

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

“CAUSALES DE DIVORCIO EN LAS QUE SE
SUBSUME LA INSEMINACIÓN HETERÓLOGA
SIN CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE A
PARTIR DEL PRINCIPIO BÁSICO DE HACER
VIDA EN COMÚN”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogado

Autor:

Yorgey Alexander Alvarado Arribasplata.

Asesora:

Mg. Rocío del Pilar Ramírez Sánchez.
<https://orcid.org/0000-0002-5468-5389>

Cajamarca - Perú

JURADO EVALUADOR

| | | |
|---------------------------|---------------------------------|------------------|
| Jurado 1 Presidente(a) | RAMON OMAR MUÑOZ SALAZAR | CAL 59216 |
| | Nombre y Apellidos | Nº Colegiatura |

| | | |
|----------|---------------------------|-----------------|
| Jurado 2 | HUGO MUÑOZ PERALTA | ICAC 883 |
| | Nombre y Apellidos | Nº Colegiatura |

| | | |
|----------|--|------------------|
| Jurado 3 | DAVID ALEXANDER SANCHEZ SANCHEZ | ICAC 2880 |
| | Nombre y Apellidos | Nº Colegiatura |

DEDICATORIA

A:

Dios, porque siempre me acompaña y me da las fuerzas para seguir cada meta trazada.

Mis padres por su amor incondicional y su constante apoyo durante toda mi formación académica.

AGRADECIMIENTO

A:

Nuestros docentes, que guiaron nuestro aprendizaje en las aulas con dedicación, paciencia y esmero.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--------------------------------------|-------------|
| JURADO EVALUADOR | I |
| DEDICATORIA | II |
| AGRADECIMIENTO | III |
| TABLA DE CONTENIDO | IV |
| ÍNDICE DE TABLAS | VII |
| RESUMEN | VIII |
| ABSTRACT | IX |
| CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN | 1 |
| 1.1. Realidad problemática | 1 |
| 1.2. Formulación del problema | 9 |
| 1.3. Objetivos | 9 |
| 1.3.1. Objetivo general | 9 |
| 1.3.2. Objetivos específicos | 10 |
| 1.4. Hipótesis | 10 |
| 1.5. Justificación | 11 |
| 1.5.1. Justificación teórica | 11 |
| 1.5.2. Justificación práctica | 12 |
| 1.5.3. Justificación Metodológica | 12 |
| 1.6. Limitaciones | 12 |
| 1.7. Antecedentes | 13 |

| | |
|---|-----------|
| 1.8. Marco teórico | 17 |
| 1.8.1. El matrimonio como acto y como institución jurídica | 17 |
| 1.8.2. Teorías relativas al divorcio | 19 |
| 1.8.3. Contenido de ejercer el derecho de formar familia | 25 |
| 1.8.4. Acerca de la relacion paterno filial | 28 |
| 1.8.5. Acerca de las practicas derivadas de las técnicas de reproducción asistida | 30 |
| 1.8.6. Teoría de los derechos fundamentales en relación a los derechos sexuales y reproductivos cuando se recurre a las técnicas de reproducción asistida | 33 |
| 1.8.7. Aspectos <i>Ius</i> filosóficos del tema | 39 |
| 1.8.8. Normatividad relativa al derecho de familia | 42 |
| CAPÍTULO II: METODOLOGÍA | 47 |
| 2.1. Enfoque del estudio | 47 |
| 2.2. Tipo de estudio | 48 |
| 2.3. Diseño de investigación | 48 |
| 2.4. Operacionalización de variables | 49 |
| 2.4.1. Fundamentos Jurídicos | 49 |
| 2.4.2. Estudio Multidisciplinario | 50 |
| 2.5. Población | 50 |
| 2.6. Muestra | 50 |
| 2.7. Técnicas e instrumentos de recolección de datos | 50 |
| 2.8. Procedimientos de recolección de datos | 51 |

| | |
|---|-----------|
| 2.9. Análisis de datos | 53 |
| 2.10. Consideraciones éticas | 53 |
| CAPÍTULO III: RESULTADOS | 55 |
| 3.1. Resultados de la doctrina | 55 |
| 3.2. Resultados de la jurisprudencia y casuística | 60 |
| 3.3. Resultados de la legislación comparada | 68 |
| CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES | 71 |
| 4.1. Discusión | 71 |
| 4.1.1. Afectación interna y externa que afecta el deber básico de hacer vida en común | 71 |
| 4.1.2. Implicancias | 77 |
| CONCLUSIONES | 78 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 82 |
| ANEXOS | 85 |

ÍNDICE DE TABLAS

| | |
|--|----|
| Tabla 1: Resultados sobre objetivo específico N° 1 | 54 |
| Tabla 2: Resultados sobre objetivo específico N° 2 | 55 |
| Tabla 3: Resultados sobre objetivo específico N° 3 | 57 |
| Tabla 4: Resultados sobre jurisprudencia – Expediente. N° 06374-2016 | 59 |
| Tabla 5: Resultados sobre jurisprudencia – Casación N° 563-2011, Lima | 62 |
| Tabla 6: Resultados sobre jurisprudencia – Casación N° 4323-2010, Lima | 65 |
| Tabla 7: Resultados sobre legislación comparada | 68 |

RESUMEN

Se entiende como técnicas de reproducción asistida a aquellos métodos científicos y tecnológicos que tienen como finalidad ayudar a la procreación cuando las personas sufren limitaciones biológicas naturales como la esterilidad y/o infertilidad, lo cual en el caso del matrimonio debe realizarse siempre con el consentimiento de ambos cónyuges, de lo contrario se incurriría en una falta de consentimiento y un posible daño a la parte que no presto tal consentimiento, pudiendo esto generar como consecuencia el divorcio, ya sea por causal de injuria grave o conducta deshonrosa.

La investigación tiene por objetivo principal identificar la causal de divorcio en la que se subsume la inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge a partir del principio básico de hacer vida en común. La investigación se llevó a cabo a través de la observación documental, en la cual se han utilizado los métodos inductivos, deductivos, dogmáticos, hermenéuticos y dialécticos, los cuales han sido aplicados para la obtención de datos y posterior interpretación.

Finalmente, en la presente investigación se busca demostrar que las causales de divorcio en las que se subsume la inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge son la conducta deshonrosa o injuria grave, porque se trata de una cuestión valorativa, cuya tarea es concerniente al órgano jurisdiccional, evaluando las particularidades del caso en concreto.

PALABRAS CLAVES: Conducta deshonrosa, injuria grave, matrimonio, divorcio, inseminación heteróloga.

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: Derecho Civil. Derecho de Familia

ABSTRACT

Assisted reproduction techniques are understood as those scientific and technological methods that are intended to help procreation when people suffer from natural biological limitations such as sterility and/or infertility, which in the case of marriage must always be carried out with the consent of both spouses, otherwise there would be a lack of consent and a possible damage to the party that did not give such consent, and this could result in divorce, either due to serious injury or dishonorable conduct.

The main objective of the research is to identify the grounds for divorce in which heterologous insemination is subsumed without the consent of the spouse based on the basic principle of living together. The investigation was carried out through documentary observation, in which inductive, deductive, dogmatic, hermeneutical and dialectical methods have been used, which have been applied to obtain data and subsequent interpretation.

Finally, in the present investigation it is sought to demonstrate that the grounds for divorce in which heterologous insemination is subsumed without the consent of the husband are dishonorable conduct or serious injury, because it is an evaluative question, whose task is concerning the jurisdictional authority, evaluating the particularities of the specific case.

KEY WORDS: dishonorable conduct, serious injury, marriage, divorce, heterologous insemination.

RESEARCH LINE: Civil Law. Family Law

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

El Derecho Civil comprende asuntos relativos a las relaciones privadas de un estado, cuyas normas establecen un marco normativo sobre relaciones familiares, derecho de la persona, obligaciones, contratos, entre otros; dentro de ellos el derecho de familia es entendido como el conjunto de normas jurídicas que regulan asuntos que afectan a los miembros de una familia entendiéndola como una institución natural y social. Es así que, dentro del derecho de familia están las figuras jurídicas del matrimonio y las uniones de hecho, que debido a las relaciones intrínsecas que conlleva, su reconocimiento se hace social y jurídico.

La figura del matrimonio, anteriormente ha sido considerada como única fuente constitutiva de familia e incluso se condicionaba la existencia de familia a través y únicamente por el matrimonio. Actualmente tal concepción ha quedado vetusta a la realidad social, porque pueden existir diversas formas de formar familia.

Sin embargo, dentro de los principios que conforman el derecho de familia, se encuentra el principio de promoción del matrimonio, el cual se mantiene vigente y guarda relación con el orden público y las buenas costumbres que inspiran todo el derecho nacional, pues se acepta que el matrimonio no es la única forma para construir familia, pero tampoco se rechaza la idea de promoción del matrimonio. En ese entender y en concordancia con este principio la doctrina ha señalado que el “matrimonio debe ser promovido por mandato constitucional. A partir de ello, debe

considerarse el matrimonio como la principal fuente de la que surge una familia. Pero no significa que sea la única fuente” (Plácido Vilcachagua, 2014, p. 116).

Del párrafo anterior, se entiende que el matrimonio por su propia naturaleza y acorde a lo prescrito en nuestro sistema jurídico, posee una protección superior a las otras formas de constitución de familia, pero no es exclusiva, es decir su contenido como principio constitucional llega solo hasta la consideración de fuente primordial pero no excluyente. Este entendimiento supone aceptar que el matrimonio es solo un mecanismo jurídico para tener por cierto una situación fáctica, como, por ejemplo, el inicio y fin de una relación convivencial.

Entendiendo que existen situaciones que pueden llevar al término de una relación, aparece la figura del divorcio, cuya connotación histórica ha pasado por ser considerada casi como un pecado para la iglesia católica, a ser vista como un mecanismo de disolución del vínculo matrimonial (Abundis Rosales & Ortega Solís, 2010).

En ese entender el divorcio era concebido como un castigo para el cónyuge que vulneraba alguna causal en específico, es decir históricamente la sanción al cónyuge culpable estaba dado por el divorcio. Así nace el desarrollo de la teoría del divorcio sanción, el cual cabe cuando el hombre o la mujer incurren en una de las causales expresamente señaladas en la ley, de manera tal que el “divorcio es una sanción contra el cónyuge que ha incurrido en alguna de las causales expresamente determinadas por el legislador” (Cantuarlas Salaverry, 1991, p. 68)

Por su parte, también se ha planteado la teoría del divorcio remedio, el cual parte por entender al divorcio no como una sanción, sino como un remedio, independientemente de las causales y de los responsables dado que se ha comprobado "científico-sicológicamente que es difícil o muy excepcional que el hombre o la mujer, tengan tal o cual comportamiento en la vida conyugal solamente como consecuencia de maldad o bondad y que, por tanto, merezcan un premio o un castigo" (Cantuarlas Salaverri, 1991, p. 69).

Ante ello, las causales del divorcio - sanción según la historia y la doctrina se sustentan en el carácter de grave lesión que su realidad infiere al vínculo matrimonial, pues el matrimonio era considerado un sacramento religioso sagrado e indisoluble. Empero, en el divorcio - remedio se tiene en cuenta la ruptura de la vida matrimonial y, por ello mismo, las causales no pueden ser entendidas ni tratadas de manera objetiva porque no estamos ante un contrato donde es posible establecer criterios de incumplimiento y disolución, sino ante la presencia fáctica de una situación excepcional que tiene que ver con los vínculos personalísimos del individuo, por eso, el divorcio remedio al producirse por el acuerdo de los cónyuges para su conclusión, o por cese efectivo de la convivencia durante un lapso de tiempo, o por una causal genérica que impida la convivencia, entiende que el conflicto en sí mismo es la causa del divorcio (Cabello Matamala, 2001, p. 402-403).

La doctrina moderna, ha instaurado una nueva teoría llamada teoría del divorcio incausado por la cual constituye "una forma de divorcio exprés, alegado por

voluntad unilateral para disolver el matrimonio (...) no siendo necesario por tanto la existencia de los requisitos legales expuestos como causales o motivos para la disolución del matrimonio” (Esteves Soria, 2020, p. 36), ello como manifestación de la autonomía privada de la voluntad de las personas y por el entendimiento de matrimonio como un mecanismo asegurador de derechos, pero no como un derecho fundamental.

Precisamente, de la consideración del matrimonio como un mecanismo asegurador de derechos, no puede desconocerse sus efectos patrimoniales y personales una vez realizado, en relación con cada uno de los integrantes de la familia fundada por este, ya sea que se encuentre compuesta únicamente por los contrayentes o que de esta unión nazcan nuevos seres; por ejemplo, la conveniencia para la utilización de las técnicas de reproducción asistida para poder tener un hijo lo cual implicaría educación, vestimenta, etc., pero además la creación de un vínculo socio-afectivo entre los padres e hijos nacidos por la utilización de este método, dejándose ver que las implicancias personales y patrimoniales de la relación paterno filial son inminentes.

De las técnicas de reproducción asistida aparece un hecho cuya relevancia jurídica es de importancia en la presente investigación. Primero hagamos la clasificación de técnicas de reproducción asistida, las cuales son: la inseminación artificial y la fecundación in vitro o también llamada fecundación extra corpórea, esta última tiene lugar cuando el ovulo es fecundado en un laboratorio y puede ser homologa o heteróloga (Cubillos, 2013).

Se entiende por técnica homóloga aquella en la que tanto el espermatozoide como el óvulo proceden de la pareja que se somete a la técnica correspondiente. Se entiende por técnica heteróloga aquella en la que ya sea uno de los gametos (óvulo o espermatozoide) o ambos, proceden de donantes ajenos a la pareja, por ejemplo, en el caso de la inseminación artificial efectuada con espermatozoides procedentes de un banco de semen. (Santamaría Solís, 2000, p. 38-39)

Entonces es de entenderse que para la realización de dicho procedimiento se necesita el consentimiento y autorización de ambos cónyuges con la finalidad de querer ser padres mediante la inseminación artificial con gametos de un donante anónimo y no del conyugue varón, sin embargo cuando la mujer ha obviado tener en cuenta el consentimiento de su pareja y de manera unilateral ha procedido a realizar el procedimiento para ser madre, pone en peligro las mencionadas relaciones personales que debería existir dentro de cada familia, entre cónyuges y entre padres e hijos.

