



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO**

**“LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DE
UNO DE LOS CONYUGES COMO NUEVA CAUSAL DE DIVORCIO”.**

TESIS

Presentada para optar el grado académico de:

MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL

AUTOR:

ANÍBAL RAFAEL FUSTAMANTE SÁNCHEZ

ASESOR:

MARIANO LARREA CHUCAS

LAMBAYEQUE –PERÚ

2017

**“LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DE
UNO DE LOS CONYUGES COMO NUEVA CAUSAL DE DIVORCIO”.**

ANÍBAL RAFAEL FUSTAMANTE SÁNCHEZ

AUTOR

Mg. MARIANO LARREA CHUCAS

ASESOR

**PRESENTADA A LA ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CON
MENCION EN CIVIL Y COMERCIAL**

APROBADA POR

DR. MIGUEL ARCÁNGEL ARANA CORTEZ
PRESIDENTE DEL JURADO

Dr. VICTOR ANACLETO GUERRERO
SECRETARIO

Mg. CARLOS MANUEL CEBALLOS DE BARRENCHEA
VOCAL

SETIEMBRE 2017

DEDICATORIA

A mi querida mamá Mávila Rojas de Sánchez, al Dr. Napoleón Sánchez Rojas y a mis padres.

AGRADECIMIENTO

A la Dra. Maribel Hernández Manay

ÍNDICE

CARÁTULA
 DEDICATORIA
 AGRADECIMIENTO
 RECONOCIMIENTO
 ÍNDICE.
 RESUMEN
 ABSTRACT (2)

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1. UBICACIÓN.....	14
a) DELIMITACIÓN ESPACIAL.....	14
b) DELIMITACIÓN SOCIAL.....	14
c) DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	
2. ¿CÓMO SURGE EL PROBLEMAS?.....	14
3. ¿CÓMO SE MANIFIESTA Y QUÉ CARACTERISTICAS TIENE?.....	17
4. DESCRIPCIÓN DETALLADA DEL PROBLEMA Y MÉTODOS EMPLEADOS.....	17
4.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	18.
A. PROBLEMA PRINCIPAL.....	18
B. PROBLEMA SECUNDARIO.....	19
4.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	19
A. OBJETIVO GENERAL.....	19
B. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	19
4.3. HIPÓTESIS.....	20
A. HIPÓTESIS PRINCIPAL.....	20
B. HIPÓTESIS SECUNDARIO.....	20
4.4. VARIABLES.....	20
1. VARIABLE DEPENDIENTE.....	20
2. VARIABLE INDEPENDIENTE.....	21

3. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	21
5. MARCO METODOLÓGICO.....	22
5.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	22
5.2. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	22
6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS.....	23
6.1. TÉCNICAS.....	23
6.2. INSTRUMENTOS.....	23
7. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.....	23
8. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS.....	24
CAPITULO II MARCO CONCEPTUAL	
1. CONCEPTO DE TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	26
1.1. CAUSAS DE ESTERILIDAD.....	28
1.2. CLASES DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	29
A. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.....	29
B. CLASES DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.....	29
B.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMOLOGA...	30
B.2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETEROLOGA..	31
B.3. FECUNDACIÓN IN VITRO.....	34
B.3.1. CLASES DE FECUNDACIÓN IN VITRO....	34
2. LA PATERNIDAD FRENTE A LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	37
2.1. LA REGULACIÓN LEGAL EN EL PERÚ.....	37
A. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD.....	39
B. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD.....	39
C. CONSENTIMIENTO.....	39
2.2. PROBLEMAS ÉTICOS Y LEGALES POR LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	42
3MATRIMONIO Y FILIACIÓN.....	48
3.1. EL MATRIMONIO.....	48
3.2. FORMA DEL MATRIMONIO.....	48
3.3. CONDICIONES DEL MATRIMONIO.....	51

3.4. FILIACIÓN.....	51
3.4.1. TIPOS DE FILIACIÓN.....	53
A. FILIACIÓN CONSANGUINEA.....	53
B. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.....	53
C. FILIACIÓN JURÍDICA.....	53
D. FILIACIÓN CIVIL.....	55
3.4.2. TEORÍA DE LA FILIACIÓN.....	56
4. ACCIONES DEL ESTADO.....	61
4.1. PRUEBA DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.....	64
4.1.1. ACCIONES DEL ESTADO.....	64
A. RECONOCIMIENTOS EXTRAMATRIMONIALES	64
5. DIVORCIO.....	64
5.1. DIVORCIO POR CAUSAL.....	68
A. TEORÍAS DEL DIVORCIO.....	72
5.2. LA FALTA DE CONSENTIMIENTO EN LA FERTILIZACION HETEROLOGA.....	72

CAPÍTULO III: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	78
---	----

CAPITULO IV: CONCLUSIONES.

CAPITULO V: RECOMENDACIONES

FUENTE BIBLIOGRÁFICA.

ANEXOS

Encuesta.

RESUMEN

La aplicación de las técnicas de reproducción asistida, ha generado que el Derecho se desfase por no adecuarse con la ciencia. Tal es el caso de que el Código Civil no contiene la figura de la filiación por el uso de las citadas técnicas; incluso ahora se habla de filiación civil. Pero en el caso de la fertilización heteróloga, es decir de la reproducción asistida con donación de espermatozoides de un tercero, ha generado toda una discusión con respecto a la falta de consentimiento del cónyuge, en el sentido que estamos ante una nueva causal de divorcio que afecta el deber de fidelidad y por carecer de la voluntad procreacional. Y es que en nuestra sociedad existen el problema de infertilidad que afecta a los cónyuges que desean tener una familia pero a la vez la presencia de cónyuges que carecen de animus procreacional.

