	MAGISTRADOS		FISCALES		ABOGADOS	
	F	%	F	%	F	%
SI	28	70.00	18	56.25	690	86.25
NO	12	30.00	14	45.45	110	13.75
NO SABE	0	0.00	0	0.00	0	0.00
TOTAL	40	100.00	32	100.00	800	100.00

FUENTE: Encuesta a las unidades de Análisis

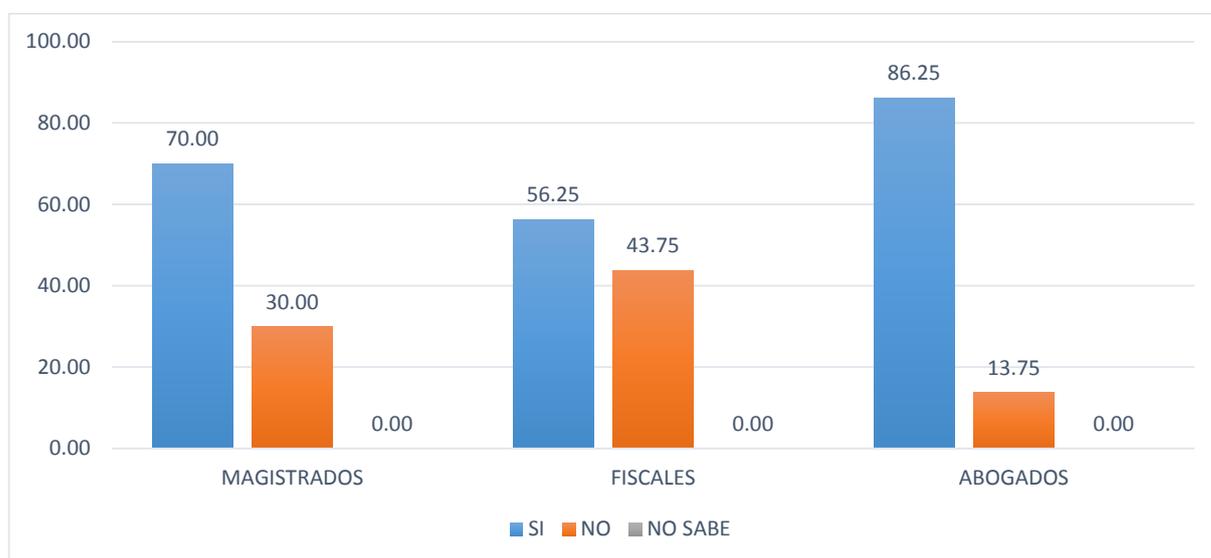


Figura N° 15

Análisis e interpretación

Según la tabla N° 15: Considera que si se afecta la buena fe procesal para obtener una sentencia que afecte a terceros, es procedente del fraude procesal. Podemos apreciar que un 70.00% de magistrados, un 56.25% de fiscales y un 86.25% de abogados, respondieron que “Sí”; mientras que 30.00% de magistrados, un 43.75% de fiscales y un 13.75% de abogados expresaron que “No”. Por lo cual podemos afirmar que la mayoría de encuestados consideran que los embriones sobrantes en la práctica de FIV debe tratarse con la dignidad humana dentro de la procreación in vitro.

Tabla N° 16

¿Considera Ud. que el embrión humano FIV debe tener protección jurídica frente a la investigación y la experimentación científica?

INDICADORES	MAGISTRADOS		FISCALES		ABOGADOS	
	F	%	F	%	F	%
SI	30	75.00	26	81.25	670	83.75
NO	8	20.00	4	12.50	95	11.88
NO SABE	2	5.00	2	6.25	35	4.37
TOTAL	40	100.00	32	100.00	800	100.00

FUENTE: Encuesta a las unidades de Análisis

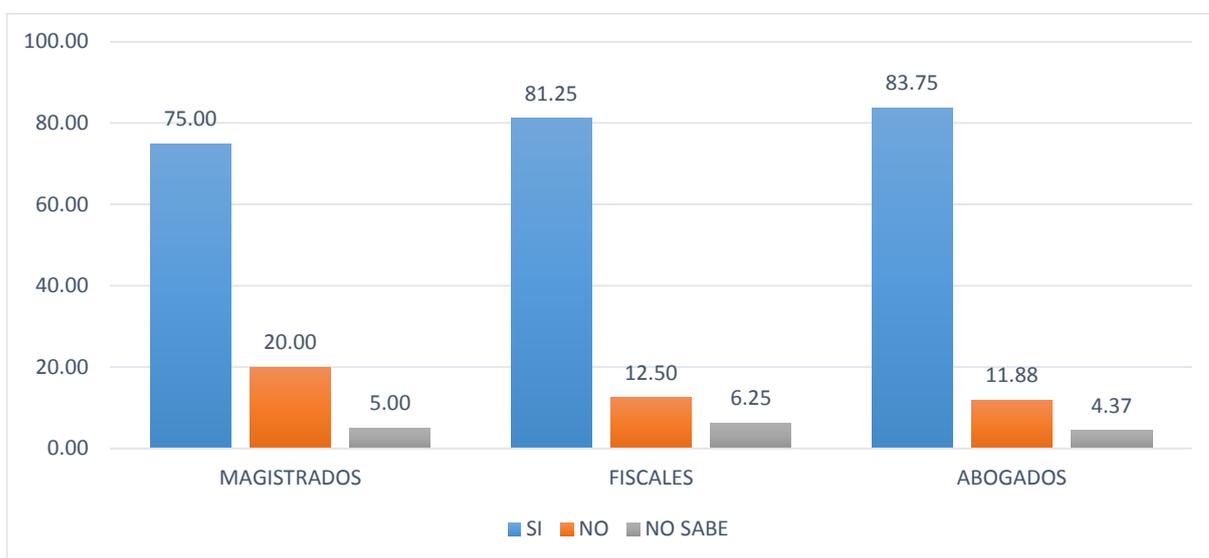


Figura N° 16

Análisis e interpretación

En la tabla N° 16: Podemos apreciar que un 75.00% de magistrados, un 81.25% de fiscales y un 83.75% de abogados, respondieron que “Sí”; mientras que 20.00% de magistrados, un 12.50% de fiscales y un 11.88% de abogados expresaron que “No”; así mismo un 5.00% de magistrados, un 6.25% de fiscales y un 4.37% de abogados respondieron que “No saben”. Por lo cual podemos afirmar que la mayoría de encuestados si considera que el embrión humano FIV debe tener la protección jurídica frente a las investigaciones biomédicas y la experimentación biotecnológica.