En este sentido, si bien el Código Civil no contempla una causal específica para este supuesto, bien podría ser subsumida dentro de las causales contempladas en el artículo 333 del mismo, cuyos primeros 11 numerales contemplan supuestos de divorcio-sanción y dentro de estas las contenidas en el numeral 4 y 6 a pesar de estar específicamente señaladas, el supuesto específico por el cual la cónyuge decide realizar una fecundación in vitro heteróloga no ha sido definido ni delimitado, por lo que, puede ser subsumido ya sea en la causal de conducta deshonrosa o de injuria grave, pero no en ambas.

Por eso, es necesario estudiar que implica cada una de ellas; así, mediante doctrina jurisprudencial a través del expediente N° 018-96-I/TC el Tribunal Constitucional ha establecido que la injuria grave implica “toda ofensa inexcusable e inmotivada al honor y a la dignidad de un cónyuge, producida en forma intencional y reiterada por el cónyuge ofensor, haciendo insoportable la vida en común” (Caso Santisteban de Noriega, 1997, p. 3).

Mientras que, la conducta deshonrosa implica “el honor interno y el honor externo de la víctima, es decir, la opinión que tengan los terceros sobre su anterior, o presente, o futura aceptación de la conducta deshonrosa de su cónyuge” (Caso Santisteban de Noriega, 1997, p. 10).

Es en este sentido que, se presenta múltiple regulación a nivel internacional y nacional que da cuenta de una diversidad de criterios acerca de los efectos o alcances que puede o no tener la reproducción asistida; así como los derechos que se encuentran involucrados con esta práctica, tales como el derecho a la salud en relación a la infertilidad, el derecho a la vida privada y el derecho a fundar una familia (Brena, 2012, p. 30).

En el ámbito internacional, el artículo 11 de la Convención sobre los Derechos Humanos, recoge al derecho a la dignidad, regulado junto con el derecho al honor, dentro de lo cual también está la decisión de procrear, y con ello, la libertad sexual y reproductiva, la protección de la familia, tal y como lo establece el artículo 17 de la misma Convención. Derechos que son reconocidos con un contenido definido que,

en relación con la procreación forma parte con el derecho a fundar una familia, el mismo que no puede ser restringido, sino, por razones de interés general y, claro está, cuando afecta el derecho de otro individuo, donde parece ser se encuentra la problemática estudiada, es decir, cuando el padre no ha presentado consentimiento para la inseminación heteróloga.

Así, la normatividad peruana no regula tal supuesto pues en relación al contexto que debe rodear la categoría jurídica de inseminación heteróloga, se encuentra, el derecho a fundar una familia, que podría verse sustentado en el artículo 4 del texto constitucional, pero no desarrolla otro contenido que no sea el que se encuentra referido al matrimonio, lo mismo ocurre con el Código Civil en el libro de familia, y en cuanto al divorcio, no se señala dentro de sus causales si es una de injuria grave o conducta deshonrosa.

También se encuentra, lo establecido por el artículo 7 de la ley 26842, Ley General de Salud, que reconoce el derecho de las personas de recurrir a las técnicas de reproducción asistida, pero siempre que ambos progenitores estén de acuerdo.

Finalmente, en igual sentido, lo hace el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, pues establece que se podrá hacer uso de las técnicas de reproducción asistida siempre que ambos progenitores se encuentren de acuerdo (art. 415), además cambia la formula legislativa de las causales para indicar que cuando se verifican hechos atribuibles a uno o a ambos cónyuges que hagan intolerable la convivencia de estos

o que ocasionen un grave perjuicio al desarrollo y bienestar de los hijos procederá el divorcio.

Al respecto, la jurisprudencia nacional en cuanto a la temática es limitada, pues con referencia a los derechos sexuales reproductivos a través del expediente N° 00008-2012-PI solo ha indicado que: algunas de las más importantes manifestaciones del derecho a la salud se relacionan con el ámbito sexual y reproductivo, es decir, con aquellas propiedades, entre otras, que permitan al hombre y a la mujer el ejercicio normal de su actividad sexual, la protección de su integridad física y psíquica, la autodeterminación en cuanto a las posibilidades de reproducción, la atención médica prenatal y postnatal (atenciones de salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos independientemente de su condición social o ubicación geográfica), así como relacionado con los derechos a la información y a la educación, el acceso rápido y eficaz a la información y educación sexual. (Caso diez mil seiscientos nueve ciudadanos, 2012, fund. 85)

Si bien, deja claro que la protección a los derechos reproductivos de una persona implica tener en cuenta su libertad para decidir ser o no padre, para recurrir la tecnología médica, no se indica la procedencia del divorcio sobre la causal de conducta deshonrosa o injuria grave y, mucho menos sobre los efectos personales o patrimoniales.

El hecho de realizar la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre implica para el cónyuge la limitación a decidir ser o no padre, a su derecho de

reproducción, pues resulta una conducta deshonesta, que atenta contra la estimación y respeto que debe existir entre los cónyuges a fin de lograr la armonía conyugal. A partir de lo dicho anteriormente, resulta imperativo realizar un trabajo dogmático en el que se revisen la teorías del derecho que coadyuven con el reconocimiento y la construcción de la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre, yendo de lo general a lo particular, la revisión de la finalidad del Derecho, como constructo autónomo o como uno que admite la influencia de la sociedad para su construcción, que cuenta con dogmas inmodificables y universales o que puede conformar sus contenidos de conformidad con el espacio y el tiempo en el que se conforma, puesto que como esta instaurado en el Código Civil, hace ver que bien podría operar el divorcio por conducta deshonrosa o injuria grave, lo cual puede hacer caer en confusión al órgano jurisdiccional al momento de aplicar el derecho.

1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son las causales del divorcio en las que se subsume la inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge a partir del principio básico de hacer vida en común?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Identificar las causales de divorcio en la que se subsume la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre a partir del principio básico de hacer vida en común.

1.3.2. Objetivos específicos

- a. Establecer los alcances del principio básico de hacer vida en común tanto para la relación conyugal como para la relación paterna filial.
- b. Establecer los efectos jurídicos que causa la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre sobre las relaciones derivadas del matrimonio.
- c. Identificar las causales de divorcio en las cuales puede encontrarse inmersa la inseminación heteróloga, sin consentimiento del padre.

1.4. Hipótesis

Las causales de divorcio en las que se subsume la inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge son: la causal de conducta deshonrosa, que haga insoportable la vida en común y la causal de injuria grave, porque existe afectación interna y externa que afecta el principio básico de hacer vida en común, el respeto y confianza que se debe integrar en la unión matrimonial.

1.5. Justificación

La presente investigación se justifica en la preocupación que supone, en el contexto del derecho de familia actual, cuando la cónyuge ha iniciado de manera unilateral el procedimiento de fecundación in vitro para poder ser madre, es decir, sin que su cónyuge preste su consentimiento. Ello resulta sumamente lesivo para el ordenamiento jurídico del país, y para el cónyuge inocente, puesto que vulnera diversos derechos relacionados al querer ser o no padre, entre otros; creando confusión en el órgano jurisdiccional al momento de resolver, puesto que puede optar por causal de conducta deshonrosa o injuria grave indistintamente.

1.5.1. Justificación teórica

La contribución de la presente investigación como justificación teórica va a servir para identificar los elementos de la teoría del derecho y de los derechos humanos que resulten eficientes para construir la teoría del divorcio por causal de conducta deshonrosa o injuria grave cuando la mujer se haya practicado inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge, ello en razón de dotar de tutela a los derechos subjetivos de las personas, en este caso, de aquellos que no han prestado consentimiento a su cónyuge para la realización de técnicas de reproducción asistida por inseminación heteróloga, es decir, del cónyuge varón que no quiere ser padre.

1.5.2. Justificación práctica

Asimismo, como justificación práctica, se beneficiará a la normatividad civil, puesto que, será capaz de tutelar los derechos relacionados con la práctica de técnicas de reproducción asistida que ya se encuentra ocurriendo, mediante la instauración de nuevos preceptos normativos que orienten a la sociedad a encontrar refugio frente a situaciones similares y por tanto al aseguramiento de sus derechos, como el derecho a decidir querer o no ser padre, entre otros.

1.5.3. Justificación Metodológica

Finalmente, como justificación metodológica la presente investigación servirá para generar instrumentos, procesamiento de resultados válidos y confiables útiles para otras investigaciones donde ahonden en temas relacionados con las técnicas de reproducción asistida sin consentimiento del padre, es decir, la investigación realizada se constituirá en un instrumento de corte dogmático que servirá como fuente teórica para poder realizar otras investigaciones.

1.6. Limitaciones

Durante el desarrollo de la investigación, se tuvo inconvenientes al momento de identificar la jurisprudencia pertinente, pues todavía no existe claridad en cuanto a un caso en específico que señale que causal se debe usar frente a una inseminación

heteróloga sin consentimiento del padre. Sin embargo, se logró recopilar jurisprudencia relacionada de manera indirecta con el tema de investigación.

1.7. Antecedentes

Para, la autora Cabrera Cabrera (2010) en su tesis titulada “La modificación del Código Civil en el libro de familia proponiendo, la reproducción asistida sin consentimiento del cónyuge como nueva causal de divorcio” indico que, con las técnicas de reproducción asistida se ha generado una nueva realidad jurídica no prevista, que acarrea una nueva causal y que tiene que ver con dos aspectos esenciales concurrentes en los actos humanos: el consentimiento y el principio de lealtad mutua que debe prevalecer en la relación conyugal. Esta investigación, sirve y es importante para la presente investigación porque deja ver que el uso de técnicas de reproducción asistida viene sucediendo en el entorno social, sin embargo, indica que ello podría acarrear una nueva causal de divorcio, olvidando las causales de injuria grave o conducta deshonrosa ya existentes en el Código Civil Peruano en las cuales podría subsumirse. Por otro lado, tiene en cuenta aspectos importantes como la voluntad y lealtad mutua para tomar decisiones tan importantes como el de tener un hijo.

Para autores como Chachapoyas Bustamante, Valdez Quispe (2009) y Ramirez Bautista (2019) en su tesis titulada “La reproducción humana asistida sin el consentimiento del marido como nueva causal de divorcio” y “Negativa del consentimiento del cónyuge respecto a las Técnicas de Reproducción Asistida como

nueva causal de divorcio 2018” respectivamente indicaron que, el uso de las TERAS sin el consentimiento del cónyuge transgrede los derechos y deberes que nacen de la unión conyugal, llegando a la conclusión que el derecho a procrear de la mujer debe ser compartido con el hombre, y ante la falta de consentimiento, o ante la negativa, debe ser considerada como causal de divorcio pues se trata de situaciones que afectan directamente la institución del matrimonio, consideración que sin duda alguna obliga a proponer reformas al código civil de 1984. Tales investigaciones son importante porque hace entender que aun cuando la madre tenga derecho a ejercer su derecho a formar familia y a ser madre debe hacerlo siempre sin vulnerar los derechos de otras personas, porque de lo contrario transgrede esa esfera personalísima del cónyuge varón para decidir ser o no padre, además, entiende que tal conducta conduce al divorcio con lo cual se está de acuerdo, sin embargo, luego señala que la conducta en sí misma puede traer como consecuencia una nueva causal de divorcio, olvidando las causales ya existentes en el Código Civil.

Para Reyna Castro (2018) en su tesis titulada “La inseminación artificial heteróloga no consentida, como causal de separación de cuerpos y divorcio ulterior” en la que tuvo como objetivo principal determinar si es conveniente jurídicamente la incorporación de la inseminación artificial heteróloga no consentida, como causal de separación de cuerpos y divorcio ulterior en el artículo 333° del Código Civil Peruano, llegando a concluir que la inseminación artificial heteróloga afecta a la institución del matrimonio, cuando no fue consentida por el cónyuge y genera el incumplimiento a los deberes del matrimonio y afecta a la dignidad del cónyuge. Esta tesis es importante, porque se puede percibir que el acto de inseminación

heteróloga sin consentimiento constituye motivo suficiente para el divorcio y aunque se propone una nueva causal para ello, no se dice cual o como quedaria la nueva causal. Por otro lado, se menciona la afectación al cónyuge perjudicado principalmente teniendo en cuenta su dignidad, valor jerárquico del cual se dependen todos los derechos de la persona.

Para Fustamante Sánchez (2018) en su tesis titulada “La Inseminación Artificial Heteróloga sin consentimiento de uno de los cónyuges como nueva causal de Divorcio” en la que tuvo como objetivo general conocer y analizar con rigor las implicancias y consecuencias de la falta de consentimiento de uno de los cónyuges en la utilización de la Técnica de Inseminación Artificial Heteróloga, teniendo como principales conclusiones que la inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del cónyuge constituye una causal de divorcio por vulneración del deber de fidelidad de uno de los cónyuges y que la falta de consentimiento afecta directamente la institución del matrimonio. Esta investigación reviste importancia porque deja ver la confusión que existe para identificar la causal que puede ser alegada, pues si bien existe afectación a la dignidad del conyuge afectado, no constituye infidelidad porque para ello se necesita evidenciar el acto sexual de la conyuge mujer con otro hombre, lo cual no sucede con la inseminación heteróloga.