El tema es importante jurídicamente, por las consecuencias que se pueden derivar de la aplicación de las TERAS. La Constitución busca asegurar la estabilidad de la pareja, y en especial garantizar el matrimonio. Para lo cual propone un límite en sin embargo en cuanto a la realización de esta técnica como fundamento ético, jurídico quienes deben ser los usuarios y los requisitos que deben cumplir las personas interesadas para recurrir a su uso, como establecer parámetros médicos para el actuar médico, esto teniendo en cuenta la Ley General de Salud N° 26842 vigente, considerándose el hecho de señalar como única condición del actuar médico, que la madre genética y la madre gestante recaiga sobre la misma persona, no basta para guiar a los directamente implicados en la utilización de esta técnica. Por otro lado se presenta el llamado derecho de la procreación como un derecho personal. Si bien no se encuentra dentro de los derechos fundamentales, en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, (fecundación *in vitro*), la Corte Interamericana de Derechos Humanos admite la existencia de los derechos reproductivos o derecho a la autonomía reproductiva son las

sentencias que emite la Corte. Asimismo porque nos permitirá determinar si es que los legisladores han dado solución a un problema social, puesto que existían hogares desintegrados, en los cuales los cónyuges separados de hecho se veían imposibilitados de contraer un nuevo matrimonio y regularizar su situación, lo que tiene efectos en el régimen patrimonial, patria potestad, alimentos y sucesiones. Además, debe establecerse si se contradicen o no con las líneas conocidas en doctrina como divorcio-remedio.

ABSTRACT

The application of techniques of assisted reproduction, has generated that the Right is distanced by not being adapted with the science. Such is the case that the Civil Code does not contain the figure of the filiation by the use of the mentioned techniques; Even now we speak of civil filiation. But in the case of heterologous fertilization, ie assisted reproduction with Donation of sperm from a third party, has generated a whole discussion regarding the lack of consent of the spouse, in the sense that we are facing a new cause of divorce that affects the duty of fidelity and lack of procreational will. And is that in our society there is the problem of infertility that affects the spouses who wish to have a family but at the same time the presence of spouses who lack procreational animus.

The issue is legally important, due to the consequences that can be derived from the application of the TERCAS. The Constitution seeks to ensure the stability of the couple, and especially guarantee marriage. To this end, it proposes a limit, however, as regards the realization of this technique as an ethical and legal basis, who must be the users and the requirements that must be met by the persons interested in resorting to its use, such as establishing medical parameters for the medical act , Taking into account the General Health Law No. 26842 Considering that the only condition of the medical act is that the genetic mother and the pregnant mother are responsible for the same person, it is not enough to guide those directly involved in the use of this technique. On the other hand, the so-called right of procreation is presented as a personal right. Although it is not within the fundamental rights, in the case "Artavia Murillo et al. Costa Rica, "(in vitro fertilization), the Inter-American Court of Human Rights admits the existence of Reproductive rights or the right to reproductive autonomy are the judgments issued by the Court. It will also allow us to determine whether legislators have solved a social problem, since there were disintegrated homes, in which separated spouses were in fact unable to contract a new marriage and regularize their situation, which has effects on The patrimonial regime, patria potestad, foods and estates. In addition, it must be established whether or not they contradict the lines known in doctrine as divorce-remedy.

INTRODUCCIÓN

Señores del Jurado: Luego de seis meses de investigación, de estudio y dedicación me complace presentarles este trabajo que tiene como tema: El presente trabajo de investigación lleva por título: “LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DE UNO DE LOS CONYUGES COMO NUEVA CAUSAL DE DIVORCIO”. El cual tuvo como objetivo principal: Determinar la inseminación artificial heteróloga como causal de divorcio, el cual se encuentra relacionada con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TERAS) en la región Lambayeque. . Por lo que se ha buscado resolver y sentar las bases doctrinarias sobre la aplicación de dichas técnicas y su repercusión en el Derecho de Familia.. Asimismo, se buscó como objetivos específicos:

- Regular el consentimiento conyugal en la práctica de la TERA.
- Regular la causal de divorcio de divorcio en aplicación la Técnica de Inseminación Artificial Heteróloga sin consentimiento escrito de los cónyuges: tales como configuración, deber vulnerado, prescripción.

La naturaleza del problema del presente trabajo de investigación surge del avance de las ciencias ante el cual el Derecho como ciencia y creación social no es inmutable ni amovible, sino temporal, pues no es estático; es variable y dinámico puesto que debe adecuarse a los cambios (sociales, culturales, políticos, económicos y científicos) de allí la exigencia que las normas jurídicas sean revisadas periódicamente previo un vivenciamiento ético.

La presente investigación se divide en VIII capítulos, el primero es el problema de investigación que contempla información de la realidad

problemática, trabajos previos teorías relacionada al tema, así como la formulación del problema; el segundo capítulo es el marco metodológico, que contempla el diseño de la investigación, la operacionalización de variables, se aprecia la población y muestra, así como las técnicas para la recolección de datos, junto con la validez y confiabilidad; los capítulos tercero y cuarto, explican los resultados y la discusión de los mismos. Asimismo con las conclusiones, sugerencias así como también la propuesta de mi parte, información que espero puedan hacer suyas e implementarla finalmente al término de esta investigación se contemplan las referencias bibliográficas y los anexos.

EL AUTOR

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1. UBICACIÓN

Establecer una ubicación espacio-temporal para el estudio de las relaciones jurídicas patrimoniales suele presentarse en dos contextos:

1. **TEÓRICO:** cuyos elementos se encuentran en las normas, autonomía y libertad, técnicas de reproducción asistida, fecundación artificial, etc.
2. **SOCIAL:** en la vida misma, en el vínculo matrimonial y familiar donde intervienen los partes cónyuges.

La presente investigación ha tenido como variables de estudio el divorcio, la afectación de la relación paterna filial y la falta de consentimiento por no existir el elemento biológico y volitivo del cónyuge.

Asimismo presenta las siguientes delimitaciones:

a) **DELIMITACIÓN ESPACIAL**

El desarrollo de la investigación se circunscribirá a la Región Lambayeque, provincia y distrito de Chiclayo.

b) **DELIMITACIÓN SOCIAL**

Cónyuges, familia, hijos, abogados y demás operadores del Derecho.

c) **DELIMITACIÓN TEMPORAL**

El desarrollo de la investigación se realizó en el presente año 2017.

2. ¿CÓMO SURGE EL PROBLEMA?