3.2 Prueba estadística de hipótesis

3.2.1 Comprobación de hipótesis específica a)

H_0 = Si no hay el consentimiento voluntario y expreso del marido de la madre biológica en el proceso de FIV homólogo, entonces el nacido no tendrá filiación matrimonial.

H_1 = Si hay el consentimiento voluntario y expreso del marido de la madre biológica en el proceso de FIV homólogo, entonces el nacido tendrá filiación matrimonial.

De acuerdo a la tabla 9, el 77.50 % de magistrados, el 75.00 % de fiscales y el 77.50% de abogados, consideran que se debe regular la filiación del nacido in vitro y con ello respetar sus derechos constitucionales. En la tabla 3, el 90.00% de magistrados, el 90.62% de fiscales y el 85.00% de abogados, expresan que el consentimiento del marido de la madre del nacido in vitro debe ser de buena fe para la determinación de la relación paterno-filial; en la tabla 1, un 77.50% de magistrados, 62.50% de fiscales y un 81.25% de abogados, consideran que la fecundación in vitro homóloga se debe aplicar en casos de esterilidad comprobada, respetando los derechos de los padres biológicos; en la tabla 4, un 70.00% de magistrados, un 68.75% de fiscales y un 83.12% de abogados, expresan que cuando la FIV homóloga se ha practicado con el consentimiento del esposo, al nacido in vitro se le debe considerar como hijo matrimonial de la madre y su marido con lo cual, damos por verificada la hipótesis específica de investigación.

3.2.2 Comprobación de hipótesis específica b)

H_0 = Si no existe el consentimiento expreso y notarial del marido de la madre biológica en el proceso de FIV heterólogo, entonces el nacido no tendrá filiación matrimonial.

H_1 = Si existe el consentimiento expreso y notarial del marido de la madre biológica en el proceso de FIV heterólogo, entonces el nacido tendrá filiación matrimonial

Acorde, a la tabla 7, un 77.50% de magistrados, un 78.13% de fiscales y un 77.50% de abogados; en la tabla 13, un 82.50% de magistrados, un 81.25% de fiscales y un 85.00% de abogados; en la tabla 10, un 90.00% de magistrados, un 81.25% de fiscales y un 86.13% de abogados, expresan que el proceso FIV heteróloga la participación del donante ya sea ovulo o semen debe ser anónima para evitar responsabilidades futuras. Con la información precedente se da por confirmada la hipótesis de investigación b).

3.2.3 Comprobación de hipótesis específica c)

H_0 = Si no se regula jurídicamente la fecundación in vitro dentro del Derecho Familiar entonces los intervinientes en el proceso fecundativo extracorpóreo no tendrán protección jurídica.

H_1 = Si se regula jurídicamente la filiación en la fecundación in vitro dentro del Derecho Familiar entonces los intervinientes en el proceso fecundativo extracorpóreo tendrán protección jurídica.

En la tabla 9, un 77.50% de magistrados, un 75.00% de fiscales y un 77.50% de abogados; en la tabla 11, un 92.50% de magistrados, un 84.38% de fiscales y un 88.13% de abogados; en la tabla 12 un 90.00% de magistrados, un 84.38% de fiscales y un 88.13% de abogados; en la tabla 16, un 75.00% de magistrados, un 81.25% de fiscales y un 83.75% de abogados, refieren que se debe regular jurídicamente la fecundación in vitro, dentro del Derecho Familiar, para que los intervinientes en el proceso fecundativo extracorpóreo tengan protección jurídica.

Con la información precedente, damos por verificada nuestra hipótesis general de investigación:

Si se regula jurídicamente la conducta participativa de los intervinientes en el proceso fecundativo in vitro entonces se determinará las relaciones jurídicas de estos dentro del Derecho Familiar.

Podemos referir que hay una coincidencia en las unidades de estudio, ya que consideran que es urgente adoptar alguna solución mediate la

regulación jurídica, ya que hay una demanda social que es aceptable, la que se produce por el avance biomédico de la fecundación in vitro.

En definitiva, se debe considerar que el derecho a procrear, puede entenderse como una derivación de otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, la integridad física y a la libertad, por lo tanto, se debe regular jurídicamente la filiación en la fecundación in vitro, con los fundamentos bioéticos que respeten la vida humana y la integridad familiar, ya que es una realidad en nuestra sociedad ya que lo que no está prohibido está permitido.

Al respecto, los resultados obtenidos, podemos referir que la aplicación de la técnica de reproducción asistida, está acorde a las necesidades y avances sociales y tecnológicos, ya que esta técnica biomédica proporciona un grado de bienestar a parejas que buscan tener hijos, pero que tiene problemas para tenerlos.

Así tenemos, que hay una conceptualización genérica sobre la aplicación de la fecundación in vitro, ya que implica aspectos jurídicos sobre la filiación del nacido in vitro, en la relación de los intervinientes en el proceso fecundativo, en el caso, si se tratara de un donante en el caso de la fecundación in vitro heteróloga, allí habría la impugnación de paternidad por parte del marido de la madre.

3.3 Discusión de Resultados

Los resultados demuestran que el instrumento es válido para evaluar la fecundación in vitro, ya que cuenta con la validez de contenido, de constructo y de criterio, en todas sus dimensiones.

Según el juicio de expertos las dimensiones comprendidas en el instrumento, comprenden aspectos importantes de este proceso biomédico, y los indicadores consistentes con cada uno de las dimensiones medidas (validez de contenido).

Los porcentajes de las dimensiones muestran una correlación positiva alta entre sí, se deduce que miden el mismo constructo, no obstante no dejan de tener relativa independencia entre sí, lo que permite afirmar miden aspectos relativamente diferentes del mismo constructo, en referencia a la filiación del nacido in vitro.

De la misma manera, el tamaño de la muestra permite realizar un estudio que especifique adecuadamente el significado de los datos aquí presentados, al mismo tiempo se presenta los aspectos críticos de las relaciones positivas entre las variables de estudio, por lo que resulta necesario y oportuno la regulación jurídica de la filiación en el proceso fecundativo in vitro, lo que permitirá prescribir de manera expresa ese avance biomédico, ya que derecho y ciencia deben marchar de manera paralela, y evitar problemas futuros de filiación, ya que el nacido in vitro debe tener protección jurídica.