Para Saldaña Rojas (2019) en su tesis titulada “La reproducción artificial sin consentimiento del cónyuge como fundamento para el divorcio por injuria grave” tuvo como objetivo principal determinar si la reproducción artificial sin consentimiento del cónyuge se puede utilizar como fundamento para el divorcio por

injuria grave, se llegó a concluir que los criterios o las razones preponderantes para incluir la reproducción artificial sin consentimiento del cónyuge como fundamento para el divorcio por injuria grave como ofensa de hecho, está basada en: la falta de respeto al otro cónyuge, la infidelidad, la pérdida de confianza en la relación, en cónyuge engañado se siente ofendido, el menoscabo de su moral. Esta tesis es importante porque acerca la esencia del divorcio con respecto a la causal en la reproducción heteróloga sin consentimiento, pues, deja ver que ya no es necesario la creación de una nueva causal porque tal acto ya puede ser subsumido en dentro de la causal de injuria grave.

Para Merino Espejo (2007) en su tesis titulada “Aspectos de una ley eficaz sobre técnicas de reproducción Humana asistida en la legislación civil” concluyo que, la inseminación artificial heteróloga en el Perú trastoca los principios tradicionales del derecho de familia, careciendo de validez la presunción pater is. Esta tesis es importante porque refuerza la idea de regulación urgente del uso de técnicas de reproducción asistida y dentro de ellas se encuentra la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre, lo cual no quiere decir que se tenga que inventar una nueva causal de divorcio, sino que, a partir de la utilización que hace la gente de estas técnicas es necesario regular su utilización para evitar la vulneración de derechos de otras personas entendiendo que ya sucede y que no por ignorarlo va a dejar de usarse.

1.8. Marco teórico

1.8.1. El matrimonio como acto y como institución jurídica

El matrimonio puede adoptar diversas definiciones como trataditas que, de acuerdo a la época, han establecido una definición del mismo. Así Arellano Palefox (2009) ha establecido que cuando se habla de matrimonio como acto se refiere a aquel acto cuyo objeto es:

determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, por crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, y que no se agotan por la realización de las mismas, permitiendo su realización continua (p. 136).

Bajo tal premisa e independientemente de la concepción formal que se tenga del mismo por muchos otros autores, se puede entender que el matrimonio como acto encarna una cuestión solemne que involucra a dos personas de opuesto sexo asumiendo compromiso para una convivencia estable y de apoyo mutuo.

Por su parte el matrimonio como institución jurídica viene a ser el derecho objetivo acentuado en todo el conjunto de normas que regulan al matrimonio y que se ve materializado a partir de la concepción de matrimonio como acto, es decir, aquella voluntad que tienen las personas para contraer matrimonio y derivar con ello todos los efectos que se adhieren, se ve concretizado formalmente con el matrimonio como

institución porque son las normas jurídicas idóneas y pertinentes las que hacen solemne esa manifestación para casarse, por eso se dice que “Su establecimiento y constitución están unidos a una forma que debe cumplirse, es la teoría de la celebración matrimonial, de allí que no todas las uniones sean matrimonios, mientras que todos los matrimonios implican necesariamente una unión” (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 48).

Por su parte el Código Civil (1984), mediante el artículo 234 indica que el matrimonio es unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ello y formalizado con sujeción a las disposiciones de este código a fin de ser vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, deberes, derechos y responsabilidades iguales.

A partir de ello se puede afirmar que las relaciones jurídicas que desprende el matrimonio siempre van a visualizar una unión y con ello la consecución de una familia, pero no toda unión va a visualizar una familia.

Aquí yace la justificación para que la Constitución, el Código Civil y otras leyes especiales que regulen algunos de sus elementos y aspectos relacionados, como la voluntariedad de la unión, la diferencia de sexos entre las personas, la aptitud legal para poder contraer matrimonio entre ambos sujetos, la formalidad del acto, la finalidad última que sería hacer vida en común entre otros aspectos.

Por eso se encuentra el artículo 234 del Código Civil, del cual se infiere algunos elementos, como por ejemplo el consenso de los sujetos, la relación heterosexual, la formalidad, etc.

Entonces si bien el matrimonio debe adecuarse a las nuevas realidades sociales, tampoco puede desconocerse su importancia para al menos ser considerado como un mecanismo asegurador de derechos ya que todo matrimonio lleva implícita el contenido de formar familia, considerado incluso fuente primordial para la consecución de la misma.

1.8.2. Teorías relativas al divorcio

La doctrina, en cuanto a esta figura ha señalado que:

consiste en la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente al haberse incurrido en alguna de las causales previstas por la ley, poniéndose fin a los deberes conyugales y a la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial. (Varsi Rospligiosi, 2007, p. 9)

De la cita anterior se puede inferir que la figura del divorcio puede ser catalogado como una institución que pone fin a la unión entre hombre y mujer y que indefectiblemente solo es afectada cuando esta es declarada judicialmente, es decir, los cónyuges pueden estar separados, pero si no existe declaración judicial de divorcio el matrimonio entre ambos no se ve afectado de ninguna manera.

El divorcio consiste en la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente al haberse incurrido en alguna de las causales previstas por la ley, poniéndose fin a los deberes conyugales y a la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial (Pérez Contreras, 2010, p. 66).

Ahora bien, es cierto que la arista principal es la disolución del vínculo matrimonial, pero con ello aparece también otros efectos de carácter patrimonial, por ejemplo, la fijación de gananciales, alimentos, etc.; y de carácter personal como son la patria potestad, la tenencia, que muchas veces se ve diluido por el rompimiento del vínculo matrimonial.

De esto último, quizá, la protección primordial para el matrimonio porque su celebración no es un simple contrato, sino la formación de todo un aparato institucional que abarca relaciones intrínsecas y personalísimas de sus integrantes, y por lo mismo la legislación nacional le ha otorgado mayor seguridad jurídica frente a las otras formas de constituir familia, por eso, no es factible su disolución mediante el divorcio como si este fuera un contrato más, sino que se busca prevalecer la unión dentro de los límites del respeto y consideración de ambos cónyuges.

El Código Civil en el artículo 333 ha establecido diversas causales que responden a dos grandes teorías aún vigentes en el ordenamiento

jurídico peruano que han tratado de responder a las necesidades y nuevos paradigmas de los integrantes del matrimonio para llevar a cabo el fin del vínculo matrimonial a través de la figura del divorcio.

A. Divorcio sanción

Por esta teoría el criterio para configurarse el divorcio es a partir de la consideración de divorcio como sanción al cónyuge culpable que se sustenta en las 11 primeras causales del artículo 333 del Código Civil peruano.

Este paradigma encuentra antecedentes históricos en el Código Civil de 1936 en donde el divorcio como sanción se sustentaba en las causales del mismo, pero también en la denominación de “cónyuge inocente” y “cónyuge culpable”, cuyas sanciones eran grandes por ejemplo se establecía que el “cónyuge culpable” perdería todos sus gananciales, y la tenencia de los hijos era dada al “cónyuge inocente”.

Con el actual código se puede evidenciar que la teoría del divorcio sanción sigue vigente debido a que se mantienen las causales; y la calificación de culpable a uno de los cónyuges deja ver la diferencia en el tratamiento moral y pecuniario de uno y otro. Sumado a esto, la denominación de cónyuge culpable y cónyuge inocente se desprenden de los artículos 335, 340, 350, entre otros.

Queda sentado que, el divorcio toma concepción de sanción contra el cónyuge que ha incurrido en cualquiera de las 11 primeras causales del artículo 333 de Código Civil; además, es preciso señalar que la cónyuge inocente tiene un tiempo para iniciar los trámites de divorcio respectivos, en caso no lo hiciera se entiende que ha operado el perdón por lo que la demanda no será amparada.

B. Divorcio remedio

Es con la Ley N° 27495 que se se lleva a cabo modificaciones a las causales del Artículo 333 del código civil de 1984 , incluyéndose dos causales consistentes en la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de 2 años cuando no existan hijos menores de edad y de 4 cuando existan hijos menores de edad; así como la incompatibilidad de caracteres, es decir la imposibilidad de hacer vida en común, causales que una vez invocados deben ser debidamente probados.

Tales causales vienen a ser parte del divorcio remedio, causales que han ido incorporándose de forma paulatina en las diversas legislaciones del mundo y han sido vistas como:

“causales objetivas de disolución del matrimonio, como es el caso de la separación de hecho que no tiene que sustentarse en la existencia de cónyuges culpables o de

“Causales de divorcio en las que se subsume la inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge a partir del principio básico de hacer vida en común”

cónyuges víctimas. Estas puertas de ingreso (más bien de salida) tienen directa relación con la necesidad personal de los esposos de alcanzar espacios de realización que no encontraron en una relación matrimonial” (Vega citado en Andía Flores, 2016, p. 36).

La concepción de castigo hacia el cónyuge culpable se dejó de lado para entrarse en la idea de remedio a un hecho que siempre tendrá probabilidad de suceder, como es la ruptura del vínculo matrimonial, hecho que puede resultar doloroso y lesivo, pero a la vez humano.

La diferencia sustancial entre ambas teorías es en el divorcio sanción la causa del conflicto es la causa del divorcio, y el divorcio remedio el conflicto es en si mismo la causa del divorcio sin que interesen las causas o responsables del conflicto (Cabello Matamala, 2001, p. 403).

Luego de ello también se incorporó la Ley 29227 que cambio el divorcio exclusivamente como competencia jurisdiccional para extender competencias a las notarías y municipalidades cuando se trate de separación convencional y divorcio ulterior.

C. Divorcio incausado

El divorcio incausado como su propio nombre lo dice es al que, sin expresión de causa o divorcio unilateral, es decir la manifestación de voluntad que tenían los cónyuges para estar juntos ha desaparecido y se ha creado una nueva voluntad materializada en la decisión de terminar la

relación matrimonial. Esto quiere decir que para ser efectivo el divorcio solo debe bastar la voluntad expresa de los cónyuges o incluso solo uno de ellos.

Países como México y España recogen esta doctrina y la hacen parte de si, eliminando el divorcio como una necesidad y con ello todas las causales que hacían obligatorio la expresión de los motivos que llevaban al divorcio.

Con esta figura puede prevalecer los vínculos familiares conflictos familiares que por lo general se originan como consecuencia del divorcio. Esta corriente suprime las dos teorías antes mencionadas y hace del divorcio una figura mucho más simple en donde la sola manifestación expresa puede disolver el vínculo matrimonial, reduciendo tiempo y dinero para los interesados y el aparato estatal.

En el Perú no existe normativamente divorcio incausado como tal, por eso, haciendo una interpretación extensiva de lo dicho por Placido Vilcachagua (2008) en afan de defender al divorcio remedio, se tiene que, a partir de la causal de imposibilidad de hacer vida en común podría extenderse como una subespecie que en adelante nos acerque al divorcio incausado.

Se trata de la recepción legislativa, en nuestro sistema jurídico, de la tesis del matrimonio desquiciado o

dislocado; vale decir, la consideración al grado que la desavenencia entre los cónyuges ha alcanzado y, por ello, no puede alentarse esperanza alguna de reconstrucción del hogar. (Plácido Vilcachagua, 2008, p. 86)

Causal que venía a suplir todos aquellos vacíos que en la práctica se presentaban, porque a pesar de haber constatado que la relación matrimonial estaba desvanecida no se lograba acreditar ninguna de las causales que la ley establecía.

1.8.3. Contenido de ejercer el derecho de formar familia

La familia ha existido y perdurado en toda la historia de la humanidad, se atribuye su primera manifestación mediante el clan, sin embargo, ya la concepción que se tenía de ella ha sufrido algunos cambios como parte del desarrollo social.

Ha sido conceptualizada como un “conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependiente y recíprocos, emergentes de la unión intersexual, la procreación y el parentesco” (Zannoni citado en Pairumani Ticona, 2017, parr. 16).

Otra definición cataloga la familia como:

Un medio de realización de las personas, un ambiente de solidaridad, de afectos, uno de los varios escenarios de concreción de los concurrentes proyectos de vida que todos

construimos a lo largo de nuestros años, en un ambiente de recogimiento (protección), de experiencias domésticas y que deliberadamente se esconde a la mirada de los demás. (Vega Mere, 2010, p. 185)

En este sentido, la importancia de la familia se comprueba porque funciona como un escudo protector frente a todo tipo de agresiones, ya sean biológicas, físicas o del medio social porque precisamente la familia constituye un seno de amor y refugio para enfrentar la adversidad.

Pero como se dijo anteriormente el concepto de familia ha evolucionado y con ello su estructura, ahora la clásica idea de familia nuclear conformada por uno hombre, una mujer e hijos ha quedado limitado en comparación a la amplia variedad de lazos afectivos hoy se visualiza entre los miembros de la sociedad.

Por eso hoy se cuenta con familias extensas, caracterizadas por la agrupación de varias generaciones alojadas en un mismo hogar; familias monoparentales conformadas por el padre y los hijo o la madre y los hijos; familias poligenéticas o reconstruidas, caracterizadas por la concepción de un ser humano haciendo uso de la fecundación in vitro; familias anaparentales conformadas por un grupo de personas sin ninguna relación consanguínea que comparten vivienda, gastos, actividades domésticas, etc. ; entre otras clasificaciones.

De esto se entiende que la familia tiene connotación natural pero también jurídica, porque sus relaciones personales trascienden de la esfera íntima para posicionarse como un componente que importa a la sociedad.

Por todas estas consideraciones es que su reconocimiento se encuentra en la norma máxima del ordenamiento jurídico, señalando que la familia debe ser protegida por la sociedad y por el Estado, independientemente de la fuente conformadora de ella, pues la familia es una sola y su fin último siempre será el mismo, lo cual implica algo más que una cita textual establecido en un dispositivo.