Se puede decir que la Familia, es un conjunto de personas emparentadas, es decir que se encuentran bajo una relación de consanguinidad, afinidad o adopción que viven juntas o no pero que se encuentran atados por los lazos existentes en el grupo. Estos lazos

surgen de las relaciones de pareja que al procrear generan descendencia. Desde esta perspectiva la familia está constituida por el padre, la madre y los hijos. Conforme a lo expuesto el vínculo jurídico que une a la familia, se desarrolla de manera más profunda en la institución del matrimonio por ser la base de la familia. El artículo 4 de la Constitución de 1993, precisa que en la noción de matrimonio como una institución juega un rol esencial la heterosexualidad. Es así que los artículos 4 y 6 de la Constitución permiten inferir la existencia de fines familiares de carácter biológico, la generación humana y las relaciones de paternidad, maternidad y filiación.

Se debe considerar que la Filiación es una institución jurídica que pertenece al Derecho de Familia; por el cual constituye una relación entre el padre y el hijo engendrado por el padre y la madre que lo alumbró, es decir hay un hecho biológico que se presente en la cópula de la pareja, por lo que se puede terminar que el padre ha aportado el semen por tanto se habla de una filiación consanguínea. Pero también ese lazo no siempre proviene de la unión sexual, ya que puede provenir de una Inseminación Artificial, donde desaparece la copula sexual. En consecuencia el problema surge con el avance de las ciencias. Pues es través de las Técnicas de Reproducción Asistida en adelante TERAS específicamente la Inseminación Artificial Heter, que se rompe el esquema reproductivo, por el cual hombre o mujer, en su relación dan vida a un nuevo ser. Incluso Ahora se da la posibilidad de sumar a dichos actos procreadores a terceros, individuos, sin que su posición jurídica (filiación, derechos y obligaciones) estuviera prevista por la ley.

Es necesario señalar que las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS), se clasifican en Inseminación Artificial que a la vez puede ser homóloga cuando el material genético (semen) pertenece al marido, existiendo vínculo matrimonial y heteróloga cuando el semen no es del marido, o el gameto femenino no es de la cónyuge, sino de un tercero o cedente. Por otro lado otra técnica de reproducción asistida es la Fecundación Extracorpórea denominada Fecundación In Vitro, y también puede ser homóloga o heteróloga.

Es indudable que la aplicación de la TERAS resulta indispensable el consentimiento del marido para convertirlo en padre legal del hijo que alumbró su esposa. Sin embargo la falta de consentimiento de uno de los cónyuges tiene consecuencias jurídicas, que en el presente caso concreto deriva en el ejercicio del derecho de acción: aunque en la búsqueda de antecedentes se ha visto la preferencia de algunos autores que plantean la impugnación de paternidad, se ha tenido por conveniente plantear el divorcio por la causal de falta de consentimiento de uno de los cónyuges. La Fecundación fue ejecutada sin el consentimiento del marido, constituye una causal de divorcio por la falta el presupuesto volitivo.

Si bien la Filiación es una Institución del Derecho de Familia que consiste en la relación paterno filial existente entre persona que lo alumbró con el padre que lo engendró de esa forma se podría determinar la paternidad cuando este haya aportado el semen. Al romperse el esquema reproductivo, la decisión de acudir a las TERAS debe ser por acuerdo de ambos padres por ser relevante para la existencia del menor y convivencia en armonía. Sin embargo nuestro Código Civil aún no regula los efectos jurídicos de la Técnica de Reproducción Asistida según se puede apreciar en el Libro de Familia, sobre todo a regular las consecuencias de la falta de consentimiento de uno de los cónyuges. Desde la perspectiva del Derecho de Familia, la filiación aún se presenta como legítima, natural, adopción sin considerar una nueva filiación de naturaleza civil por corresponder a la aplicación de las TERAS que van creando vínculos entre el hijo y el padre no biológico que muestra su consentimiento para la aplicación de la reproducción asistida.

El divorcio significa la ruptura del vínculo conyugal por tanto la vida en común o matrimonial desaparece. Y ambos cónyuges quedan en la posibilidad de contraer nuevamente matrimonio. En ese aspecto la infertilidad influye notoriamente en la vida de la pareja incluso puede derivar en un conflicto que ponga fin al matrimonio. Son muchos los cónyuges que buscan tratamiento contra la infertilidad para tener un hijo.

Es así que el artículo 7 de la Ley General de Salud N° 26842, prescribe que para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida es necesario el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Aunque la norma no determina si para la aplicación de las TERAS es necesario haber seguido un tratamiento de fertilidad. Pero si observamos o damos una lectura a dicho artículo, se debe precisar que el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos, no podría ser un presupuesto válido para la procreación por cuanto el hijo tendría un material genético diferente al de uno de los cónyuges por provenir de la inseminación artificial lo cual afectaría a la relación paterno filial posiblemente inestable por la existencia de un tercero: el padre genético. Lo nos llevaría a otro tema que sólo mencionaremos por no ser parte del presente trabajo, el problema de identidad biológica del hijo. Frente a esto el padre legal, es que debe ofrecer su consentimiento de manera indubitable y acreditándose además que se ha seguido el tratamiento respectivo contra la infertilidad. De lo contrario los efectos jurídicos de aplicación de las TERAS sería que la falta de consentimiento del cónyuge configura una causal de divorcio, que no se encuentra establecida en el Código Civil.

3. ¿CÓMO SE MANIFIESTA Y QUÉ CARACTERÍSTICA TIENE?

Recordemos que esta es una investigación teórica, y pese a existen doctrinas y fuentes jurídicas y legales que existen o existieron y que regularon las relaciones jurídicas dentro del matrimonio, sin embargo el tema de la reproducción asistida aplicada dentro de la institución del matrimonio es nuevo para el Derecho que recién lo encuentra regulando tal es el caso que hace referencia al consentimiento no obstante no se ha determinado qué sucede cuando las TERAS fueron aplicadas sin consentimiento del otro cónyuge. El problema se encuentra en la realidad y no es extraño que la ausencia de consentimiento afecta la relación

matrimonial y al mismo hijo procreado por un tercero ajeno al vínculo conyugal.