3.4 Conclusiones

PRIMERA. Se ha determinado que el avance de la Biociencia es insostenible y los descubrimientos médico-científicos se dan rápidamente, tal es el caso del proceso fecundativo “in vitro”, un moderno método conceptivo creado por la biotecnología para facilitar la procreación humana, cuando se dan condiciones biológicas, físicas o psicológicas que impiden la concepción por medio natural; por ello los biomédicos que participan en estas prácticas conceptivas no deberían considerar la intervención del Derecho, como un obstáculo al avance científico, cuyos efectos sociales necesitan ser regulados por este, ya que debe contener disposiciones normativas adecuadas a la realidad.

SEGUNDA. Se debe tener en cuenta, que la relación de parentesco se funda en la relación biológica, la cual es sustituida por el consentimiento que deberá prestar el cónyuge en la FIV heteróloga para el nacimiento de un hijo que genéticamente no es suyo, pero con el cual establecerá un vínculo parentesco legal que le dará los mismos derecho y obligaciones

que le corresponderán de ser el padre genético; es por eso que el cónyuge al no prestar su consentimiento, el cual debe ser expreso y voluntario y no renunciando a la posibilidad de ser el padre biológico y legal ya que no se puede imponer una paternidad que no desea , lo que justifica la contestación de la paternidad, quedando en consecuencia el nacido en calidad de hijo extramatrimonial.

TERCERA: Se ha comprobado que, con la intención de que no se repitan los hechos ocurridos en otros países, es imprescindible legislar sobre la fecundación in vitro, ya que representa un reto para el Derecho Familiar, teniendo en cuenta que la ciencia cumple la función básica de estar al servicio exclusivo del hombre y no el hombre al servicio del desarrollo científico; por lo tanto, se debe regular jurídicamente la norma que prescriba el procedimiento legal que se debe aplicar en cada caso que se presente, en las técnicas de reproducción asistida.

3.5 Recomendaciones

Resulta oportuno, plantear una propuesta de regulación jurídica, sobre las implicancias de la práctica fecundativa in vitro en el Derecho Familiar, expresamente en la filiación del nacido in vitro, para lo cual, presentamos el anteproyecto de Ley y el proyecto de Ley, lo que constituye un modesto aporte, al tratamiento de esta técnica de reproducción humana asistida, ya que hay un vacío legal al respecto.

ANTEPROYECTO DE LEY

PROPUESTA LEGISLATIVA PARA MODIFICAR LOS ARTICULOS: 284, 337, 361, 362, 363,366 Y 370 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

1. Artículo 284 actual: “el matrimonio invalido produce efectos civiles respecto de los conyugues e hijos si se contrajo de buena fe. Como si fuese un matrimonio valido disuelto por divorcio. Si hubo mala fe en uno de los conyugues, el matrimonio no produce efectos en su favor, pero si al respecto de otro y de los hijos. El error de derecho no perjudica la buena fe”

1.1. Análisis del artículo:

En lo referido a la invalidez del matrimonio, existen causales por las cuales un matrimonio deviene en nulo o anulable desde su celebración, las cuales están taxativamente consideradas en nuestro Código, pero, con un criterio de protección y humanitario con que este ha sido revestido, considera la protección legal del conyugue que obro de buena fe para la celebración del matrimonio, así como de los hijos producto del mismo, ahora, centrándonos en el tema que nos ocupa, pensamos que esta protección debe ser extensiva para el niño por fecundación in vitro dentro de un matrimonio nulo, sin que haya mediado al consentimiento del marido, ya que por la razones anteriores expuestas, nuestros legisladores no han considerado esta situación, pero el espíritu de la ley es proteger al desvalido, la misma que debe hacer extensiva para el nacido en la situación indicada, además de que no se puede negar el derecho a la maternidad de la mujer, motivo por el cual aunque no haya mediado el consentimiento del marido en este caso y se advierta la mala fe por parte de la madre para lograr esta concepción de este niño, y la obediencia a la cual están obligados los conyugues dentro del matrimonio, razones estas que no probarían de la protección al nacido aun dentro de este matrimonio nulo, y sin privar del derecho a contestar la paternidad por parte del marido, el nacido deberá gozar de derechos que la ley le concede con respecto del esposo de la madre, hasta que se pronuncie resolución que

declare fundada la contestación de la paternidad, interpuesta por el presunto padre, sin probársele del amparo que al mismo le otorga el artículo 284 de nuestro Código Civil.

2. Artículo 337 actual: “la servicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos conyugues”

- 2.1. Análisis del artículo:

Al respecto, como fue señalado en el punto correspondiente, si bien mediante este procedimiento fecundativo y en las condiciones antes expuestas, introduce en la familia un ser biológico y legalmente extraño al marido, no puede calificársele como adulterio, pues no se da el requisito esencial para tipificarlo dentro de esta causal, el cual es el trato sexual de la conyugue con persona distinta al marido, aunque si bien tiene como consecuencia la concepción de un hijo que no es el del marido, no se da el exceso carnal que es el que motiva la condena y sanción del conyugue adultero, entonces no se tipificaría como adulterio y conforme fue expuesto en este caso, se configuraría la causal de injuria grave, para solicitar el divorcio, por cuanto no se debe atenderse como injuria grave a las ofensas verbales, escritas o las acciones de hecho como la agresión hasta el conyugue, a las cuales únicamente se remiten algunos tratadistas, sino también debe entenderse como tal a los actos que sin llegar al maltrato físico, o al insulto resultan realmente ofensivas, y denigrantes para la dignidad del conyugue, tales como concurrir al uso de este método de concepción cuando el conyugue es realmente apto para lograr una concepción normal con ayuda de la ciencia, ya que el hecho de llegar a una fecundación in vitro heterologa y sin consentimiento del marido en las anteriores condiciones, no solo ofende gravemente su dignidad, sino también su integridad psicológica y moral, por lo que consideramos se deberá observar esta situación dentro de nuestro código en forma expresa, para evitar como si anteriormente, que simplemente se

considere a la ofensa o a la agresión física como injuria grave, sino, que tomando en su verdadera dimensión del significado de esta causal de divorcio se considere a la fecundación IN VITRO heterologa realizada sin consentimientos del conyugue como injuria grave, para lo cual proponemos la modificación del artículo 337.