El estado tiene el deber jurídico/obligación de proteger a la familia y de propender a su fortalecimiento, y ello en toda actividad estatal, sea en su función legislativa a través de leyes que la protejan y fortalezcan, como en su función administrativa a través de la aplicación de aquéllas y de las medidas específicas que deba adoptar en su misión de satisfacer las necesidades públicas concretas a través de la prestación de bienes y servicios; pero también esa obligación pesa sobre el órgano jurisdiccional y contralor, puesto que ellos también son, obviamente, órganos del Estado. (Soto Kloss, 1994, p. 224)

Es por esta razón que en nuestro ordenamiento jurídico la familia se encuentra en un nivel máximo, con la perspectiva que para la sociedad y el Estado la familia debe estar protegida, indistintamente del núcleo que por sí misma ya conforma, debido que su fin último de la familia siempre será el mismo.

De ahí que la protección de la familia, involucra una serie de factores que van desde el individuo mismo hasta la participación de Estado. Por eso cuando se hace una revisión del Código Civil – Derecho de Familia se verifican normas que tratan la filiación, alimentos, derechos sucesorios, entre otros; todas estas con la finalidad de proteger esa célula tan especial que es familia.

Aún existen deficiencias en su regulación normativa, por ejemplo, las uniones de hecho impropias no tienen cabida dentro del marco jurídico de protección, empero independientemente de esas deficiencias el derecho a ejercer una familia es la acentuación en tiempo, espacio y forma de que los miembros así lo decidan y que el estado debe garantizar el respeto de ese apartado personalísimo de sus miembros.

1.8.4. Acerca de la relación paterno filial

Es la relación paterno-filial aquella que se forma entre un padre y sus hijos/as que nacen dentro de un matrimonio, haciendo mención al mecanismo legal del código civil en el artículo 361, dispone “El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario”.

La relación paterno filial implica dentro de una de las fuentes primordiales es la protección y asistencia necesarias para que las familias opten responsabilidades dentro de la sociedad, lo que conlleva a ser prioritario las capacidades de sus hijos por medio de los vínculos ceñidos de vida y convivencia afectiva con sus padres.

Ahora, siendo que el niño nace dentro del matrimonio, pero no contrae un vínculo paternal, por lo mismo no existiría ningún apego emocional, vulnerando de esta manera los derechos del padre a con el menor en su forma afectiva.

Ahora bien, el hecho de acudir de manera unilateral a los métodos de reproducción asistida trae efectos patrimoniales. Patrimoniales porque se considera al concebido hijo del cónyuge varón y por tanto estaría obligado a prestarle alimentos, vestido, educación e incluso el niño tendría derecho a llevar los apellidos de su padre y además la creación de un vínculo socio-afectivo entre los padres e hijos nacidos por la utilización del método de reproducción asistida. Haciendo notar que existirían implicancias personales y patrimoniales en la relación paterno filial.

Otra de las implicaciones, es que al realizar este tratamiento (Tera's) sin consentimiento del padre puede conllevar a el nacimiento de efectos jurídicos, como lo es la de impugnar la paternidad; de tal manera que los derechos del niño mencionados previamente quedarían desprotegidos.

1.8.5. Acerca de las practicas derivadas de las técnicas de reproducción asistida

La infertilidad y esterilidad siempre ha existido como patologías humanas que intervienen en la deficiencia de la procreación cuyos efectos se expresan en cambios fisiológicos y psicológicos, así mismo afectan derechos básicos a la salud sexual y reproductiva. De ahí que la biotecnología se constituya en un aliado de aquellas personas que padecen tales limitaciones biológicas.

Así, las técnicas de reproducción asistida han sido definidas como:

El conjunto de procedimientos realizados por un equipo médico, que se aplican por medio de una manipulación ginecológica con el objetivo de obtener gametos masculinos y femeninos que no generan modificación alguna en el patrimonio genético del embrión humano, los cuales serán utilizados según las necesidades requeridas para lograr la exitosa fertilización en aquellas parejas que son estériles. (González Cruz & Morfti, 2019, p. 239 - 240)

Otra definición la cataloga como “el conjunto de tratamientos médicos y procedimientos diversos que facilitan el embarazo cuando éste no se consigue de forma natural; ya sea por infertilidad masculina, femenina o ambas” (Ruiz Burgos & Flores Medina, 2017, p. 51), técnica que anteriormente sola era practicada en animales.

A todo esto, se ha venido discutiendo cuan ético resulta estas prácticas aplicas en seres humanos. Una primera teoría indica que el acto de

amor conyugal es el único lugar digno de la procreación humana, y por eso cualquier intervención que desnaturaliza ese amor conyugal no es éticamente admisible, pero puede resultar lícito como ayuda para procrear, es decir “esta teoría rechaza las técnicas de asistencia conyugal, cuando el producto o el objetivo no son alcanzados a través del acto conyugal” (Ciccone citado en Ruiz Burgos & Flores Medina, 2017, p. 53).

Otra de las teorías con mayor importancia es aquella que considera a la descendencia genética como un patrimonio cultural, ello debido a que el deseo de maternidad y paternidad es un legítimo patrimonio cultural de nuestra época que se da gracias a los avances de la ciencia y que se materializa a través de nuestra voluntad, por eso se afirma que:

Es un derecho, toda vez que el acceso a la reproducción asistida implica el ejercicio de una serie de derechos humanos, entre ellos: el derecho a fundar una familia, a la igualdad, a la no discriminación, a la autonomía reproductiva, a la salud y a beneficiarse del progreso científico. (Berlinguer citado en Ruiz Burgos & Flores Medina, 2017, p. 54)

De acuerdo con estas teorías la que se contextualiza al problema de investigación es la primera debido a que el procedimiento realizado unilateralmente por la cónyuge mujer, sin consentimiento del padre y con gametos distintos al de este es un acto que contraviene a ese amor conyugal, generando conflictos, no solo personales sino también patrimoniales.

Lógicamente esta práctica genera debate, por ejemplo en cuanto a su finalidad porque se dice que se busca la procreación de personas, sin embargo cuando existen uniones entre personas del mismo sexo la reproducción no es precisamente la finalidad de esta unión sino que viene a ser la unión para ser familia de dos personas, aparte de ello aparecen cuestiones como la filiación para determinar los apellidos del concebido, la obligación de los padres para proveer alimentos, los derechos sucesorios que se derivan, entre otros. La legislación nacional mediante el Código Civil solo indica que el hijo nacido dentro del matrimonio se reputa al conyugue masculino, salvo que pruebe lo contrario y que los padres tienen el deber/derecho de brindarles alimentos, el apellido, etc.; es decir no existe una regulación idónea y taxativa que recoja todos estos supuestos que ya vienen sucediendo en la realidad social y que asegure los derechos sexuales y reproductivos de varones y mujeres, así como la no discriminación de los diferentes tipos de familia para acceder a las nuevas tecnologías y brindarles la oportunidad de ser padres.

Lo más cercano que se tiene respecto a las técnicas de reproducción asistida es el artículo 7 de la Ley General de Salud el cual resulta insuficiente para cubrir las necesidades fácticas de la sociedad, pues solo refiere que cualquiera puede recurrir al tratamiento de sus infertilidades mediante el uso de técnicas de reproducción asistida para cuyo efecto de requiere del consentimiento previo y escrito de los cónyuges.

1.8.6. Teoría de los derechos fundamentales en relación a los derechos sexuales y reproductivos cuando se recurre a las técnicas de reproducción asistida

El ser humano está en constante contacto con sus semejantes, porque su naturaleza siempre será la socialización de sí con otros (Lanfranco González, 2012). Esta denominación introducida en un primero momento por Aristóteles es fundamental para entender el ejercicio del poder a partir de la formulación de principios organizativos que tienen como consecuencia última ejercer poder sobre otros, pero que a la vez se encuentran limitado por los propios principios.

Si bien en muchas de las figuras jurídicas la influencia del pensamiento jurídico filosófico es de la antigua Grecia, es gracias a China a través del dogma llamado "gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres" que se organiza el poder en garantía de los gobernados (Bobbio, 1985, p. 3), con lo cual se pretendía dejar atrás la vieja concepción del ser humano como objeto, actuante por la razón cualidad natural de todo hombre manifestada en el derecho a la libertad y en igualdad de todos los hombres.

Sin embargo, esta concepción de libertad e igualdad entre los hombres no fue concebida hasta después de la revolución francesa (siglos XVII-XVIII), cuya corriente instauró el estado liberal, que entre sus principales ideas tuvo a bien fundamentar la igualdad y libertad como

derecho natural, otorgar el poder al aparato estatal con la subsecuente división de poderes.

Ahí yace la legalidad para considerar al ser humano como sujeto de derecho, cuyos derechos se vuelven inalienables, inviolables e intransferibles como proyecto de dignidad humana reconocido como valor supranacional y que debe ser atendido por el gobierno.

En consecuencia, la textualidad en la Constitución hace que los derechos fundamentales tengan vigor, es decir abarca preceptos jurídicos señalados en un catálogo de deberes y derechos que se pretenden garantizar y que a su vez tiene la estructura de gobierno, cuya función si bien es ejercer el poder público también limitan el poder público.

Del hecho de considerar un derecho objetivo, reconocido mediante la constitución trajo la dación de diferentes documentos internacionales. El primero la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano (1789), pasando por el pacto de San José de Costa Rica (1978), el pacto de derechos Civiles y Políticos (1976), etc.

De tales consideraciones es necesario diferenciar entre derechos humanos y derechos fundamentales, pues este último tiene como base fundamental a los derechos humanos con la diferencia de que los derechos fundamentales son aquellos que están positivizados y a partir de ello

respetados. el modelo positivista transforma los derechos humanos en derechos fundamentales.

Los incorpora como un elemento esencial del sistema jurídico, que los reconoce y garantiza con la fuerza irresistible del único derecho válido, el derecho positivo, es decir, los respalda con el uso lícito de la fuerza física que ostenta en monopolio el Estado. (Bastida Villaverde & otros, 2004, p.14)

Sin embargo, los derechos positivizados se deben entender de manera flexible porque precisamente son las constituciones las que regulan una suerte de *numerus apertus* que incluye cualquier derecho no considerado taxativamente, por ejemplo, la constitución peruana mediante su artículo 3 contiene *numerus apertus* siempre que se funden en la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo, el estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

Diversos doctrinarios han expuesto sus ideas acerca de la teoría de los derechos Fundamentales. Ferrajoli ha instaurado la teoría garantista de los derechos fundamentales, quien jerárquicamente considera en primer lugar a los derechos civiles y políticos, en segundo a los derechos económicos, sociales y culturales y finalmente en los derechos plurales como el derecho un medio ambiente saludable, la libertad informática, entre otros (López Sánchez, 2011, p. 51).

Diferencia entre derechos de libertad y derechos sociales, siendo los primeros prohibiciones delimitación para los poderes públicos, los segundos como obligaciones de prestación también para los poderes públicos siendo el común denominador de ambos el garantismo como modelo de constitucionalismo “en donde las expectativas pasivas de los derechos fundamentales provienen de las personas, y las modalidades activas provienen del rol del Estado, es decir, el garantismo está en relación de un “hacia adelante” y “hacia atrás”” (Ferrajoli, 2016, p. 55).

Son fundamentales los derechos “que no se pueden comprar ni vender”, esto es, aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de sujetos con capacidad de obrar. Por su parte, son «derechos subjetivos» todas las expectativas positivas (de prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica y en razón de su status o condición de tal, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, “como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”. (Contreras, 2012, p. 124-125).

Se evidencia el carácter universal de los derechos fundamentales evidenciando que las normas siempre son de carácter general y siempre son de carácter universal con posibilidad de ser introducidas objetivamente. Dato importante es la clasificación que realiza de entre los derechos, pues entiende que no por estar positivizados constitucionalmente todos ellos tengan el carácter de fundamental, por ejemplo, del derecho al trabajo requiere del desarrollando del Estado para poder garantizarlo, evidenciándose la concurrencia de gobierno y garantía.

También se encuentra la teoría de Barak, quien cataloga a los derechos fundamentales como un todo universal propio del ser humano , es decir como una suerte iusnaturalismo preexistente al ordenamiento jurídico, indica que los derechos fundamentales no se encuentran en conflicto o al menos nunca debería encontrarse, porque el garantismo que les asiste no implica el favorecimiento de uno a expensas de la desprotección del otro, sino que el acogimiento por uno de ellos puede darse mediante la interpretación jurídica (Barak, 2017, p. 109).

Finalmente, otro autor de renombre cuyo nombre es Alexy (2017) indica que los derechos fundamentales se encuentran en niveles distintos, situación que es resuelta mediante la ponderación, que implica una fórmula matemática de otorgamiento de pesos en un caso concreto, entendiendo que de no presentarse tal circunstancia los derechos fundamentales van a estar siempre al mismo nivel.

Esta diferenciación trae a colación la estructura de la norma de derechos fundamentales, lo cual es expresada a través de reglas, principio reglas y principios cuyos parámetros de actuación se reflejan a través de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha.

Así de acuerdo a las teorías antes mencionadas el hecho de que la madre haya acudido unilateralmente a practicarse las técnicas de reproducción asistida es el reflejo del ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, del derecho a ser madre y del derecho a formar familia.

Sin embargo el derecho no tutela los derechos únicamente de determinadas personas, sino de manera que cualquier persona indistintamente del sexo, ideología o de cualquier otra índole, por eso se encuentra en contra posición los derechos del cónyuge, pues también debe ser respetado el hecho de no querer ser padre y con ello los efectos personales y patrimoniales que puedan desprenderse como por ejemplo la filiación, los alimentos, los derechos sucesorios, y aparte de ello el cariño y afecto que debe existir entre padres e hijos.

El sistema jurídico peruano prescribe que el menor goza de diversos derechos desde su procreación contando con un bagaje de derechos acordes a su condición, derechos tales como el del natus a nacer o derechos generados por ser persona humana una vez que este haya nacido vivo. Señalándose que, los menores tienen una diversidad de derechos, tales como: el derecho a tener un nombre, cuidado, protección, alimentos, entre otros. Sin embargo, como se señaló anteriormente, cuando la reproducción humana sucede de manera unilateral mediante las nuevas tecnologías, el padre puede tomar dos opciones, una de ellas es aceptar como su hijo al

menor o impugnar la paternidad, quedando así desprotegidos los derechos del niño.