Debido a ésta situación nos hemos centrado en tratar de establecer y dilucidar la problemática jurídica que se plantea en nuestra legislación civil derivada del uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Inseminación Artificial Humana Heteróloga) para fijar las alternativas, propuestas o posibles cambios que se deben realizar en nuestra normativa civil vigente donde se han encontrado algunos vacíos legales frente a las controversias sociales surgidas del avance de la ciencia en la vida cotidiana y específicamente del tema propuesto. Para Enrique Varsi Rospigliosi las TERAS son métodos técnicos que se aplican para suplir la infertilidad de la persona, y otorgarle de esa manera e la posibilidad de tener descendencia¹. Podemos indicar que nuestro problema en estudio presenta las características preponderantes:

- a) El problema de la infertilidad por parte de uno de los cónyuges.
- b) La familia está constituida por el padre, la madre y los hijos.
- c) Una relación de desproporcionalidad entre las prestaciones o los medios empleados para obtener un fin.
- d) Una necesidad de encontrar una justificación lógica en los hechos y conductas de las partes que se da en la relación jurídica patrimonial.

4. DESCRIPCIÓN DETALLADA DEL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA EMPLEADA

4.1. PROBLEMAS DE INVESTIGACIÓN

Tenemos el problema principal y secundario:

¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, "Derecho Genético Principios Generales", Editora Normas Legales S.A., Trujillo-Perú 1995, pág.62.

A. PROBLEMA PRINCIPAL

“LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL CONYUGE COMO NUEVA CAUSAL DE DIVORCIO”.

B. PROBLEMA SECUNDARIO

B.1. ¿La Filiación proviene de una procreación natural o artificial?

B.2. ¿En qué medida debe regularse la falta de consentimiento como una causal de divorcio?

B.3. ¿El Derecho a procrear y no procrear es un derecho inherente a la persona, que lo convierten en un derecho de naturaleza personal?

4.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Tenemos los siguientes:

A. 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.

B. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

B.1. Regular el consentimiento conyugal en la práctica de las técnicas de reproducción asistida.

B.2. Regular la causal de divorcio en aplicación la Técnica de Inseminación Artificial Heteróloga sin consentimiento escrito de los cónyuges: tales como configuración, deber vulnerado, caducidad.

4.3. HIPÓTESIS

Dentro de la presente investigación tenemos:

A. HIPOTESIS PRINCIPAL

La aplicación de la Inseminación Artificial Heteróloga requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos **ENTONCES** su inobservancia tiene como consecuencia jurídica una nueva causal que daría lugar al divorcio.

B. HIPOTESIS SECUNDARIAS

B.1. La Filiación proviene de una procreación artificial

B.2. La falta de consentimiento como una causal de divorcio.

B.3. El Derecho a procrear y no procrear es un derecho inherente a la persona, que lo convierten en un derecho de naturaleza personal. Sin embargo no debe aplicar cuando se trata de la relación matrimonial.

4.4 VARIABLES

1. VARIABLE DEPENDIENTE:

A. **X: DEPENDIENTE:** Divorcio. Afectación de la relación paterna filial.

A.1. INDICADORES

- Ruptura del vínculo matrimonial.
- Derecho de Familia.
- Principios del Derecho de Familia.
- Derechos del Niño.

2. VARIABLE INDEPENDIENTE

Y: INDEPENDIENTE: Falta de consentimiento por no existir el elemento biológico y volitivo.

B.1. INDICADORES

- Elemento volitivo.
- La Filiación :
 - Tipos de Filiación.
 - ✓ Filiación Consanguínea
 - ✓ Filiación Matrimonial

4.5. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Debemos indicar que la investigación es teórica o pura, busca establecer la relación entre las variables, a fin de encontrar una relación de causa-efecto, por otro lado busca describir el fenómeno y establecer el grado de asociación que existe entre ellas. Además lo que busca es proporcionar fundamentos teóricos para su aplicación como causal de divorcio. De manera que se busca la relación entre la **VARIABLE INDEPENDIENTE Y**, que constituye la falta de consentimiento con la **VARIABLE DEPENDIENTE X**, que configura una nueva causal de divorcio para proporcionar los fundamentos teóricos.

5. MARCO METODOLÓGICO

5.1. METODO DE INVESTIGACION.

Se aplicara el método Deductivo e Inductivo, a fin de relacionar la Inseminación Artificial con los efectos que se producen con su aplicación, afectando la relación conyugal. De manera que a partir del estudio de causas mediante el método de la Inducción llegará a las generalidades de las causas y efectos del problema planteado. La investigación tiene también un alcance descriptivo, explicativo, y correlacional, siendo descriptivo por cuanto señala conceptos, clasificaciones, opiniones e informaciones proporcionadas por especialistas del derecho, explicativo porque sirve para explicar la problemática, y nos permite responder las causas de los eventos y de alcance correlacional, porque tiene el propósito de relacionar variables.

5.2. POBLACION Y MUESTRA.

En cuanto a la población este proyecto se circunscribirá en el departamento de Lambayeque y con relación a la muestra esta constara de 200 encuestas aplicadas a los operadores del Derecho de la Provincia de Chiclayo. La muestra será representativa, pues se elegirá un grupo determinado de la Población que equivale al 1% del total de las personas que estadísticamente se encuentren involucradas en el tema, es decir a 200 personas que serán abogados, fiscales, jueces, estas personas serán especialistas relación con la investigación.

6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

6.1. TÉCNICOS

La técnica emplear son variadas, entre las que tenemos:
Fichas bibliográficas.

6.2. INSTRUMENTOS

Encuesta (se adjunta).

7. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS:

7.1. Trabajo de Gabinete. Se utilizó la técnica del fichaje cuya finalidad es ir registrando aspectos esenciales de los materiales bibliográficos consultados, y que organizados simultáneamente son de valiosa ayuda como fuente donde se acumulan nuestras experiencias.

Se hizo uso de las siguientes fichas:

- a) Bibliográficas: Que sirvieron para anotar los datos sobre las fuentes consultadas.
- b) Textuales: Se utilizó con la finalidad de reproducir lo dicho por el autor del libro y que sirvió para citarla en la exposición del tema.
- c) De comentario: Se empleó para expresar una opinión referente al tema.
- d) De resumen: Se utilizó para presentar a manera de cuadro sinóptico, el contenido del tema.