3. Artículo 361 actual: “el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”

- 3.1. Análisis del artículo:

Otro aspecto que se debe regular, es el referido a los derechos que adquiere al nacido dentro de la sociedad paterno filial, estos relacionados esencialmente con la filiación matrimonial o consecuentemente el vínculo de parentesco que existe entre padre e hijo, nuestro código civil, al tratar lo concerniente a la filiación matrimonial, con respecto a los hijos nacido dentro de la misma y haciéndose uso de la presunción legal “pater is est quem nuptiae desmostrant”, señala que el hijo que nace dentro de un determinado lapso de tiempo, después de disuelto el matrimonio o durante la vigencia de este, tiene por padre al marido de la madre, es decir se reputa la paternidad del marido de la madre, con respecto al hijo de esta, reputación que se hace en base a la afirmación de que la maternidad es cierta, mientras que la paternidad incierta en la finalidad de proteger al nacido por fecundación in vitro, ya que como se ha visto, se dan casos en los cuales se realiza el proceso fecundativo en forma heterologa con o sin consentimiento del marido, razón está por la que podrá contestar la paternidad en forma posterior, pero el nacido por fecundación in vitro, al igual que el concebido en forma natural y de acuerdo a lo expresado, tendrán como padre al marido de la madre, situación está que consideramos se debe establecer en forma expresa en el artículo 361.

4. Artículo 362 actual: “el hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”

4.1. Análisis del artículo:

En lo referido a la legitimidad de los hijos habidos dentro del matrimonio, debemos indicar que nuestro código civil señala que la presunción de la legitimidad de los mismos, llegando aun a ponerse en dos casos extremos prescriptos por este, tal como cuando la madre sea condenada como adúltera, o que esta declare que el hijo que tiene no es de su marido, en ambos casos le asiste el nacido la presunción de la legitimidad.

Dentro del tema tratado, diremos que puede darse un nuevo caso contra de la presunción de la legitimidad del nacido por fecundación in vitro, el cual consistiría en negar la mujer que el hijo que tiene no es del marido, no solo en los casos en los que se pusieron nuestros legisladores, sino también por haber sido concebido in vitro, en forma heterologa y sin consentimiento del marido, caso este en el que se debe proteger la presunción de legitimidad del nacido por este medio, por lo que consideramos el artículo 362 del código.

5. Artículo 363 actual: “el marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo”

1.-Cuando el hijo mace antes de cumplidos los cientos ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

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

3.-Cuando esta judicialmente separado durante el mismo periodo indicado en el inciso 2, salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo.

4.-Cuando adolezca de impotencia absoluta.

5.- Cuando se demuestre a través de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científicas con igual o mayor grado de certeza que no existe vinculo parental. El juez desestimara las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

5.1. Análisis del artículo:

Cuando un hijo es concebido mediante el proceso fecundativo in vitro, también es susceptible de contestarse la paternidad que se le atribuye del hijo de su mujer, tratándose de una fecundación in vitro homologa no existiría problema alguno al respecto, puesto que esta se efectúa con líquido seminal del marido, así como cuando esta es heterologa y con consentimiento del mismo, pero, cuando se trata de una fecundación heterologa y sin consentimiento del marido, es donde surge el problema el cual da lugar a que el padre pueda contestar la paternidad que se le atribuye.

Ahora en cuando a la modificación que sugerimos al inciso cuarto relativo a la impotencia absoluta, tal como se explicó anteriormente nuestros legisladores se refieren a la impotencia coeundi, mas no a la generandi, ya que con este nuevo método anticonceptivo in vitro, el impotente puede lograr tener descendencia sin llegar al contacto sexual con su mujer, por lo que en protección de los intereses del menor nacido en esta situación se debe modificar el mencionado inciso teniéndose en cuenta que para contestar la paternidad no basta alegar una impotencia coeundi, sino deberá alegar una impotencia generandi, debiendo el impotente absoluto probar que ha no accedió a un proceso fecundativo in vitro, según sea el caso, por lo que proponemos se modifique el inciso cuarto del mencionado artículo, en el sentido propuesto, sugiriéndose que

el artículo 363 del código civil marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo.

6. Artículo 366 actual: “el marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbro su mujer en los casos del artículo 363, incisos 1 y 3.
 1. Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, ha tenido conocimiento del embarazo.
 2. Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo.
 3. Si el hijo ha muerto, o menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paterno filial.

6.1. Análisis del artículo:

Debemos observar que nuestros legisladores han considerado causas en las cuales no se puede negar la paternidad, los cuales establecidos en el artículo 366, inciso 1ro al 3ro, pero con la invocación médica para lograr la paternidad por parte de los cónyuges, consideramos se debe crear una nueva causal, que debe ser tomada en cuenta para ser establecida como impedimento de negación de la paternidad, la cual esta originada en el consentimiento que presta el marido para la realización de la fecundación artificial, que ya como se dijo es necesario el acuerdo y consentimiento expreso que ambos cónyuges cuando se recurre a este procedimiento médico, por lo que concluimos que cuando ha obrado el expreso consentimiento de marido para su realización, aun cuando esta fecundación sea heterologa y siendo este un procedimiento irreversible no podrá desistirse del propósito inicial y menos aún podrá negarse a la paternidad que fue inicialmente querida por los cónyuges teniéndose en cuenta además el esfuerzo y voluntad empleado para lograr su objetivo, por lo que consideramos oportuno incrementar con una causal más el artículo 366 de nuestro código civil.

7. Artículo 370 actual: “la carga de la prueba recae sobre el marido en los casos del artículo 363, inciso 2 y 4 en el caso del inciso 1 solo está obligado

a presentar las partidas del matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento. Corresponde a la mujer probar, en sus respectivos casos, haberse dado situaciones previstas en el artículo 363, inciso 3, o en el artículo 366”

7.1. Análisis del artículo:

Vemos que, así como nuestro código otorga el derecho a contestar la paternidad a quien se ve afectando por la atribución de una no le pertenece, así también exige que esta contestación se base en pruebas y hechos ciertos, es así que establece los casos en los cuales la carga de la prueba corresponde tanto al hombre como a la mujer, afectados por esta acción contestativa de la paternidad dentro de la cual pensamos sería conveniente incluir el caso señalado en el inciso 5to propuesto para ser creado dentro del artículo 363, dentro de las modificaciones sugeridas.

8. Análisis del costo beneficio

El proyecto de Ley de la Fecundación in vitro, resulta ser el instrumento de regulación jurídica de este proceso biomédico de reproducción humana asistida, que en la actualidad no está prescrita en la normatividad sustantiva y que requiere urgente tratamiento legislativo, ya que dichas prácticas fecundativas se viene realizando en centro especializados y los intervinientes, y en especial el concebido y nacido in vitro no tiene protección jurídica. Al respecto, el costo beneficio, es una técnica importante dentro del ámbito de la teoría de la decisión legislativa, en este caso, pretende determinar la conveniencia del presente proyecto de Ley, el cual no se cuantifica los costos, por ser el poder legislativo, poder del Estado, el encargado de aprobar leyes, teniendo en consideración a futuro las implicancias socio – jurídicas de las técnicas de reproducción humana asistida, en especial de los intervinientes y con ello,

se tendrá el beneficio de protección jurídica nasciturus in vitro, ello acorde a las normas vigentes que prescriben que el fin supremo del Estado es la protección de la persona humana.