Todas estas cuestiones están conexas al presente trabajo de investigación, por eso su mención es meramente descriptiva. La cuestión de cómo debe resolverse constituye otro tema de investigación en que se evidencien, trabajos de ponderación y garantías como señalan los tratadistas anteriormente mencionados.

En esta investigación se puede entender que la consecuencia más gravosa para el vínculo matrimonial cuando ha existido una inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge es el divorcio, empero la cuestión a desarrollar es cuál de las causales entre injuria grave o conducta deshonrosa es la que calzaría ante tal situación fáctica.

1.8.7. Aspectos *Ius* filosóficos del tema

A. El principio básico de hacer vida en común

La finalidad de las uniones independientemente de su fuente originaria es hacer vida en común. La unión implica compartir un destino, entregarse y amarse con proyección a un destino común.

En conjunto, ese binomio de vida, va a integrarse en compromisos que dejan de lado lo personal para sumar esfuerzos y llevar a cabo actividades afines con un mismo

proyecto de vida que se encuentra consolidado por el grado más alto de efectividad. (Varsi, 2011, p. 34)

Esta concepción que se ve reflejada en las uniones encuentra su formalidad en la institución del matrimonio cuya finalidad de hacer vida en común se sujeta de tres elementos: fidelidad, asistencia y cohabitación valores que se van acentuando a lo largo de la vida de la pareja, dejando huella existencial en su descendencia, decir el matrimonio como institución de formalidad implica un resguardo y seguro para ciertos derechos de la pareja, aunque los valores de fidelidad, existencia y cohabitación no deberían ser solo del matrimonio sino de toda unión que contiene familia.

Establece que la sociedad conyugal permite a los cónyuges enfrentar el porvenir; dentro de esa unión satisfacen el deseo sexual que es normal e inherente a su naturaleza. La aproximación de los sexos es natural en la convivencia entre marido y mujer que, ordinariamente, suscitan el desenvolvimiento de sentimientos afectivos recíprocos, de los cuales, el deber de mutua asistencia es un mero corolario; de la unión sexual resulta la prole, cuya sobrevivencia y educación reclaman la atención de los padres; se quiera o no los fines del matrimonio íntimamente están ligados a la naturaleza humana. (Rodríguez citado en Varsi, 2011, p. 51)

De esta cita se puede dar cuenta que la unión de un varón y una mujer son cuestiones intrínsecas y personalísimas del individuo que responden a ese sentimiento de amor, comprensión y apoyo en cualquier circunstancia de la vida, por ende, cualquier acto que atente contra esta

unión puede ser considerado como ilícito independientemente de quien lo ocasione.

Y como mencionan los autores en comento, una de las finalidades es la unión sexual, de la que resulta la procreación, pero como se ha visto existen muchos casos de infertilidad y esterilidad por lo cual la tecnología desempeña un papel importante como solución a estas afecciones, haciendo posible la procreación que muchas de estas parejas ansían.

Del uso de estas técnicas se pueden presentar ciertas situaciones inesperadas como lo son la procreación de niños de manera unilateral, es decir sin el consentimiento de uno de los cónyuges, situación que atenta contra el principio básico de hacer vida en común, debido a que al menos legalmente el padre debería responsabilizarse por el niño imponiéndole brindarle apellidos, alimentos, e incluso amor a un ser que no es suyo y no quiso procrear.

Claramente estas situaciones resquebrajan la unión y fortaleza que tienen las parejas, trayecto consigo problemas de desconfianza, separación e incluso violencia que finalmente se acentúa en el mencionado divorcio, cuya causal de injuria grave o conducta deshonrosa es lo que se pretende dilucidar con esta investigación.

1.8.8. Normatividad relativa al derecho de familia

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) es el principal documento referente al que se acude para tener referencia de un derecho. Respecto al tema de investigación lo más cercano a lo que se encuentra es la consideración del derecho a fundar una familia mediante su artículo 16 inciso 1, y también a considerar a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad.

Luego indica que la maternidad tiene derecho a un cuidado y asistencia especial, aclarando que los niños que nacen dentro del matrimonio o fuera de él tiene iguales derechos (art. 25, inc. 2). Este documento data de más de 7 décadas atrás, por lo que se entiende el silencio que opera respecto a las técnicas de reproducción asistida, pues para aquel entonces era impensable que pudieran existir técnicas para superar los problemas de esterilidad e infertilidad.

Otro de los documentos internacionales es la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), que respecto al tema de investigación lo más cercano que se ha encontrado es la protección a la familia, reconociéndola como elemento natural y fundamental a la sociedad, protegida por la sociedad y el Estado (art. 17, inc. 1) y en cuanto al matrimonio señala que el hombre y la mujer son libres de celebrarlo de acuerdo a con sus leyes internas, reconociéndoles iguales

derechos a los cónyuges, así como a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio (art. 17, inc 3 - 5), también establece que en caso de disolución del vínculo matrimonial deben adoptarse los mecanismo idóneos para asegurar la protección a los hijos bajo el principio de interés y conveniencia de ellos (art. 17, inc 4).

Es importante mencionar que mediante el artículo 18 se establece el derecho al nombre de toda persona, indicando que toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos; esta mención es importante porque resalta el derecho a la identidad de la persona, porque en el caso en concreto en el que el padre no haya prestado sus consentimiento para tener hijos de forma no natural no implica que el niño nacido no vaya a tener identidad, pues la ley internacional faculta para otorgarle apellido de uno de los padres.

El documento en mención señala diversos derechos de las personas como el de alimentación, salud, libertad de organización, entre otros basada en los atributos de la persona el cual tienen naturaleza complementaria al derecho interno de cada estado , empero se puede dar cuenta que de manera general se acerca a la regulación de los nuevos retos que ya suceden en la realidad al indicar por ejemplo que los niños son la base de la sociedad independientemente de su nacimiento matrimonial o extramatrimonial, la consideración del derecho a la identidad por al menos uno de los padres, entre otros.

Es decir, no existe expresamente regulación para las técnicas de reproducción asistida, pero señala aspectos generales que podrían aplicarse en toda situación, como los anteriormente mencionados, teniendo como base fundamental la característica de derechos esenciales a partir de la consideración de persona humana.

El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (1976), desde el preámbulo indica que los principios de libertad, justicia y paz se fundan en la dignidad que esta inherente a la familia humana y a sus derechos inalienables, también la reconoce como el elemento natural y fundamental de la sociedad, y como un derecho del hombre y la mujer para formar familia (art. 23, incisos 1 y 2).

Si bien no indica regulación expresa para las técnicas de reproducción asistida, si hace un enunciado general sobre los derechos del niño y de los deberes de su familia para con este, indicando que tiene derecho a un nombre, además de señalar los demás derechos inherentes a todas las personas.

En el ámbito nacional se encuentra en primer lugar la Constitución Política del Perú, que al igual que los demás instrumentos internacionales, también reconocen a la familia como el elemento fundamental y natural de la sociedad (art. 4), indicando que el matrimonio es la fuente primordial para constituir familia pero reconociendo a su vez al concubinato como una

de las formas de ejercer el derecho de familia, también que los hijos tienen los mismo derechos ya sean del resultado matrimonial o extramatrimonial, la maternidad y paternidad responsables, entre otros. Estos aspectos son las consideraciones más cercanas que se tiene con respecto al tema a investigar, pues no hay de forma precisa norma que señale como proceder en los casos en donde se hayan aplicado técnicas de reproducción asistida.

En el Código Civil peruano, el artículo 361 indica que los hijos nacidos durante el matrimonio son del padre, es decir que cuando la madre acude a realizarse el procedimiento unilateralmente para ser madre mediante técnicas de reproducción asistida si consentimiento de su cónyuge, el hijo que nazca de esa decisión va a ser reputado como padre a su cónyuge, situación que puede ser revertida mediante proceso judicial.

Es decir, tampoco existe regulación expresa del uso de las técnicas de reproducción asistida, lo que sí es claro es la posible consecuencia que puede operar frente a tal hecho que vendría a ser el divorcio, pero con la incertidumbre de no saber precisar la causa ya sea de injuria grave o conducta deshonrosa, situación que constituye el principal problema de investigación, independientemente de la existencia de otros problemas, como, por ejemplo, filiación, alimentos, nombre, etc.

El anteproyecto de reforma del Código Civil peruano parece recoger ya algunos supuestos facticos del actual contexto peruano, pues mediante el

artículo 415 indica que el uso de la reproducción asistida debe contar con el consentimiento previo, informado y libre las personas que se hayan sometido a su uso, indicando que los hijos que nazcan mediante este método se consideran matrimoniales (art. 415 literal a), empero puedo impugnarse tal hecho cuando no se haya prestado consentimiento por parte del cónyuge (art. 415 literal b); consideraciones que aún son genéricas se acercan ya al tema en específico, pero no se sabe la causal de divorcio que puede operar frente a tal hecho, más aún cuando este documento elimina en su mayoría las causales de divorcio.

Finalmente se encuentra la Ley General de Salud que mediante su artículo 7 indica que las técnicas de reproducción asistida son un método científico para superar la infertilidad pero que su uso debe ser siempre con el consentimiento de ambos progenitores, no llegando a indicar otros supuestos.

Toda esta normatividad antes señalada da cuenta de la escasa regulación que existe frente a hecho de gran relevancia porque involucra derechos de las personas y personas en sí misma, lo cual deja un margen de actuación para el Poder Legislativo en detrimento de las recomendaciones que los documentos internacionales vinculantes hacen al estado peruano en aras de garantizar los derechos de los ciudadanos.

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA

2.1. Enfoque del estudio

Esta investigación cuenta con un enfoque **cualitativo**, mismo que se orienta a “comprender los fenómenos explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con su contexto” (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 358); ello debido a que el fenómeno estudiado, o la circunstancia y comportamientos, son aquellos que se relacionan con el uso de técnicas de reproducción asistida, específicamente, la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre; empero, al ser este tipo de actos clandestinos, no quedó otra opción que revisar la casuística en la que se reproducen algunos elementos previos para su consecuente regulación, comprobada a través del desarrollo de un proceso, forma en la que, de manera indirecta se conoció la perspectiva que los participantes tuvieron en el desarrollo del uso de técnicas de reproducción asistida.

Por otro lado, debido a que quienes participan constantemente en los procesos civiles por de técnicas de reproducción asistida son jueces, fiscales y abogados de familia; se ha recabado información acerca de como materializan los derechos sexuales y reproductivos que involucran estos casos para todos los intervinientes.

2.2. Tipo de estudio

En cuanto a la tipología de investigación, corresponde a la tipología de investigación básica, cuya finalidad es mejorar el conocimiento *per se*, más que generar resultados o tecnologías que beneficien a la sociedad en un futuro inmediato” (Tam Málaga, Vera, & Oliveros Ramos, 2008, p. 146); en este sentido, la presente investigación guarda esta tipología debido a que, para lograr los objetivos planteados, demanda un estudio a nivel doctrinario, dogmático y teórico que no se valdrá de manipulación de variables ni modificación de la realidad.

Es decir, no se modificará ni manipulará ninguna categoría para obtener una discusión, pues, se basará, en gran medida, en las teorías desarrolladas por fuentes netamente primarias y, en menor medida, por fuentes secundarias, por eso, se utilizará a la familia, matrimonio y divorcio como principales categorías a ser estudiadas, para luego, argüir la causal de divorcio pertinente en los casos de inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge. Por otro lado, su finalidad es obtener y recopilar información para ir construyendo una base de conocimientos que se van agregando a la información ya existente para incrementar el conocimiento doctrinario, dogmático – jurídico afianzándose en el derecho comparado y fundamentación a nivel de teorías, principios y normas existentes.

2.3. Diseño de investigación

En cuanto a su diseño, la presente investigación corresponde a una teoría fundamentada, pues con esta, se busca conceptualizaciones de figuras como la familia, matrimonio y divorcio con incidencia en las técnicas de reproducción

asistida, específicamente en las inseminaciones heterólogas sin consentimiento del padre que son obtenidas a partir de los datos recogidos en la doctrina, norma y jurisprudencia y que, comulga perfectamente con el enfoque cualitativo antes señalado, pues permite que el investigador produzca “una explicación general o teoría respecto a un fenómeno, proceso, acción o interacciones que se aplican a un contexto concreto y desde la perspectiva de diversos participantes” (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, 2014, p. 472); lo que se pretende en particular, es, luego de conocer las perspectivas de la doctrina jurisprudencia y normatividad, así como el contexto en el que se resuelven los procesos de técnicas de reproducción asistida y fecundación in vitro, específicamente la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre, casos en los que concurren circunstancias especiales, para de ahí, proponer una explicación general que sirva de parámetro de actuación para futuros casos similares.

2.4. Operacionalización de variables

2.4.1. Fundamentos Jurídicos

Aquellos elementos que se consideran base o razón de ser del derecho, es decir sin ellos no existiría el derecho; de esta manera, se puede señalar que los fundamentos jurídicos son los pilares sobre los cuales se erige cualquier sub disciplina del derecho antes de construir sus dogmas. En el caso del uso de técnicas de reproducción asistida, específicamente la inseminación heteróloga sin el consentimiento del cónyuge, un fundamento jurídico es resaltante para justificar o no a la regulación en específico.

2.4.2. Estudio Multidisciplinario

Se trata del estudio multidisciplinario que debe ser ordenado por los jueces de manera previa a la determinación de la causal en la que se encuadra el uso de técnicas de reproducción asistida, específicamente la inseminación heteróloga sin el consentimiento del cónyuge, a fin de conocer los efectos que ha causado el delito en el ámbito psicológico, socio afectivo y cultural de quienes lo practican.

2.5. Población

Al ser un estudio de carácter dogmático no cuenta con población.