Los procedimientos de la técnica del fichaje son:

- Asistencia a las bibliotecas.
- Selección de obras y capítulos.
- Lectura del contenido.

7.2. Trabajo de Campo:

Se realizó:

a) Encuesta:

La encuesta dirigida a los administradores de justicia y público en general de la provincia de Chiclayo, para obtener la información sobre la

problemática y vacíos de la normatividad vigente respecto a la filiación en el código civil

Para su elaboración se siguió los siguientes pasos:

- Se seleccionó las preguntas de acuerdo a los objetivos.
- Se coordinó con las personas a quienes se les va a aplicar la encuesta.
- Se aplicó la encuesta teniendo en cuenta que las preguntas tiene respuesta abiertas y cerradas.
- Se tomó en cuenta los conocimientos científicos para la elaboración de la misma.
- La encuesta se realizó a través del dialogo del encuestado con el encuestador, con una duración de 10 a 15 minutos por encuesta.
- El lugar donde se realizó la encuesta es en el Poder Judicial, Ministerio Público, Colegio de Abogados.
- La encuesta se realizó en forma directa, y se evaluó mediante el método de evaluaciones sumadas (Escala de Likert)

8. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS:

8.1. Se efectuó un cronograma de Actividades.

8.2. Se realizó un presupuesto de los gastos a realizar en la confección de la presente tesis.

8.3. Financiamiento. El investigador asumió el presupuesto de la presente investigación.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

1. CONCEPTO DE LA TERA

La Reproducción Asistida es el conjunto de técnicas o métodos y procedimientos utilizados para obtener la concepción mediante la manipulación de los gametos masculinos y femeninos por personal profesional especializado. La Técnica de Reproducción Asistida² se utiliza, cuando el hombre es estéril o la mujer padezca de infertilidad o esterilidad. Se dice que la mujer es infértil, cuando en dos o más gestaciones consecutivas ha sido incapaz de llevar a una etapa viable el producto concebido.

Por otro lado se habla de esterilidad cuando hay incapacidad en la pareja para lograr un embarazo en un tiempo de 12 o 18 meses, llevando una vida sexual activa sin seguir ningún método anticonceptivo. La esterilidad masculina o femenina es un fenómeno fisiológico, cuando no se ha dado la maduración de los órganos sexuales, es decir, antes de la pubertad. La esterilidad como fenómeno patológico se presenta después de la pubertad.

Según Santamaría³, se entiende por técnicas de reproducción asistida (TERAS), al conjunto de métodos biomédicos, que afacilitan, o substituyen, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc. Para dicho autor no es adecuado señalar que las técnicas sean métodos de reproducción artificial, por cuanto no suplantán mediante elementos artificiales o no biológicos al organismo masculino o femenino en la función procreativa, pues solo pretenden ayudar o sustituir en parte una función generativa deteriorada o inexistente (subfertilidad o infertilidad). Por tanto la técnica de reproducción asistida siempre va a implicar la participación de los gametos masculinos y femeninos en el proceso generativo, a través de la

² MOSQUERA VASQUEZ Celinda Clara: "La Verdad Biológica" En: Revista Jurídica del Perú. Octubre-Diciembre. 1997.

³ SANTAMARÍA, L. Curso de Educación para la Salud: Técnicas de Reproducción Asistida. Reproducción Sexual. p. 64, Madrid-España.

fecundación, son por lo tanto técnicas de reproducción sexual, en contraposición a posibles desarrollos futuros en los que se obvie el proceso de la fertilización (clonación, gemelación artificial, etc.) y que integrarían elementos de reproducción asexual. Para Varsi Rospigliosi las técnicas de reproducción asistida, “son aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia”.⁴

Las Técnicas de Reproducción Asistida Humana (TERAS) aparece con el propósito principal de maximizar las posibilidades de fertilización y de embarazo viable. No es desconocido, que como seres humanos tendemos a maximizar riqueza, bienestar, salud, etc. De manera que dentro de las formas de autorrealización tanto del hombre y de la mujer como cónyuges, es la de ser padres. Por lo que ante los casos de infertilidad, se busca acudir a las TERAS cuya efectividad puede medirse de múltiples maneras, como: probabilidad de implantación por embrión transferido, probabilidad de embarazo, número de nacimientos, nacido vivo, aunque, lo ideal sería que los estudios midieran los resultados de efectividad como tasa de embarazo con resultado de nacido vivo, nacimientos/ciclo comenzado y finalizado. Como es sabido dentro del campo de la ciencia de la medicina y en la investigación biomédica en torno al comienzo y desarrollo de la vida humana y a las posibilidades de intervención sobre esos procesos, como sucede en lo referente a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TERAS), ha motivado que aparezcan una serie de interrogantes que tienen que ver con la valoración ética y antropológica de las actividades de los médicos y científicos en el campo de la reproducción humana. Toda esta circunstancia ha generado la expansión de lo que algunos llaman la "procreática", es decir el derecho a tener o no tener hijos, del derecho a la reproducción, la libertad reproductiva, etc. Las parejas se convierten en posibles usuarios de toda una tecnología que posibilita la reproducción, incluso en condiciones de infertilidad o esterilidad. En estos casos sólo hace falta la voluntad de hacer uso de las técnicas.

⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. Cit., p. 62

1.1. CAUSAS DE ESTERILIDAD

En el hombre las causas de esterilidad patológica pueden ser las siguientes:

- a) Ausencia de espermatozoides, es decir falta de los elementos masculinos fecundantes en el líquido espermático (azoospermia).
- b) Pobre calidad de semen (aspermatismo).
- c) Numero escaso de espermatozoides (oligospermia).
- d) Poca vitalidad de los espermatozoide, por lo que son incapaces para fecundar el ovulo (necrospermia).
- e) Ausencia en el semen de un fenómeno especial capaz de disolver el tapón mucoso que obstruye la entrada al contacto cervical uterino.
- f) Impotencia en el hombre. Que es coeundi, cuando se presenta la incapacidad para tener erección, se le denomina impotencia absoluta por agnesia peneana, malformaciones, impotencia orgánica. Y es generandi, que es la incapacidad de procrear a pesar de tener la erección.