2.- ARTICULO PROPUESTO MODIFICADO

PROYECTO DE LEY

Propuesta legislativa para modificar los artículos: artículo 284 337,361, 362, 363, 366, 370 del código civil,

Por cuanto:

Artículo 1 modificar los textos en forma aclarativa de los artículos 284, 337, 361, 362, 363, 366 y 370 del código civil en los siguientes términos:

Artículo 284.- el matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto a los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe.

Como si fuese un matrimonio valido disuelto por divorcio. Si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos en su favor, pero si respecto del otro y de los hijos.

El error de derecho no perjudica la buena fe. Artículo 337 la sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.

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

Artículo 362.- el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.

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

1.- cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración.

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

3.- cuando esta judicialmente separado durante el mismo periodo indicado en el inciso 2, salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo.

4.- cuando adolezca de impotencia absoluta.

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

Artículo 366.- el marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363, inciso 1 y 3.

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

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

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

Artículo 370.- la carga de la prueba recae sobre el marido en los casos del artículo 363 incisos 2 y 4, en el caso del inciso 1 solo está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento.

Corresponde a la mujer probar, en sus respectivos casos, haberse dado las situaciones previstas en el artículo 363, inciso 3, o en el artículo 366.

Por lo antes expuesto y estando en la protección general de la sociedad y del estado se resuelve dar la siguiente ley.

Artículo 284.- el matrimonio inválido, produce efectos civiles respecto a los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe como si fuese un matrimonio disuelto por el divorcio.

Si hubiera mala fe uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos en su favor, pero si respecto del otro y de los hijos aun cuando estos hayan sido concebidos mediante un proceso de fecundación in vitro y sin consentimiento del marido.

Artículo 337.- la servicia, injuria grave y la conducta deshonrosa, son apreciadas por el juez, teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de los cónyuges, debiendo ser considerada como injuria grave el hecho de haberse fecundado artificialmente la cónyuge en forma heterologa y sin consentimiento del marido aun cuando este padezca de impotencia coendi

Artículo 361.- el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, aun cuando este haya sido concebido mediante un proceso fecundativo in vitro, tiene por padre al marido.

Artículo 362.- el hijo se presume matrimonial, aunque la madre declara que no es de su marido, que ha sido concebido mediante un proceso fecundativo in vitro heterologo y sin consentimiento del marido, o sea condenada como adúltera.

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

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

2.- Cuando sea manifiestamente imposible dadas las circunstancias que haya cohabitado con su mujer los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al matrimonio.

3.- Cuando esta jurídicamente separado durante el mismo periodo indicado en el inciso 2, salvo hubiera cohabitado con su mujer en este periodo.

4.- Cuando adolezca de impotencia absoluta.

5.- Cuando se demuestre a través de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científicas con igual o mayor grado de certeza que no existe vinculo parental. El juez desestimara las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza

6.- Cuando la mujer se haya sometido a un proceso fecundativo in vitro heterologo y sin consentimiento del marido.

Artículo 366.- El marido no puede contestar la paternidad delo hijo que alumbro su mujer en los casos del artículo 363 inciso 1, 3 y 5.

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

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

3.- Si el hijo ha muerto, a menos que subsista la relación paterno filial.

4.- Si el hijo es producto de un proceso fecundativo homologo o heterologo para el cual el marido presto su consentimiento.

Artículo 370.- La carga de la prueba recaerá sobre el marido en los casos del artículo 363, inciso 2 y 4. En el caso del inciso 1 solo está obligada a presentar las partidas de matrimonio. En el inciso 3 la resolución de separación y la copia certificada de la solicitud y autorización para la realización del proceso fecundativo in vitro, otorgado por el director de la institución médica donde se realizó, corresponde a la mujer probar en sus respectivos casos haberse dado las situaciones previstas en el artículo 363, inciso 3 o5, o en el artículo 366.

Artículo 2 Modifíquese los textos normativos propuestos.

Artículo 3.- Déjese sin efecto cualquier dispositivo que contenga la presente ley.

3.6 Fuentes de información

1. BRAHAMS, Diana (1990). La Inseminación Artificial y la fecundación in vitro.
Comité de Ética del Real Colegio de Obstetricas de Londres. Inglaterra.
2. CUELLO CALON, Eugenio.(1980).
Derecho Penal. Parte General. Madrid España.
3. CORNEJO CHAVEZ, Héctor (1980). Derecho de familia. Editorial Astrea. Lima Perú.

4. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1992). Protección jurídica de la persona. Publicaciones de la universidad de Lima. Primera edición. Lima.
5. GOMES PIEDRA HITTA, Hernán (1984). Problemas jurídicos de la inseminación y la fecundación extra uterina en seres humanos. Ediciones Librería del profesional. Bogotá.
6. HERNANDEZ SAMPIERI, R (1998). Metodología de la Investigación. Mc Graw Hill. Segunda Edición. México.
7. LACADENA, Juan José (1990). La Fecundación Artificial: Ciencia y Ética. Editorial Covarrubias. Segunda Edición. Madrid España.
8. LLEDO YAGUE, Francisco (1988) Fecundación artificial y derecho. Editorial Tecnos S.A. Madrid-España
9. MENDEZ, C.(1997). Metodología: Guía para la elaboración de diseños de investigación en ciencias económicas, contables y administrativas. Segunda Edición. Bogotá Colombia.
10. MIRANDA CANALES, manual (1989). El Derecho de la Familia en el nuevo Código Civil y el Derecho Genético: G.H. Herrera Editores. Primera Edición. Lima.
11. MOSQUERA VÁZQUEZ, Clara Celinda (1994) Nuevas técnicas de reproducción humana. Lima.
12. MONGE, FERNANDO. (1988) persona humana y procreación artificial. Ediciones Palabra S.A. Madrid.
13. MORO ALMARAS, María Jesús (1988) Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in Vitro.
14. OMEBA (1979). Enciclopedia Jurídica. Editorial Driskill S.A. Buenos Aires. Argentina
15. PALACIO PIMENTEL, Gustavo (1991). Compendio del Derecho Civil Peruano. Editorial Huallaga E.I.R.Ltda. Lima Perú.
16. PAREDES NUÑEZ, Julio (2008). Manual para la investigación científica. Setima edición. Arequipa.
17. PERALTA ANDIA, Javier (1990). Derecho de Familia. Editorial Studium. Lima Perú.
18. POZO VIDAL, Jorge (1988). Juicio de Divorcio. ICAL PERU. Lima.