2.6. Muestra

Al ser un estudio de carácter dogmático no cuenta con muestra.

2.7. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Las técnicas de recolección de datos “comprenden procedimientos y actividades que le permiten al investigador obtener información necesaria para dar respuesta a su pregunta de investigación” (Hernández y Duana, 2020, p. 52), estos procedimientos cuentan con una estructura y contenido específico, pero que no puede ser materializado sin la utilización del instrumento que “incorpora el recurso o medio que ayuda a realizar la investigación” (Hernández y Duana, 2020, p. 51); vale decir,

cada técnica de recolección, se vale de un instrumento de recolección de datos para viabilizarla en la realidad.

En este sentido se ha estructurado una técnica relevante para el recojo de la información en la presente investigación, la cual es la observación documental, debido a que el estudio será cualitativo, no empírico y no experimental, la única técnica de recolección de datos será la observación de documentos que contengan la normatividad, jurisprudencia y doctrina respecto al tema. La observación es la técnica "que consiste en observar atentamente el fenómeno, hecho o caso, tomar información y registrarla para su posterior análisis" (Díaz Sanjuán, 2011, p.18). A esta técnica de investigación le corresponde el instrumento denominado **hoja de guía de observación documental** que facilita la organización de diferentes recursos de información relacionados al tema de investigación, es decir se trata de la consignación de los componentes que han servido de lumbreras para la búsqueda de información que resulte pertinente para que sentar conocimientos y fundamentos previos, así como para construir a partir de la discusión que se genera de la contrastación de dicha información con los datos obtenidos de la realidad jurisdiccional.

2.8. Procedimientos de recolección de datos

La recolección de datos dentro del presente trabajo de investigación, respondió a la estructuración metodológica planeada; en este sentido, se comenzó por construir las guías de observación documental y análisis de datos teniendo en cuenta los

componentes de investigación, así como las dimensiones con las que cada uno de estos cuentan, de manera que se ha cuidado la consistencia propia de la investigación tanto desde el planteamiento del problema, los objetivos de investigación y la propia elaboración de la hipótesis de investigación.

Cada una de estas guías han aportado a la recolección de las perspectivas de los participantes en los procesos del uso de técnicas de reproducción asistida, el contexto normativo que debe operar, la jurisprudencia y casuística que engloba el tema de investigación y han servido de insumo para la discusión de resultados.

Para la construcción de la presente investigación, se empleó el procedimiento de recolección de datos detallado a continuación. En primer lugar, para el procedimiento de recolección de documentos, el mismo que corresponde a la técnica de análisis documental, se recurrió a la búsqueda a través de la página web de la Corte Suprema De Justicia, en el área de servicios al profesional, en la sección jurisprudencia nacional sistematizada, eligiendo en específico inseminación artificial, encontrando un total de 35 resultados, de los cuales se consideró 3 casos, las mismas que servirán de análisis en el trabajo de investigación, para el caso de la jurisprudencia internacional se hizo la búsqueda a través del servidor google, así como para los tratados internacionales y doctrina respectiva.

2.9. Análisis de datos

Los datos obtenidos por las técnicas y sus respectivos instrumentos antes señalados, han sido analizados en función a su especialidad con la utilización de un método específico, en este sentido, para la comprensión de la normatividad y la jurisprudencia se ha utilizado el método hermenéutico, que cuenta con métodos específicos como el teleológico, el sistemático, el semántico, *ratio legis*, método dialéctico, entre otros que resultan eficientes para comprender los imperativos que llevan implícitos tanto la normatividad como la jurisprudencia vinculante.

No obstante, se han utilizado otros métodos para procesar la información fáctica obtenida, como es el caso del método socio jurídico, así como, el propio método analítico que es un método general que ha permitido descomponer en sus mínimas expresiones a los componentes y dimensiones estudiados, para que, con el uso del método sintético se construya un esquema normativo especial para el uso de las técnicas de reproducción asistida.

2.10. Consideraciones éticas

La presente investigación ha buscado en todo momento proceder en estricto cumplimiento de los estándares éticos contemplados por la Universidad Privada del Norte tanto para el procedimiento de recojo de datos como para la elaboración del informe de investigación; en el primer caso, en lo que respecta a la recolección de información tanto de la doctrina jurisprudencia y el derecho comparado, es decir de la información documental recabada; en el segundo caso, al momento de registrar

dicha información en el documento mismo de la tesis, acción que ha propiciado la máxima objetividad para evitar la tergiversación de pareceres o utilización arbitraria de la información.

Finalmente, se ha cumplido con las directrices contenidas tanto en los protocolos de la universidad como en documentos importantes como es el Manual de la Asociación de Psicólogos Americanos, a fin de evitar el plagio, la afectación el derecho a la propiedad intelectual o los demás derechos de actor de las fuentes revisadas.

CAPÍTULO III: RESULTADOS

3.1. Resultados de la doctrina

Tabla 1

Resultados sobre objetivo específico N° 1: Establecer los alcances del principio básico de hacer vida en común tanto para la relación conyugal como para la relación paterno filial.

| | |
|--|---|
| RAE (2022) | Forma de vida que consiste no solo en vivir juntos, sino en que quienes practiquen ese modo de vida compartan los bienes materiales. |
| Álvarez Olazábal (2006) | El matrimonio es un hecho jurídico familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos. Independientemente del concepto que se tenga de familia, si se demostrase que la imposibilidad de hacer vida en común afecta al matrimonio, también se estaría perturbando a una institución fundamental para el desarrollo de toda la sociedad como lo es la familia. |
| Reynoso Malqui (2001) | La unión espiritual y corporal en forma permanente de un hombre y una mujer, asociados bajo un mismo fin: la procreación y perfección de la especie, mutuo auxilio y consecución de la mas plena convivencia comunitaria, sancionada por la ley y disoluble solo en los casos en ella especificados. |
| Pérez Contreras (2010) | El matrimonio es la unión voluntaria, libre de vicios, de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en la que ambos se procuran respeto, igualdad, asistencia y ayuda mutua; pudiendo procrear hijos de manera libre e informada sobre la base de la paternidad y maternidad responsable. |

| | |
|---|--|
| Varsi Rospigliosi (2011) | <p>Acto jurídico familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos.</p> <p>Matrimoniarse implica compartir un destino, entregarse, amarse. Una comunidad de vida plena de existencia entre dos personas que se fijan un destino común.</p> |
|---|--|

Tabla 2

Resultados sobre objetivo específico N° 2: Establecer los efectos jurídicos que causa la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre sobre las relaciones derivadas del matrimonio.

| | |
|---|---|
| Ruiz Burgos y Flores Medina (2018) | <p>En estos casos, el donante no tiene ningún vínculo jurídico. Y el hijo nacido, se considera hijo del matrimonio donado. En el caso de los matrimonios heterosexuales en que ocurre este evento, es necesario el consentimiento del marido para que le sea reconocida la paternidad.</p> <p>Así, se presume como hijo nacido dentro del matrimonio. (Muñoz, 2016). Los vicios en la expresión del consentimiento podrían dar lugar a la impugnación de dicha filiación.</p> |
| Ruiz Burgos y Flores Medina (2018) | <p>La obligación de emitir el consentimiento por parte de la madre y de las parejas de hecho o de derecho de ella, antes de someterse a las “TERAs”, debería realizarse con la intervención del Notario Público como institución que representa la seguridad jurídica de los usuarios de sus servicios, y de la actividad previsoras que para su actividad se ha señalado en la ley.</p> |
| Turner Saelzer (2000) | <p>Atendiendo al interés superior del niño, resulta de mayor relevancia el proteger todo derecho humano a conocer cada individuo, su propio origen. POSICIÓN MAXIMALISTA. Que</p> |

es aquella que otorga el derecho del nacido bajo esta figura de las “TERAs”, a conocer y reclamar la paternidad del donante, con todas las consecuencias jurídicas que implican la determinación de paternidad o maternidad

En los supuestos de fecundación asistida con intervención de terceros (heteróloga), la filiación se determina a favor del varón o la mujer que, sin haber aportado sus gametos, consiente que su pareja recurra a aquella técnica para después del nacimiento asumir la paternidad o maternidad del nacido.

La fecundación heteróloga que se practica con conocimiento y consentimiento del marido lo inhabilita para demandar ex post por impugnación de la paternidad. Lo contrario sería entorpecer y negar sus propios actos, venire contra factum proprium non valet. En el establecimiento de la filiación debe primar la buena fe conjugada con la voluntad primigenia de permitir la fecundación con material genético de un tercero en la relación matrimonial.

Varsi

Rospigliosi (2011)

En cambio, en relación al anonimato del cedente, algunos señalan que el hijo tiene derecho a conocer la identidad de sus progenitores. Argumentan que este derecho está ligado con la dignidad y el derecho de conocer el origen biológico, lo cual es natural y lo más deseado por una persona. Por el contrario, la otra postura señala que el derecho de conocer la identidad del cedente constituiría una fuente de litigios, crearía incertidumbre en las parejas que recurrieran a esta práctica y violaría el derecho a la privacidad. Incluso, entre médicos y personal sanitario, existe la opinión generalizada de que el anonimato del cedente es una condición sine qua non para que exista donación de gametos.

El no consentimiento del marido por incapacidad. El acto procreacional se configura y legitima con base en la voluntad. La

decisión de tener un hijo genera obligaciones y responsabilidades que se deben asumir de manera integral. La incapacidad del procreante limita su responsabilidad y deberá comprometerse a quien utilice indebidamente el material genético.

Tabla 3

Resultados sobre objetivo específico N° 3: Identificar las causales de divorcio en las cuales puede encontrarse inmersa la inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge.

**Varsi
Rospigliosi
(2011)**

La falta de consentimiento de uno de los cónyuges en la participación del otro como aportante (marido) o receptora (mujer) afectan las relaciones conyugales, tipificándose una causal de divorcio (adulterio o injuria grave); siendo el hijo pasible de impugnación de su filiación.

**Varsi
Rospigliosi
(2007)**

Existen determinados supuestos específicos y graves que puede realizar el cónyuge que se encuadran dentro de la injuria grave o la conducta deshonrosa. Ambas situaciones no representan causales concretas, sino más bien estructuras legales que funcionan como una especie de cajón de sastre (*ut vulgum dicitur*) las que (y en específico la injuria grave) han venido a constituir una categoría residual que permite flexibilizar la apreciación judicial, frente a comportamientos contrarios a los deberes conyugales no contemplados expresamente por la ley (572)

**Fustamante
Sánchez
(2018)**

Es causal de divorcio la inseminación artificial heteróloga sin consentimiento por constituir la vulneración del deber de fidelidad de uno de los cónyuges. (p. 76). Se cree que el deber de fidelidad está orientado al respeto que debe existir entre cónyuges y se ha visto perjudicado por el actuar de la cónyuge, pues el deber de fidelidad no podría orientarse a la causal de divorcio porque para configurar tal causal es necesario la verificación del acceso carnal de la cónyuge con otra persona diferente a su esposo.

**Ramírez
Bautista (2018)**

Esta técnica de inseminación artificial perjudica a la institución del matrimonio cuando no es consentida por el cónyuge, el cual causa el incumplimiento a los deberes del matrimonio y dignidad del cónyuge (...) si ha determinado para la regulación de una nueva causal de divorcio respecto a las Técnicas de Reproducción Asistida frente a la negativa del consentimiento por parte de uno de los Cónyuges (p. 78)

Se puede acotar, que se está considerando al adulterio como la causal específica, al menor en un primero momento, porque se indica que el deber de fidelidad se ve fragmentado, sin embargo, el adulterio requiere que, específicamente el acto carnal sea probado. Por otro lado, luego indica que se ha diseñado una nueva causal pero no se dice cual, además la inseminación heteróloga ya puede ser subsumida en las causales existentes.

3.2.Resultados de la jurisprudencia y casuística

Tabla 4

Expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05

| Filiación subrogada | |
|----------------------------|--|
| Hechos | <p>Aurora Nancy Ballesteros Verau y Francisco David Nieves Reyes utilizaron el método de vientre subrogado para poder ser padres. Es así que, con la ayuda de Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, casados, la primera de las nombradas aceptó someterse a la técnica de vientre subrogado heterónimo, es decir, la implantación de un cigoto conformado por óvulos donados y espermatozoides del demandante Nieves Reyes. Para ello, las dos sociedades conyugales suscribieron el llamado “acuerdo privado de útero subrogado.</p> |
| Fundamentos | <p>No obstante, pese a tal acuerdo, cuando nacieron los niños, el médico tratante, al momento de efectuar el certificado de nacido vivo inscribió como madre a ésta última y como padre a Francisco David Nieves Reyes, por ello, RENIEC realizó el registro en las Actas de Nacimiento N° 79400620 y N° 79400640, siendo que contra tales actas se ha interpuesto recurso de amparo.</p> <p>Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la</p> |

aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos, sustentado en el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Entretanto que no exista una clara y expresa prohibición de celebrar contratos acuerdos de maternidad subrogada o de aplicar TERAs a supuestos distintos a los previstos en el artículo 7 de la Ley General de la Salud, se entiende que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculados, por tanto, es válido.

Tienen el derecho a fundar una familia, acudiendo a los métodos científicos y legales que permite el ordenamiento jurídico peruano, por lo que el RENIEC no puede cuestionar u obstruir la manera en que se constituye y estructura esta familia, debiendo, por el contrario, facilitar los medios para que esa familia sea precisamente instituida como tal, junto con sus hijos

Fallo

Declarar fundada la demanda de amparo.