En la mujer las causas de esterilidad patológica pueden ser las siguientes:

- a) Ausencia de la producción mensual de óvulos.
- b) Algunas causas que impiden la copula carnal con el hombre.
- c) Ascenso progresivo de los espermatozoides por el útero y trompas de Falopio, impide la fecundación del ovulo.

- d) Inflamación de la mucosa vaginal. Que impide la acción fecundante de los espermatozoides.

1.2. CLASES DE TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

A. INSEMINACION ARTIFICIAL

Para la Real Academia de la Lengua, inseminar significa “hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio cualquiera”⁵. Por tanto constituye una técnica que consiste en trasladar el semen de un varón, recogido previamente en el interior de la vagina o del útero de una mujer, sin que se realice el coito entre ambos⁶. El empleo de esta técnica se ha difundido para solucionar el problema de la esterilidad masculina y femenina; incluso existen clínicas que dedican a la reproducción asistida, en Chiclayo existen las siguientes clínicas o centros de reproducción asistida: In Vitro Gestar, la Clínica de Fertilidad del Norte y la Clínica Concebir.

Se puede decir que el problema de la inseminación artificial, se presenta con la ausencia total de espermatozoides (azoospermia), pues en ese caso resulta imperativo recurrir al esperma de un donante y se establezca la filiación legal de que el niño nacido es hijo del esposo de la mujer que fue inseminada. Lo que evidencia que en el caso del ser humano, su empleo se ha difundido para la solución médica a esterilidades masculinas. Asimismo existen los siguientes canales de

⁵ Diccionario de la Lengua Española. Madrid, Real Academia Española. XXII, p. 1283.

⁶ RUBIO CORREA Marcial: “El Sistema Jurídico” Octava. Edición PUCP. 2005.

inseminación: (a) por vía intra vaginal, cuando el semen extraído se coloca a través de una jeringa en la vagina; (b) por vía intra cervical, es decir el material biológico masculino se coloca en el cuello del útero; y (c) por vía intrauterina inyectando el semen directamente en el útero⁷.

En la actualidad existen bancos de semen donado que permiten la adquisición de semen de hombres con las características físicas que se desee, para la inseminación de la mujer que desee tener un hijo, independientemente de si está o no casada. Dentro de la lógica de las técnicas de reproducción asistida: si hay derecho a que una pareja tenga un niño mediante un procedimiento técnico (en este caso, la inseminación artificial), ¿por qué se ha de negar este derecho a la mujer sola? Esta técnica, sin embargo, es prácticamente incapaz de proporcionar un niño a parejas que desean tener un hijo biológicamente suyo, y el marido tiene un número muy escaso o nulo de espermatozoides; en estos casos, habrá que recurrir a la fecundación in vitro complementada.

Para el autor Canessa: “(...) la intervención del hombre no hace artificiales los fenómenos derivantes del encuentro de los dos gametos, ni determina directamente el encuentro. Se limita a favorecerlo con medios anteriores, diversos de los naturales, poniendo los espermatozoides en vía para que lleguen por los órganos femeninos al encuentro del óvulo”⁸.

B. CLASES DE INSEMINACION ARTIFICIAL

⁷Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela. Bioderecho. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 1998, p. 67.

⁸ CANESSA, H. *La Filiación en la reproducción humana asistida*. Lima, Perú. 2011, p. 65.

b.1. INSEMINACION ARTIFICIAL HOMOLOGA.- Cuando el semen procede del marido. Este tipo de manipulación se utiliza en el caso en que ambos cónyuges, son fértiles, pero no han podido concebir por medio del acto sexual. No presenta ningún problema jurídico.

b.2. INSEMINACION ARTIFICIAL HETEROLOGA.- Cuando el semen procede de un tercero o donante. Se emplea cuando el hombre es estéril, o es portador de anomalías cromosómicas a la descendencia. Es una técnica de reproducción asistida que se emplea principalmente en casos de esterilidad en el varón que se encuentra afectado por alteraciones seminales; la solución a este problema está en utilizar espermatozoides procedentes de bancos de semen. También puede usarse en el caso de mujeres sin pareja masculina.

Ahora la fecundación heteróloga también aplica en las técnicas extracorpóreas como en la inseminación artificial en el caso del cónyuge masculino. Sin embargo esta circunstancia también se presenta en la mujer conocida como dación de gametos femeninos, llamado "ovodonación" que consiste en la extracción de óvulos.

Esta variante de reproducción humana asistida presenta diferencias respecto a la inseminación artificial homologa anterior, estas diferencias radican fundamentalmente en el componente genético masculino (semen) que proviene de un "donante", (tercero) ajeno a la pareja. En esta técnica de reproducción humana (supraconyugal) el semen que se introduce en el útero de la mujer no es del cónyuge sino de un tercero o donante; sin embargo esta técnica se puede realizar en una mujer soltera, viuda o divorciada.

Ahora desde la perspectiva jurídica el problema surge con la determinación de la filiación del niño por nacer, los alimentos y el derecho sucesorio del mismo; y en relación directa e inmediata a que el cónyuge haya prestado su consentimiento para la inseminación de su esposa o que ésta inseminación supraconyugal se haya realizado sin consentimiento del marido o de la mujer que se somete a dicha práctica. En consecuencia ésta técnica no sólo ofrece dificultades y crea conflictos de orden jurídico, sino también de orden ético, sin embargo consideramos que a pesar de ello en determinados casos es necesario y por tanto debe brindársele márgenes de permisibilidad.

Por otro lado el autor argentino Lafferrière⁹, ha formulado una serie de principios que permiten asumir esta técnica con más crítica, veamos:

a) **Ruptura de la unidad matrimonial:** Existe una doble infracción con respecto a la donación de gametos, pues se infringe la “unidad conyugal generativa y la unión en su dimensión unitiva y procreativa.

b) **Disociación de los vínculos filiatorios:** Es el caso que el niño concebido por técnicas asistidas de reproducción tiene un origen biológico disociado de las personas que se presentan como sus padres. Lo cual vulnera su derecho a la identidad.