19. RAGER, Gunter (1997). Embrión – Hombre-Persona, Acerca de la cuestión del comienzo de la vida personal. Cuadernos de bioética. Vol III N° 31. Galicia España.
20. RIEGA – VIRU, Yasmina (2010). Investigación y desarrollo de técnicas en Derecho Primeras ediciones. Lima.
21. ROCA TRÍAS, Encarnación (1988). La Incidencia de la Inseminación – Fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional en la filiación a finales del siglo XX. Revista de Derecho y Genoma Humano. Madrid España.
22. RODRIGUEZ CADILLA PONCE, María del Rosario (1997). Derecho Genético: Técnicas de reproducción humana asistida. Editorial San Marcos. Primera edición. Lima Perú.
23. SAN MARTIN F., Mauricio. (1982) Función Reproductiva: aspectos biológicos y culturales. Editorial Educativa. 1era Edición.
24. SOTO LAMADRID, Miguel Ángel (1990) Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética en el derecho. Ed. Astrea. Buenos Aires.
25. TARELLO, Giovanni (1980). La Interpretación de la Ley. Revista del Distrito Civil. Milán Italia.
26. THEVENOT, Xavier. (1990) “Bioética: Principales Problemas”. Ediciones Mensajero. Bilbao-España.
27. VARGAS C. Andrew. (1994) “Bioética: Principales Problemas”. Ediciones Paulist Press. 3ra. Edición. Santa Fe-Colombia.
28. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (1995) Derecho genético. Principios generales. Editorial norma legales. Primera edición. Lima.
29. ZANNONI, Eduardo (1978). Inseminación artificial y fecundación extra uterina. Editorial Astrea. Buenos Aires.
30. ZANNONI, Eduardo (1989) Derecho Civil. Editorial Astrea. Tomo 2. Buenos Aires.
31. ZEBALLOS ALE, Alberto. (1990) “Cinco Estrellas y Seis Muertes”. Editorial Santa María S.A. 1era Edición.

Artículos de revistas y otras colectivas

1. "EDUCARE" "el Octubre Mito de la Infertilidad". Revista Familiar – Colegio Santa Margarita. Nro. 5. Lima octubre 1995.
2. "GLOBO". "Ventre de alquiler, concebir por unos dólares más". Ediciones Zandrox. Lima – setiembre 1992.
3. "LUX". "El caso de las mujeres que son alérgicas al semen". Lima – 1980 "Como funciona el primer banco estadounidense de esperma". Lima – 1988.
4. "MUY INTERESANTE". "Autorizadas las patentes de formas de vida en laboratorio". Publicaciones Cúspide Ltda. Colombia – 21 de abril 1987. "Los Avances genéticos tropiezan con la ética". Publicaciones Cúspide Ltda. Colombia – 31 de marzo 1987. "Embriones de usar y tirar". Publicaciones Cúspide Ltda. Colombia – 1995.
5. "SCIENTIFIC AMERICA". "La fertilidad humana externa". Grobstein Cliford. Agosto de 1979 – EE.UU.
6. "EL LANCER MEDIAL". "Fertilización IN VITRO". "MAGAZINE". Diana Brahams. Londres 1983, setiembre 24.
7. "VIDA AFECTIVA Y SEXUAL" "La inseminación artificial". Efraín del Sol. Consorcio periodístico de Chile S.A. COPESA. Santiago de Chile – 1991.

Diarios

1. "DIARIO OFICIAL EL PERUANO". Lima, 1989, febrero 28. Lima, 1989, marzo 06. Lima, 1990 abril 01. "Los Derechos de los Concebidos". Carmen Meza Inga. Lima. 1990, mayo 06. "Los Niños Probeta" Carmen Meza Inga. Lima 1993, julio 07. "Analizar Implicancias Jurídicas de la Inseminación Artificial. Figuras de Madre Sustituta y de Ventre de Alquiler deben ser Normadas". Marta Enríquez Prado. Lima 1993, julio 27. "Reproducción Humana y Derecho Civil". clara Mosquera Vásquez. Lima 1994, enero 21. "Sugieren incorporar Fecundación in Vitro, en Código de Naciones". Lima 1994, noviembre 23.
2. "DIARIO CORREO". Entrevista al Vicario de la Diócesis Pastor Zegarra. Tacna. 1989, marzo 02.

ANEXOS

Anexo 01: Matriz de consistencia

Problema	Objetivos	Hipótesis	Variables	Metodología
<p>Problema General ¿De qué manera la conducta participativa de los intervinientes (madre, cónyuge, concebido y/o nacido) determinan las relaciones jurídicas de filiación dentro del proceso fecundativo in vitro, en el distrito judicial de Tacna, en el año 2017?</p> <p>Problemas secundarios a) ¿Qué filiación le corresponde al nacido por FIV homóloga dentro de las relaciones paterno filial?</p>	<p>Objetivo General Determinar las relaciones jurídicas de filiación en los intervinientes en la fecundación in Vitro dentro del Derecho de Familia.</p> <p>Objetivos específicos a) Analizar las relaciones jurídicas de la filiación de los intervinientes en el proceso FIV homólogo dentro del Derecho de Familia. b) Explicar las relaciones paterno-filiales en el proceso fecundativo in vitro heterólogo dentro</p>	<p>Hipótesis General Si se regula jurídicamente la conducta participativa de los intervinientes en el proceso fecundativo in vitro entonces se determinará las relaciones jurídicas de filiación de estos dentro del Derecho Familiar.</p> <p>Hipótesis específicas a) Si hay consentimiento voluntario y expreso del marido de la madre biológica en el proceso FIV Homólogo, entonces el nacido in Vitro tendrá filiación matrimonial. b) Si existe el consentimiento expreso y notarial del marido de la Madre biológica en el proceso FIV heteróloga, entonces</p>	<p>Variable independiente “X” Fecundación in Vitro. Indicadores: • Esterilidad • Consentimiento • Derecho a la procreación Medición Nominal</p> <p>Variable dependiente “Y” Regulación jurídica. Indicadores: • Derechos personales • Relación filial • Seguridad jurídica Medición Nominal</p>	<p>Tipo de Investigación Básica Nivel de investigación Explicativo Enfoque de la investigación Dialéctico Método Análisis histórico Población y muestra Muestreo probabilístico y representativo. Técnicas e instrumentos de recolección de Información: Técnicas Encuesta Entrevista Análisis documental</p>