Del expediente en comento, se tiene que la demanda de amparo es dirigida contra la RENIEC para dejar sin efecto las Resoluciones Registrales N° 29 9-2016-OSBORJ-JR10LIMGOR/RENIEC y N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIMGOR/RENIEC que declaran como padres a Francisco David Nieves Reyes y Evelyn Betzabé Rojas Urco respecto de las menores de iniciales L.N.N.R. y C. D. N. R; siendo que, la pareja de esposos Francisco David Nieves y Aurora Nancy Ballesteros

han recurrido a la técnica de alquiler de útero para poder ser padres, pero cuando nacen los niños se atribuye como madre a la señora Evelyn Betzabé Rojas Urco y a Francisco David Nieves Reyes como padre evidenciando el conflicto suscitado.

Ante ello, se puede evidenciar que efectivamente el uso de técnicas de reproducción asistida viene suscitando en nuestro medio, no existe regulación expresa que recoja y deje saber que hacer frente a estos supuestos. Y aun cuando no exista vinculación directa con el tema de investigación es de relevancia porque deja ver que existen vacíos en la ley que no deben ser vistos trivialmente, sino que deben ser tomados en cuenta a fin de proteger a los involucrados.

En este caso, si bien ambos cónyuges están de acuerdo para recurrir a las técnicas de reproducción el problema se presenta con la filiación de los padres respecto de los hijos porque la señora que alquilo su vientre no presenta carga genética y más aún interés para desenvolverse como madre del niño, sin embargo, la RENIEC tiene a bien inscribirla como madre desencadenando los efectos que se desprenden de su filiación convirtiéndolos en un conflicto de intereses e incertidumbre jurídica para todos los involucrados.

Tabla 5***Casación N° 563-2011, Lima***

Adopción de menor de edad

Hechos

Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la niña Vittoria Palomino Castro, nacida el 26/12/2006, arguyendo que la niña cuya adopción solicitan, es hija de don Paúl Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, agregan, que a la niña la tienen en su poder desde el 02/01/2007, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente; los demandados contestan la demanda, se allanan y reconocen la demanda en los términos que allí constan.

Fundamentos

Debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor. Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable

manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento.

Fallo

Infundado el recurso de casación

En el caso en concreto se tiene que los demandantes y los demandados, acordaron que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometían a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor Vittoria Palomino Castro, para que luego ésta sea entregada a los demandantes, lo que se concretó. Los demandados alegan que la adopción no se llevó a cabo en los términos que señala la ley y piden se le otorgue la patria potestad de la niña.

Ante ello, se señala que sí bien la adopción entre padres e hijos no puede darse, la prueba legal que determina la paternidad es el acta de nacimiento, en la cual el demandado Paúl Frank Palomino Cordero declara a la menor como su hija, por lo que, no se discute la paternidad de la menor.

Este caso resulta particular porque el padre biológico es también el adoptante, pero legalmente la niña es hija de otra persona, por lo que no habría impedimento para llevar a cabo la adopción, sin embargo, nuevamente se evidencia otra problemática con respecto al uso de técnicas de reproducción asistida pues los efectos que se desprenden son de trascendencia económica y personal y aunque no guarda relación directa con el problema de investigación, sirve porque deja ver la multiplicidad de situaciones que se pueden desprender del uso de las TERA´s y que lo hace aún más complicado cuando no se cuenta ni siquiera con lineamientos generales que orienten a la solución de estos casos.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta en el caso concreto que la niña llevaba muchos años viviendo con los pre-adoptantes por lo que es fácil admitir que se han generado lazos de afectividad muy fuertes y que son difíciles de romper, evidenciando además que los padres han podido concebirla de forma no ilícita porque el uso de las TERA´s no está prohibido taxativamente en el ordenamiento jurídico peruano y que muy por el contrario suceden en la realidad fáctica por lo que es necesaria su implementación jurídica.

Tabla 6

Casación N° 4323-2010. Lima

Fecundación in vitro

Hechos Se trata del recurso de casación interpuesto por PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) contra la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual revoca la apelada que declaró infundada la demanda de nulidad de acto jurídico y reformando la declara fundada.

Fundamentos La inseminación artificial permite la posibilidad de la maternidad subrogada o vientre en alquiler, no se encuentra reconocida legalmente en nuestro país, sin embargo, los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida, denominada ovodonación en virtud de la cual la mujer puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que se requiere de una donante para que le ceda el óvulo necesitado, al respecto se debe señalar que si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo en virtud al axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, reconocido por el Tribunal Constitucional, es que, el aludido procedimiento de “ovodonocación” no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.

Indicando que la prescripción del artículo 7 de la Ley General de Salud se refiere a que la condición de madre genética y madre gestante debe recaer sobre la misma persona, realmente se refiere al denominado “vientre de alquiler”.

Fallo Fundado el recurso de casación

En el caso sub análisis, se presentó la técnica de ovodonación la cual implica la fecundación con gametos de terceros donados de manera anónima, técnica que según en segunda instancia, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima considero que es contrario a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Si bien este caso tampoco tiene relación directa con el tema de investigación, es importante porque reafirma la posición de urgencia de regulación sobre las técnicas de reproducción asistida, pues sin ellas, se recurre necesariamente a los métodos de interpretación del derecho como el método sistemático que es el método usado en el caso en comento.

Con todo ello, la jurisprudencia encontrada no responde directamente al tema de investigación, pues es difícil encontrar un caso en concreto que señale que causal en específico debe ser cuando se trate de una inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge varón pues muchas veces tal decisión dependerá de factores personalísimos del caso en concreto; lo cierto es que evidencia que el uso de

estas técnicas está sucediendo y ante tal hecho el derecho no puede comportarse silencioso.

3.3. Resultados de la legislación comparada

Respecto a la tratativa civil para la causal de divorcio cuando existe inseminación heteróloga unilateral, es decir cuando no existe consentimiento del cónyuge varón para realizar el procedimiento de fecundación utilizando una técnica de reproducción asistida, se creyó a bien comparar la legislación nacional con otros países de Latinoamérica. De manera que, considerando a Uruguay, se encontró que no existe una causal en específico para este supuesto, pero se menciona que las sevicias o injuria grave del uno o del otro puede configurar el divorcio, siendo tarea exclusiva del juez determinar una u otra de acuerdo a la educación y condición del cónyuge agraviado.

Asimismo, se consideró a Costa Rica, que al igual que el caso de Uruguay no contiene una causal específica para el tratamiento de inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge varón, pero recoge la causal de sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos, en la que tal supuesto fáctico podría ser subsumido.

Finalmente, en el caso de Argentina, tampoco existe una causal en específico, pero se establece la causal de injurias graves en donde podría caber tal situación fáctica, añadiendo que para su determinación es necesaria la

evaluación del juez considerando la educación, posición social y demás circunstancias que pudieran presentarse.

Tabla 7

Resultados sobre objetivo: Identificar las causales de divorcio en la cuales puede encontrarse inmersa la inseminación heteróloga, sin consentimiento del padre.

| Derecho comparado sobre causal de divorcio para la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre | | | |
|--|----------------------------------|-------------------|----------|
| Uruguay | Sevicia o injuria grave | Código Civil | art. 148 |
| Costa Rica | Sevicia | Código de Familia | art. 48 |
| Argentina | Injuria grave Injuria grave o | Código Civil | art. 201 |
| Perú | conducta deshonrosa | Código Civil | art. 333 |
| Chile | Injuria Atroz | Código Civil | art. 324 |
| México | La sevicia o injuria grave | Código Civil | art. 267 |

Por lo tanto de la legislación comparada con respecto al tema Uruguay, Costa Rica, Argentina, Chile y México como se evidencia que no existe en específico una causal cuando se esté frente a una inseminación heteróloga sin consentimiento del padre, sin embargo, se puede visualizar que existe la causal de sevicia, injuria grave o conducta deshonrosa, injuria Atroz, asumiendo el tesista que el silencio respecto a que no haya una causal en específico es porque puede ser incluida en cualquiera de las anteriores señaladas para lo cual los propios códigos en sus respectivos artículos de la tabla en comento, prescriben que será facultad de juzgador decidir cuál es la causal que corresponde de acuerdo a las características que presente; porque se

entiende que, finalmente lo que el legislador quiso plasmar es la facultad discrecional del juez al determinar, en cada caso en concreto, la causal vinculada con la disolución del vínculo matrimonial por motivo de vulneración de la manifestación de voluntad del cónyuge que no consintió la inseminación heteróloga, tal como se señaló en líneas arriba.

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

4.1. Discusión

4.1.1. Afectación interna y externa que afecta el deber básico de hacer vida en común

Primero es necesario hacer hincapié en la falta de regulación en el sistema jurídico peruano pues ello ha traído como consecuencia la clandestinidad en sus uso y una serie interminables problemas jurídicos y sociales que se han visto reflejados en la puesta en peligro de los derechos fundamentales como es el caso del derecho a acceder a una familia, el derecho a la vida del concebido, el derecho a la libertad contractual respecto a los servicios prestados para hacer posible la vida que no puede ser concebida naturalmente, así como para hacer posible el acceso al derecho de familia por parte del concebido.

La técnica de maternidad subrogada, que como ya se ha visto no se encuentra regulada en el Perú, es una de las técnicas mayormente usadas, pues tal práctica no afecta en los más mínimo al interés superior del niño y a la relación paterno filial, siempre y cuando se realice por cuestiones terapéuticas; es decir, que se lleve a cabo cuando la mujer interesada en tener un hijo, por cuestiones biológicas no pueda concebir, por debilidad en el endometrio, por habersele practicado una histerectomía parcial, entre otras circunstancias similares; y en caso esta se encuentre casada tenga el consentimiento expreso de su cónyuge, tal como lo señala el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Ello es así porque privilegia a la familia debido a que media el interés de las personas por tener hijos, lo que se configuraría con la suscripción de una cláusula contractual de asegura la maternidad y paternidad del menor anidado, quienes adquieren todos los derechos de la paternidad, pero también todas las obligaciones que esta trae; asegurándose así el interés superior del niño y la promoción y protección de la familia. Empero el problema como ya se ha visto esta cuando el cónyuge varón no ha prestado su consentimiento, y aun así por estar casado debe asumir todas las consecuencias que ello genera.

En ese sentido, el contrato que medie en un procedimiento de fecundación con un embrión extracorporis, debería ser entendido como un medio para proporcionar seguridad jurídica en el procedimiento médico que tiene por propósito proporcionar el acceso a la procreación y, con ello, a la familia para las parejas que pretenden contar con prole; así como, para tutelar los derechos del nasciturus, cuya vida ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional a partir de la fecundación, pero además como un medio que evidencie el consentimiento expreso de ambos cónyuges y que a la falta de consentimiento de uno de ellos no debería ser practicada, es decir los responsables de la realización de este procedimiento que podría ser cualquier clínica especializada en esta técnicas deberían tener en cuenta este aspecto.

Se indicado que esta práctica puede afectar a los propios fundamentales que anteriormente se han señalado porque va contra el contenido mismo de persona y

dignidad humana, pero se debe tener en cuenta que estas prácticas vienen sucediendo en nuestra realidad y no van a desaparecer porque el legislativo decida omitirlo, muy por el contrario, van a estar siempre en mayor medida dentro de la sociedad debiendo el legislativo procurar su regulación.

Ahora bien como se ha señalado el problema radica cuando no existe consentimiento por uno de los cónyuges y aun así se realiza la técnica de reproducción asistida, aspecto para el cual tampoco existe regulación, sin embargo, se puede entender que al no haber consentimiento esa persona no quiere ser padre, por lo que los derechos al uso de estas técnicas no le conciernen, muy por el contrario se estarían violando sus derechos sexuales y reproductivos, los que se ven oscurecidos porque al estar casado todos los efectos respecto a la fecundación del concebido le asisten, acto que evidentemente podría traer problemas en la pareja, y consecuentemente en la relación conyugal y paterno filial que se tiene respecto del cónyuge que no ha prestado consentimiento.

Es decir, teóricamente el matrimonio implica el hacer vida en común, para compartir el ámbito material y espiritual uno y otro, cuya finalidad se ve menguada por la interferencia de este tipo de casos.

No se está haciendo un enfrentamiento de derechos entre padre y madre, solo se está indicando los derechos involucrados de ambos y su relación con el principio de hacer vida en común que es lo que persigue el matrimonio, principio

que se ve afectado por cualquier interferencia que haga insoportable la vida en común.

Este principio es una construcción a la que se ha tratado de dar contenido a partir de lo dicho por la doctrina en cuanto a matrimonio, ya que como principio básico como tal aún no se ha dicho nada, pues lo máximo que se llega a indicar es que la finalidad del matrimonio es hacer vida en común, después de ello se encuentra como la causal de divorcio “imposibilidad de hacer vida en común”. Por eso se sustenta que todo acto que diluya esa relación debe ser dejado de lado para no afectar esa vida en común de los cónyuges, no obstante, esto constituye una acción pre que casi nunca es tenida en cuenta.

La consecuencia que interesa en esta investigación es el resquebrajamiento del vínculo matrimonial que en muchos casos lleva al divorcio, y que la doctrina ha señalado que cuando no hay consentimiento de uno de los cónyuges se afecta la relación conyugal, y se configura una causal de divorcio la cual puede ser adulterio o injuria grave, facultando al hijo impugnar su filiación y al padre impugnar su paternidad. La determinación de una u otra es una cuestión valorativa que le concierne al juez de acuerdo a las circunstancias particulares del caso en concreto, es decir puede ser una o la otra.

Esta afirmación se sustenta en la corriente filosófica del escepticismo en la cual en términos sencillos indica que las normas pueden ser tantas como las características de cada caso en concreto y en ese sentido cada caso en concreto no

lleva a una u otra solución. Se afirma que la norma no es lo que está escrito sino lo que se presenta en la realidad de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso.

Punto que se ve reforzado con la utilización del método dialectico que presenta tesis y antítesis por el cual se puede tener un caso A con una solución B, pero también puede pasar un caso C cuya solución ya no sería B sino D y así sucesivamente; esto porque la naturaleza de esta investigación requiere una cuestión valorativa que le compete únicamente al órgano jurisdiccional de acuerdo al caso tenido.