➤ **Fecundación heteróloga y adopción:** Se busca equiparar la fecundación heteróloga con la adopción en consecuencia se acepta la disociación de la paternidad con

⁹ LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, “Las técnicas de procreación artificial heterólogas: análisis bioético y jurídico”, Vida y Ética, año 11, no 1, Buenos Aires, (junio, 2010).

la maternidad biológica. Sin embargo el argumento es falso. En la adopción, el problema de la disociación de la paternidad es “sobreviniente” al momento de la concepción, es decir, el niño fue concebido por los padres biológicos, pero alguna causa de fuerza mayor lo ha privado de tal tutela paterna y materna. En cambio, en la fecundación heteróloga, la disociación entre paternidad y maternidad y filiación se produce deliberadamente antes de la concepción.

c) **Anonimato del dador:** ante la disociación de la paternidad y la maternidad que significa la técnica heteróloga, algunas legislaciones pretenden solucionar el problema jurídico estableciendo el “anonimato” en la dación de gametos, de tal forma que se prohíbe toda acción de reclamación o impugnación de paternidad y el hijo no puede nunca conocer la identidad de su padre o madre biológico.

d) **Vinculación entre hijos de un mismo donante:** un problema adicional está dado por la posibilidad de que hijos del mismo dador se conozcan en el futuro y tengan hijos juntos, con las consiguientes probabilidades de transmisión de defectos genéticos.

e) **Dación de gametos y responsabilidad por transmisión de enfermedades:** A fin de prevenir la transmisión de defectos genéticos. En tal sentido, se ha venido debatiendo en torno a los alcances de la responsabilidad del donante, del eventual banco de gametos y de la institución y el profesional que realizan la técnica de procreación artificial en tal enfermedad, etc.

f) **Selección del dador para fines eugenésicos:** Se vincula con el problema del “control de calidad” y se plantea en el caso de que la selección del dador de los gametos esté

animada por una finalidad eugenésica, es decir, que se pretendan elegir ciertas características de la descendencia eligiendo al dador.

g) **Comercialización de gametos:** pues los mecanismos de obtención de los gametos plantean no pocos problemas ético-jurídicos. En particular, crece en los Estados Unidos un “mercado” de gametos, que va acompañado de diversos dilemas éticos, como por ejemplo las consecuencias de poner un precio máximo para la dación de óvulos.

h) **Dación de gametos y uniones del mismo sexo:** existe la consideración especial sobre el supuesto en que dos personas del mismo sexo persigan realizar un procedimiento de procreación artificial con la pretensión de “tener” un hijo. Al respecto, a los graves problemas propios de la procreación artificial, se suman las dificultades inherentes a la pretensión de criar y educar a un niño privándolo de la riqueza y la complementariedad del varón y la mujer.

i) **Dación involuntaria:** algunos cuestionan que la filiación se determine a través del vínculo biológico porque consideran que podría darse un caso de una paternidad involuntaria en caso de un robo de gametos que debe ser ponderada por un juez.

b.3. FECUNDACIÓN IN VITRO

Los trabajos que llevaron a la aplicación humana de la fecundación in vitro fueron desarrollados inicialmente por Steptoe y Edwards, ginecólogo y biólogo ingleses, que aplicaron al hombre técnicas ya conocidas en el ámbito de la veterinaria. Sus trabajos, iniciados a finales de los años 60, culminaron en 1978

con el nacimiento de Louise Brown como resultado de un embarazo obtenido implantando un embrión, resultado de fecundar in vitro un óvulo de un ciclo normal de su madre.

Esta técnica de procreación asistida es también denominada Fecundación Extrauterina, Artificial, Extracorpórea o en Laboratorio. Es una técnica por medio de la cual se provoca, fuera del cuerpo de la mujer la unión de un óvulo con un espermatozoide creando un cigoto, es decir la fecundación en una probeta; para dar como resultado un embrión, el que será implantado posteriormente en el útero del cónyuge o de un tercero.

Es menester precisar que ésta técnica brinda también al ser humano imposibilitado de procrear, tener descendencia. Actualmente estas prácticas especialmente en Europa son poco sensacionalistas, sino usuales y rutinarias originándose ésta práctica frente a determinadas anomalías que pudiera presentar la mujer como la obstrucción o ausencia de trompas de falopio a fin de hacer posible una maternidad hasta antes no realizable, y actualmente, ésta técnica se viene también aplicando para suplir la esterilidad masculina; sin embargo a decir de Varsi Rospigliosi " (...) la utilización y aplicación de las TERAS (especialmente la FEC) no siempre van en provecho directo e inmediato (...) ya que sirven, también, para canalizar experimentos negativos o manipulaciones que por su ausencia son contrarios a la naturaleza y a la dignidad del ser humano, llevando implícita una presunción de ilegalidad, contrariando las normas de la paz social, el orden público y las buenas costumbres"¹⁰. La fecundación "in vitro" continúa realizándose y constituye una realidad que den ser reconocida y ser tratada por el Derecho.

¹⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. Cit. p. 72.

b.3.1. CLASES DE FECUNDACIÓN "IN VITRO"

Fecundación in vitro homóloga

Del mismo modo que la inseminación artificial homóloga, los doctrinarios reconocen la fecundación "in vitro" interconyugal u homóloga como aquella que se realiza con componentes genéticos (espermatozoides y óvulos) provenientes del varón y de la mujer de la pareja ligada por vínculo matrimonial o more uxorio.

Esta técnica de reproducción humana es aceptable no ofreciendo mayores problemas jurídicos habida cuenta que tanto el gameto masculino como el femenino provienen de los cónyuges hecho que otorga seguridad jurídica o alternatively al provenir de la unión de hecho voluntariamente concertada entre varón y mujer (convivencia); respecto del fruto de la concepción regirá la presunción legal (*iuris tantum*) de paternidad.

Fecundación in vitro heteróloga

La fecundación "in vitro" será heteróloga cuando se hace uso de óvulos de una mujer distinta a la esposa, de espermatozoides de un tercero o de óvulos y espermatozoides de terceros. Esta fecundación extracorpórea a decir de Varsi Rospigliosi "Crea situaciones en parte nada seguras ya que con el cedente se carece de una relación jurídica familiar reconocida para exigirle el cumplimiento de determinadas obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria) o deberes naturales (reconocimiento). (...) ofrece dificultades y crea conflictos. A pesar de ello, en determinados casos es necesaria, por tanto dársele márgenes de permisibilidad".