<p>b) ¿Cuál es la relación jurídica de la filiación entre el marido de la madre biológica y el nacido por FIV heteróloga?</p> <p>c) ¿Se debe regular jurídicamente la relación filial de los intervinientes (madre, cónyuge, concebido y/o nacido en el proceso FIV?</p>	<p>del derecho de familia.</p> <p>c) Proponer mecanismos legales de protección jurídica de los intervinientes en el proceso fecundativo in Vitro en el Derecho de Familia.</p>	<p>el nacido in Vitro tendrá filiación matrimonial.</p> <p>c) Si se regula jurídicamente la filiación en la fecundación in Vitro, dentro del Derecho Familiar entonces los intervinientes en el proceso fecundativo extracorpóreo tendrán protección jurídica.</p>		<p>Instrumentos</p> <p>Cuestionario</p> <p>Ficha de registro</p> <p>Validez de los instrumentos</p> <p>Juicio de expertos</p> <p>Procesamiento estadístico.</p>
--	--	--	--	---

Siempre () A veces () Nunca ()

6. ¿Considera Ud. que se debe respetar la integridad física, psíquica y moral del nacido in Vitro, para proteger el interés superior al niño?

Siempre () A veces () Nunca ()

7. ¿Considera Ud. que en el proceso FIV heteróloga la participación del donante (ovulo o semen) debe ser anónima para evitar responsabilidades futuras?

Siempre () A veces () Nunca ()

8. ¿Considera Ud. que la FIV como derecho a la procreación se debe insertar en los derechos de la personalidad?

Siempre () A veces () Nunca ()

D. Variable dependiente “Y”

Relación jurídica

Indicador: Derechos personales

9. ¿Se debe regular la filiación del nacido por fecundación in Vitro para respetar su derecho constitucional?

Si () No () Nunca ()

10. ¿Considera Ud. que la paternidad del nacido in Vitro heteróloga debe darse por el marido de la madre, antes del proceso fecundativo (FIV)?

Si () No () Nunca ()

Indicador: Relación filial

11. ¿Considera Ud. que la jurisprudencia comparada puede llenar los vacíos legales referentes a la determinación de la filiación del nacido por FIV?

Si () No () Nunca ()

12. ¿Considera Ud. necesario y oportuno dado el avance de la biotecnología se regulan jurídicamente las relaciones paterno filiales del nacido in Vitro?

Si () No () Nunca ()

Indicador: Seguridad jurídica

13. ¿Considera Ud. que el marido de la madre que ha dado su consentimiento escrito no podrá impugnar su paternidad con el nacido por FIV?

Si () No () Nunca ()

14. ¿Considera Ud. que el ser humano, como realidad ontológica que está fuera de todo tipo de comercio, en el caso del concebido FIV?

Si ()

No ()

Nunca ()

15. ¿Considera Ud. que Los embriones sobrantes en la práctica FIV debe mejorarse con el criterio de la dignidad humana en la procreación Vitro?

Si ()

No ()

Nunca ()

16. ¿Considera Ud. que el embrión humano FIV debe tener protección jurídica frente a la investigación y la experimentación científica?

Si ()

No ()

Nunca ()



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**DICTAMEN DE EXPEDITO DE TESIS
N° 25-T-2019-OIYPS-FDYCP-UAP**

Visto, el Oficio N° 075-2019-OGYT-FDYCP-UAP, de fecha 19 de febrero de 2019 de la Oficina de Grados y Títulos, en el que se solicita la revisión final del trabajo de Investigación presentado por la bachiller **LIZAID BIVIANA TOLENTINI SANCHEZ** a fin que se declare expedito para sustentar la tesis titulada **“REGULACION JURIDICA DE LA FECUNDACION IN VITRO FIV EN EL DERECHO FAMILIAR EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TACNA EN EL AÑO 2017”**.

CONSIDERANDO:

Primero: El Reglamento de Grados y Títulos aprobado por Resolución Rectoral N° 15949-2015.R-UAP de fecha 28.12.2015, contempla las disposiciones normativas correspondientes a las funciones de las Oficinas de Investigación, el mismo que concuerda con lo dispuesto por el Reglamento de Investigación e Innovación Tecnológica aprobado por Resolución Rectoral N° 17483-2017-R-UAP de fecha 15.12.2016.

Segundo: De la revisión de la tesis, se aprecia que esta cuenta con el informe de la asesora metodológica Mg. Milagros Jessica Cáceres Cáceres de fecha 23 de noviembre de 2018 y el informe de la abogada Esmeralda Natalia Caqui Cohaila de fecha 20 de abril de 2018, quienes señalan que la tesis ha sido desarrollada conforme a las exigencias requeridas para el trabajo de investigación correspondiente al aspecto temático y procedimiento metodológico.

Tercero: Asimismo, el presente trabajo de Tesis ha sido revisado mediante el Software Anti Plagio Turnitin, habiendo obtenido un índice de similitud del 7%.

DICTAMEN:

Atendiendo a estas consideraciones y al pedido de la bachiller, esta Jefatura **DECLARA EXPEDITA LA TESIS**, titulada **“REGULACION JURIDICA DE LA FECUNDACION IN VITRO FIV EN EL DERECHO FAMILIAR EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TACNA EN EL AÑO 2017”**. Debiendo la interesada continuar y cumplir con el proceso y procedimiento para que se le programe el examen oral de sustentación de Tesis.

La Victoria, 22 de febrero de 2019

Atentamente.-



DR. LUIS WIGBERTO FERNANDEZ TORRES
Jefe de la Oficina de
Investigación y Proyección Social

INFORME N° 007-ENCC-T-2018

AL : **Dr. Ricardo Alfredo Díaz Bazán Ph.d.**
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

DE : **Abog. Esmeralda Natalia Caqui Cohaila**
Docente Asesor
Código N° 051950

REFERENCIA: Resolución Decanal N° 2849-2017-FDYCP-UAP de fecha 04 de diciembre de 2017.

ASUNTO : Asesoría Temática: Tesis.

BACHILLER : **LIZAID BIVIANA TOLENTTINI SÁNCHEZ**
Título: "REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO EN EL DERECHO FAMILIAR EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TACNA EN EL AÑO 2017"

FECHA : 20 de Abril del 2018

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. para hacer de su conocimiento que en cumplimiento a la Resolución de la referencia, mediante la cual se me designa como asesor temático, informo a su despacho que se ha cumplido con el asesoramiento y evaluación de los aspectos temáticos de la Tesis.