Si bien en un primer momento se pensó que la causal de divorcio idónea podría ser únicamente la conducta deshonrosa debido a que se creyó en la afectación al honor interno y externo que produce la inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del cónyuge, porque la sentencia N° 018-96-I/TC diferencia entre injuria grave y conducta deshonrosa indicando que la primera es toda ofensa inexcusable e inmotivada al honor y la dignidad de un cónyuge producida en forma intencional y reiterada por el cónyuge ofensor, mientras que la conducta deshonrosa aparte de evaluar la conducta que haga insoportable la vida en común, también debe tener en cuenta el honor interno y externo de la víctima, interno porque implica la apreciación de sus propios valores y virtudes y externo sobre la apreciación terceros para aceptar la conducta deshonrosa de su cónyuge.

Sin embargo, esto último puede ser la solución de un caso en concreto. Imagínese una pareja de esposos A y B, en donde A decide procrear a C sin el consentimiento de B en donde B va a pedir la disolución del vínculo matrimonial por causal de conducta deshonrosa, en donde el juez analiza y valora las circunstancias particulares, indicando que B es una persona a quien no le importa las opiniones de los demás, es decir, su honor externo no se ve afectado por la conducta de A, entonces declara el divorcio por causal de injuria grave; evidenciando el escepticismo y método dialéctico que se presentan en este tipo de investigación y que ha sido señalado anteriormente.

Es de tener en cuenta que aun con las circunstancias particulares de cada caso el resultado siempre va a estar encaminado a la configuración del divorcio, ya sea por uno u otra causal, lo cual queda evidenciado de la legislación comparada en donde se señala como causales a la injuria grave o sevicia, aclarando incluso que es el juez quien debe valorar una u otra, quizá por ello no se encuentra jurisprudencia netamente específica sobre cuál debería ser la causal pero si se ha evidenciado que el uso de estas técnicas sucede en el territorio peruano e incluso internacional y que no debe ser ajeno a la función legislativa.

Obviamente este tipo de actos al desencadenar en la afectación al vínculo matrimonial afecta a los deberes conyugales de los esposos, pues se dará término al deber de cohabitación, fidelidad y ayuda mutua, teniendo el esposo el instrumento legal de impugnación de paternidad para indicar que el concebido no es su hijo, instrumento que puede ser útil, pero demanda gasto de tiempo y dinero.

4.1.2. Implicancias

El presente trabajo de investigación brinda información teórica objetiva respecto a la conducta deshonrosa e injuria grave como causales de divorcio frente a una inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge, que será de utilidad para todo especialista en derecho civil. Asimismo, de manera práctica será un aporte esencial para toda autoridad encargada específicamente de la determinación de la causal en estos casos.

La implicancia jurídica reside concisamente en las obligaciones y deberes del matrimonio con respecto al no consentimiento del cónyuge en relación a los tratamientos de reproducción asistida, lo que ostenta de motivo suficiente de uno de los cónyuges para poder solicitar el divorcio por causal de conducta deshonrosa o injuria grave.

La implicancia práctica de la tesis radica en su utilidad para fomentar la reflexión tanto en el legislador como en el magistrado sobre la peligrosidad de no regular estas situaciones fácticas, olvidando que el derecho se hechos, valores y normas.

CONCLUSIONES

1. De la presente investigación se desprende que las causales en las cuales se puede subsumir la inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge a partir del principio básico de hacer vida en común son: la conducta deshonrosa, en el aspecto a que haga insostenible la vida en común, afectando, el honor interno y externo de la víctima; o, injuria grave, entendiéndose como toda ofensa inexcusable e inmotivada al honor y la dignidad de un cónyuge.
2. Se concluye que los alcances del principio básico de hacer vida en común son: con respecto a la relación conyugal, al momento de constituir una relación como pareja, los cónyuges deben respetar los deberes y derechos en común que conlleva el matrimonio como son la confianza y el respeto; ante ello, cuando uno de los cónyuges realiza actos que afecten a la relación conyugal como el de la inseminación heteróloga sin el consentimiento de uno de los cónyuges, conlleva a una situación de vulneración de manifestación de voluntad del cónyuge, de tal manera que se estaría incumpliendo con los deberes que corresponden a la relación marital, acto que puede llevar a la disolución del vínculo matrimonial; por otro lado, en cuanto a la relación paterno filial, genera derechos y deberes del padre con el menor tanto es aspectos afectivos como jurídicos, en cuanto al aspecto afectivo este se vería afectado dado que la procreación del menor dentro de un matrimonio sin el consentimiento por parte del padre, puede generar la vulneración del lazo paternal y por ende ningún afecto emocional y, en el aspecto

jurídico, debido a que el padre estaría obligado a prestarle alimentos, vestido, educación e incluso el niño tendría derecho a llevar los apellidos de su padre.

3. Se concluye que los efectos jurídicos que causa la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre sobre las relaciones derivadas del matrimonio son: primero, el divorcio, al tratarse de una sanción contra el cónyuge que ha incurrido en alguna de las causales expresamente establecidas por el legislador, lo que conlleva a determinar que, para el caso en concreto de inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge se estaría incurriendo en una falta por haber realizado un tratamiento sin tal aprobación y atentar contra de los deberes del matrimonio tales como el respeto y al honor, ocasionando un posible daño y menoscabo a la moral, lo que genera como consecuencia el divorcio; otro efecto jurídico, se sitúa en las consecuencias que conlleva la disolución del vínculo matrimonial, como son aquellas consecuencias que acarrea la teoría del divorcio sanción regulado en nuestra legislación como son el cese de la obligación de alimentar al otro cónyuge, el fin al régimen de sociedad de gananciales, la pérdida el derecho sucesorio, entre otros.

4. Se concluye que las causales de divorcio en las cuales puede encontrarse inmersa la inseminación heteróloga, sin consentimiento del padre son: la conducta deshonrosa por aquella conducta que haga insoportable la vida en común, teniendo en cuenta el honor de la víctima según la situación, o injuria grave, en el sentido que se trata de toda ofensa inexcusable e inmotivada al honor y la dignidad de un cónyuge producida en forma intencional y reiterada por el cónyuge

ofensor. Las cuales, según las circunstancias particulares que encierren cada caso en concreto, deberán ser analizadas y valoradas por el juez, evidenciando que deberá resolver según la situación y los hechos en el caso en concreto; pues podría darse un caso similar con situaciones diversas donde se verificará si se afectó o no el honor el cónyuge.

RECOMENDACIÓN

Se recomienda a futuros investigadores de esta temática, a realizar estudios profundizando sobre los diversos aspectos relevantes y efectos que acarrea el uso de las técnicas de reproducción asistida, en especial, la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre, en cuanto la relación conyugal y relación paterno - filial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abundis Rosales, M. A., & Ortega Solís, M. Á. (2010). *Matrimonio y divorcio. Antecedentes históricos y evolución legislativa*. Puerto Vallarta, Jalisco: Universidad de Guadalajara.
- Aguilera Portales, R. E. (2011). Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos. En R. López Sánchez, *Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli* (págs. 49-82). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Andia Flores, A. E. (2015). *La separación de hecho, como causal objetiva del divorcio remedio, Huancavelica - 2015*. Huancavelica: Universidad Nacional de Huancavelica.
- Arellano Palefox, S. (2009). Cien años de derecho civil en México 1910-2010. Conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su centenario. En J. A. Sánchez Barroso, *El matrimonio* (págs. 135-142). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Bastida, F., & Villaverde, I. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos.
- Bobbio, N. (1985). ¿Gobierno de los hombre o gobierno de la leyes? *El futuro de la democracia*, 1-25.
- Brena, I. (2012). La fecundación asistida. ¿Historia de un debate interminable? El Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario mexicano de derecho internacional, XII*, 25-45.
- Cabello Matamala, C. J. (2001). Divorcio ¿remedio en el Perú? *Dialnet*, 401-418.
- Cantuarlas Salaverry, F. (1991). El divorcio: ¿Sanción o remedio? *Themis*(18), 66-72.
- Caso diez mil seiscientos nueve ciudadanos, Exp. N° 0000-2012-PI/TC (Tribunal Contitucional 12 de Diciembre de 2012).
- Caso Santisteban de Noriega, Exp. 018-96-IITC (Tribunal Constitucional 29 de Abril de 1997).
- Cubillos, J. M. (2013). *Técnicas de reproducción asistida: Status jurídico del embrión humano*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Cuyo.
- Díaz Sanjuán, L. (2011). La observación. *Texto de apoyo didáctico*, 1-29.
- Esteves Soria, J. S. (2020). *El divorcio incausado como alternativa idónea para la petición unilateral en la disolución del matrimonio en la ciudad de lima durante el año 2017-2018*. Pimentel: Universidad Señor de Sipan.
- González Cruz, C., & Morffi Collado, C. (2019). Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Propuesta de lege ferenda en el ordenamiento jurídico cubano. *Revista Academia & Derecho*, 10(19), 233-260.

- Lanfranco González, M. F. (2012). La teoría sobre la naturaleza del hombre y la sociedad en el pensamiento de Robert Owen como base del socialismo británico (1813-1816). *Historia crítica*(50), 213-236.
- Pairumani Ticona, R. (2017). Influencia de las relaciones intrafamiliares, en el rendimiento académico en niños (as) de 10 y 11 años, que asisten a la Comunidad de Educación Integral (CEI). *Revista de psicología*.
- Pérez Contreras, M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. Ciudad de México: Nostra Ediciones.
- Plácido Vilcachagua, A. (2008). *Las causales del divorcio y separación de cuerpos*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido Vilcachagua, A. (2014). El modelo de matrimonio constitucionalmente garantizado por el principio de promoción: El matrimonio igualitario y la nulidad del matrimonio por inobservancia de la forma prescrita para casarse. *Themis*(66), 107-132.
- Ruiz Burgos, J. G., & Flores Medina, R. J. (2017). Las técnicas de reproducción asistida y sus efectos en la conceptualización legal de la maternidad, paternidad y filiación. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 2(8), 49-72.
- Santamaría Solís, L. (2000). Técnicas de reproducción asistida: Aspectos bioéticos. (1), 37-47.
- Soto Kloss, E. (1994). La familia y la Constitución Política. *Revista chilena de derecho*, 21(2), 217-225.
- Tam Málaga, J., Vera, G., & Oliveros Ramos, R. (2008). Tipos, métodos y estrategias de investigación científica. *Pensamiento y Acción*, 5, 145-154.
- Varsi Rospigliosi, E. (2007). *Divorcio y separación de cuerpos*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de derecho de familia. Matrimonio y uniones estables*. Lima: Gaceta jurídica.
- Cabrera Cabrera, W. M. (2010). La modificación del Código Civil en el libro de familia proponiendo, la reproducción asistida sin consentimiento del cónyuge como nueva causal de divorcio. Pimentel: Universidad Señor de Sipán.
- Chachapoyas Bustamante, K. L., & Valdez Quispe, L. R. (2009). La reproducción humana asistida sin el consentimiento del marido como nueva causal de divorcio. Chiclayo: Universidad Señor de Sipán.
- Fustamante Sánchez, A. R. (2017). La inseminación artificial heteróloga sin consentimiento de uno de los cónyuges como nueva causal de divorcio. Lambayeque: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.
- Ramírez Bautista, A. N. (2018). Negativa del consentimiento del cónyuge respecto a las Técnicas de Reproducción Asistida como nueva causal de divorcio 2018. Lima: Universidad César Vallejo.

Reyna Castro, M. E. (2018). La inseminación artificial heteróloga no consentida, como causal de separación de cuerpos y divorcio ulterior. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego.

Saldaña Rojas, W. S. (2019). La reproducción artificial sin consentimiento del cónyuge como fundamento para el divorcio por injuria grave. Chiclayo: Universidad César Vallejo.

Merino Espejo, C. L. (2006) Aspectos de una Ley Eficaz sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en la Legislación Peruana. Trujillo, 29.

Vega Mere, Y. (2010). El rostro de la familia. *Revista de derecho. Asociacion civil foro jurídico*(11), 26-38.

ANEXOS

ANEXO N° 01: Matriz de consistencia

Título: Causales de divorcio en las que se subsume la inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge a partir del principio básico de hacer vida en común.

| Problemas | Objetivos | Hipótesis | Metodología |
|---|--|---|--|
| <p>Formulación del problema</p> <p>¿Cuáles son las causales del divorcio en las que se subsume la inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge a partir del principio básico de hacer vida en común?</p> | <p>Objetivo general:</p> <p>Identificar las causales de divorcio en las que se subsume la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre a partir del principio básico de hacer vida en común.</p> <p>Objetivos específicos:</p> <p>a. Establecer los alcances del principio básico de hacer vida en común tanto para la relación conyugal</p> | <p>Hipótesis General:</p> <p>Las causales de divorcio en las que se subsume la inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge son: la causal de conducta deshonrosa, que haga insoportable la vida en común y la causal de injuria grave, porque existe afectación interna y externa que afecta el principio básico de hacer vida en</p> | <p>Enfoque: Cualitativa</p> <p>Tipo de investigación: Básica</p> <p>Diseño de investigación: Teoría fundamentada</p> <p>Nivel de investigación: descriptivo</p> <p>Población: No aplica</p> |

| | | | |
|--|--|--|---|
| | <p>como para la relación paterno filial.</p> <p>b. Establecer los efectos jurídicos que causa la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre sobre las relaciones derivadas del matrimonio.</p> <p>c. Identificar las causales de divorcio en la cuales puede encontrarse inmersa la inseminación heteróloga, sin consentimiento del padre.</p> | <p>común, el respeto y confianza que se debe integrar en la unión matrimonial.</p> | <p>Muestra: No aplica</p> <p>Técnicas de recolección de datos: Análisis documental</p> <p>Instrumentos: Guía de análisis documental</p> <p>Métodos: Analítico, sintético, hermenéutico y dialéctico</p> |
|--|--|--|---|

-