1. DE LOS ASPECTOS DE FORMA

Se ha considerado la **Resolución Vicerrectoral N° 2342-2013-VIPG-UAP**, que regula la estructura del proyecto de tesis, la estructura de la tesis, y que hace referencia a las **normas APA**.

2. DE LOS ASPECTOS DE FONDO

TITULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACION

Con relación al título del tema de investigación ha quedado formulado como sigue :
"REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO EN EL DERECHO FAMILIAR EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TACNA EN EL AÑO 2017".

DEL CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se ha considerado desde el punto de vista temático:

- Descripción de la realidad problemática¹. Se ha considerado la problemática de estudio bajo el encuadre del derecho de familia .

¹ Es necesario argumentar cada aspecto del trabajo de investigación desarrollado por el bachiller, toda vez que es publicado en el Repositorio Institucional, incluyendo los informes de los asesores.

- Delimitación del problema: responde a los criterios jurídicos y metodológicos.
- La formulación del problema: responde al título y encuadre del estudio, en cuanto considera la interrogante sobre la conducta participativa de los intervinientes y las relaciones jurídicas que se configuran a partir del proceso fecundativo in vitro en el distrito judicial de Tacna.

EL CAPITULO II: MARCO TEORICO

- Los antecedentes de la investigación, para fundamentar el problema requiere consignar antecedentes de resultados de investigación relacionados con el problema de estudio, las cuales han sido trabajadas.
- Las Bases legal, han sido trabajadas a nivel nacional e internacional, lo que permite fundamentar el problema.
- Base teórica sobre la fecundación in vitro se ha consignado.

DEL CAPITULO III: PRESENTACION, ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS

Desde el punto de vista temático:

- Discusión de Resultados: se ha cumplido con examinar e interpretar los resultados obtenidos.
- Fuentes de información (APA)²: Se ha seguido el formato APA para la redacción de la Tesis.

CONCLUSION

Por lo expuesto, habiéndose cumplido con las sesiones de asesoramiento correspondiente al **aspecto temático** considero que la bachiller LIZAID BIVIANA TOLENTINI SÁNCHEZ ha realizado **la Tesis** conforme a las exigencias del Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad y lo señalado por las disposiciones de la Facultad de Derecho. Por lo tanto, la Tesis se encuentra expedita para el examen oral de sustentación.

Atentamente,


Abg. Esmeralda N. Caqui Cohaila

CAT 1329

² Normas Asociación de Psicólogos de América.

INFORME N° 009-MJCC¹-T²-2018

AL : Dr. Ricardo Alfredo Díaz Bazán Ph.d
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

DE : Mg. Milagros Jéssica Cáceres Cáceres
Docente Asesor
Código N° 026353

REFERENCIA: Resolución Decanal N° 2849-2017-FDYCP-UAP de fecha 04 de diciembre de 2017

ASUNTO : Asesoría Metodológica: Tesis

BACHILLER : TOLENTINI SANCHEZ, LIZAID BIVIANA
Título: “REGULACION JURIDICA DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO FIV EN EL DERECHO FAMILIAR EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TACNA EN EL AÑO 2017”

FECHA : 20 de abril de 2018

Tengo el agrado de dirigirme a usted para hacer de su conocimiento que en cumplimiento a la Resolución de la referencia, mediante la cual se me designa como asesor metodólogo informo a su despacho que se ha cumplido con el asesoramiento y evaluación de los aspectos de forma y fondo de la Tesis:

1. DE LOS ASPECTOS DE FORMA

Se ha considerado la **Resolución Vicerrectoral N° 2342-2013-VIPG-UAP**, que regula la estructura del proyecto de Tesis, la estructura de la Tesis, y que hace referencia a las **normas del APA**.

2. DE LOS ASPECTOS DE FONDO

TÍTULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Con relación al título del tema de investigación consideramos que está de acuerdo con el contenido de la tesis
DEL CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

- Descripción de la realidad problemática³ ha sido redactada por la investigadora y ha sido debidamente complementado.
- Delimitación de la Investigación: la delimitación social guarda relación con la población y muestra de estudio, la delimitación conceptual aborda la descripción de las fuentes de información a partir de las cuales se comprende el trabajo de investigación, información utilizada.

¹ Sigla de los nombres y apellidos del docente asesor.

² Tesis.

³ Es necesario argumentar cada aspecto del trabajo de investigación desarrollado por el bachiller, toda vez que es publicado en el Repositorio Institucional, incluyendo los informes de los asesores.

- Problemas de la Investigación ha si correctamente formulado
- Objetivos de la Investigación, guardan relación con el problema de investigación
- Hipótesis y variables de la investigación, han sido correctamente formuladas
- Metodología de la investigación: respecto al tipo, nivel, método y diseño se ha considerado las características del tema de investigación.
- Justificación e importancia de la investigación: ha sido correctamente desarrollada considerando las características del tema de investigación.

EL CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

- Antecedente de la Investigación han sido debidamente complementados.
- Bases Teóricas: han sido desarrolladas considerando las variables y dimensiones, analizando críticamente las principales teorías relacionadas con el tratamiento que ha tenido el problema, habiéndose complementado la información.
- Bases Legales: han sido precisadas de manera clara y precisa.
- Definición de Términos Básicos, han sido debidamente desarrollados.

DEL CAPÍTULO III: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

- Análisis de Tablas y Gráficos: han sido correctamente elaborados
- Discusión de Resultados: conforme a los datos obtenidos, ha sido desarrollada en forma clara.
- Conclusiones: guardan relación con el tema investigado y los resultados obtenidos.
- Recomendaciones: son pertinentes de acuerdo al tema investigados
- Fuentes de información (APA)⁴: se ha considerado las norma APA.

ANEXOS

Matriz de Consistencia correctamente elaborada de acuerdo al tema investigado.

Instrumento(s): elaborado conforme a las características del trabajo de investigación

Validación de instrumento por expertos (Ficha de validación del instrumento. Juicio de expertos)

⁴ Normas Asociación de Psicólogos de América.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, habiéndose cumplido con las sesiones de asesoramiento correspondiente al **aspecto metodológico** considero que el bachiller **TOLENTINI SANCHEZ, LIZAI BIVIANA** ha realizado la **Tesis** conforme a las exigencias del Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad y lo señalado por las disposiciones de la Facultad de Derecho. Por lo tanto, la Tesis se encuentra expedita para el examen oral de sustentación.

Atentamente,



Mg. Milagros Jéssica Cáceres Cáceres
Docente Asesor