En esta práctica los gametos no necesariamente provienen de la pareja. Esta técnica puede presentar variaciones como la transferencia de embriones (TE), transferencia intratubárica de gametos (TIG) y la transferencia intratubárica de embriones (TIE) y la denominada inyección intercitoplasmática de espermatozoide (ICSE) a analizarlos más adelante. Por lo que es menester referirnos brevemente a los “donantes” de gameto, a la madre gestante y biológica, a los cónyuges o convivientes y al niño.

3. LA PATERNIDAD FRENTE A LAS NUEVAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.

Cuestiones éticas y legales derivadas de las técnicas de reproducción asistida generan debate en torno a lo ético sino y lo jurídico pero a la vez sociales porque implica el rompimiento del principio biológico de la filiación. Lo cual genera una serie de cuestionamientos de orden social incluso la aparición de nuevos conceptos como la filiación legal. Es así que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, con asistencia de donante exige una revisión y elaboración de conceptos jurídicos que permitan definir las reglas de juego. En conocimiento de que la filiación trasciende el hecho biológico de la procreación.

3.1. LA REGULACIÓN LEGAL EN EL PERÚ

La Ley General de Salud contiene una cuestionada norma relativa a la reproducción asistida que dispone: “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 madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos” (artículo 7).

En general, podríamos decir que la redacción de la norma es deficiente, lo cual ha generado un encendido debate sobre todo en torno al tema de la ovodonación. Podría decirse que se establece claramente que el recurrir a técnicas de reproducción asistida es un derecho (lo cual tiene importantes consecuencias) y se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines diferentes a la procreación y la clonación de seres humanos. Se permite tanto la fecundación homóloga como la heteróloga, pero el artículo pone como condición que coincidan 'la madre genética y la madre gestante. Es esta la frase de la discordia. Sobre ello podríamos señalar:

- No se prohíbe la ovodonación.
- Las prohibiciones son expresas no se aplican o se interpretan por analogía.
- Se considera una exhortación del legislador, más no una exigencia.
- Admitir la fecundación heteróloga con material genético masculino, pero impedirla con material genético femenino originaría una discriminación por razón de género. Asimismo prohibir la ovodonación equivale a negar la posibilidad de acceder a la maternidad cuando la dificultad resida en la mujer.
- Por otro lado si se quiere evitar conflictos en torno a la identidad de un futuro infante, la prohibición debería ser total, no justificándose la donación de esperma.
- Esta disposición no impide la maternidad subrogada, ya que puede coincidir madre genética y gestante en la subrogante, utilizando esperma de un donante anónimo o del varón de la pareja. Más propio en todo caso sería establecer, de un lado, una

clara prohibición de la maternidad subrogada y, por otro, la determinación de la maternidad por el parto.

- De prohibirse la ovo donación, también se impediría la embriodonación, la cual puede dar alternativas a la adopción a parejas infértiles mediante tratamientos menos costosos.
- Prueba de los defectos de esta norma es el requerimiento del consentimiento expreso de 'los padres biológicos', ya que al admitir la donación de esperma (siendo el varón el padre biológico) se estaría exigiendo la presencia de un donante anónimo que asumiría, entonces, ¿obligaciones? en un curioso cuadro jurídico, que solo se entiende merced a una técnica legislativa errónea, resultando conflictiva e inadecuada su aplicación literal.

A. DETERMINACION DE LA PATERNIDAD

En el caso de las TERAS si los gametos corresponden a ambos cónyuges no se presentará discrepancia entre los padres biológicos y los jurídicos. Se presenta mayor complejidad cuando la nueva vida se forma con asistencia de donante de esperma.

B. DETERMINACION DE LA MATERNIDAD

La legislación vigente vincula la maternidad con el parto, no obstante otros consideran que madre es la que aporte el ovulo y el cónyuge el espermatozoide, es decir la unión de un ovulo con un espermatozoide generan una vida.

C. CONSENTIMIENTO

Es un elemento imprescindible para la realización del tratamiento y debe ser entendido en dos sentidos:

- Como la aceptación del tratamiento que tiene como propósito lograr la fertilización.
- En los casos de Técnica de Reproducción Asistida con asistencia de donante, debe establecerse el consentimiento del marido; en el caso de la soltera esta técnica atenta contra los derechos del niño en especial a su identidad biológica y al Interés Superior del Niño.

Esther Farnós¹¹ hace referencia a que el término derecho resulta problemático dentro del contexto de la procreación por cuanto los hijos no dependen de manera exclusiva a la voluntad de los sujetos si no existe la capacidad biológica para tenerlos. Sin embargo dentro del contenido de las decisiones procreativas, son la intimidad y la libertad. Pero libertad en sentido negativo por cuanto restringe la intromisión del Estado, incluso de terceros.

El cuestionamiento del reconocimiento se puede producir, o se podría hacer valer, por las vías de la revocación y de la impugnación. Pero como se explicó anteriormente, que siguiendo la tendencia universalmente aceptada de la irrevocabilidad del reconocimiento voluntario, la ley nacional, en su artículo 395, también establece que el reconocimiento voluntario es irrevocable. Consecuentemente, solo es posible atacar la validez del reconocimiento mediante la otra vía, o de la acción de impugnación, que es lo que propuso el Doctor Cornejo Chávez pero que la Comisión Revisora varió la denominación por la de negación.

¹¹ Farnós Amorós, Esther. Consentimiento a la Reproducción Asistida. Editorial Letelier, Barcelona, p.40y 41.

En efecto, el artículo 399 del C.C. de 1984, autoriza el ejercicio de la acción de negación del reconocimiento, de manera genérica, esto es, sin precisar causales, de modo que, teóricamente, podría negarse o impugnarse el reconocimiento, dada su naturaleza, por ser falsa la relación paterna filial en la que se fundó, o por haber sido practicado por persona diferente al verdadero progenitor, o también, por haber mediado en la declaración de voluntad del reconocimiento causales de nulidad o de anulabilidad.

En cuanto al titular de la acción de negación o impugnación del reconocimiento, la fórmula del artículo 299 también es bastante amplia, porque según ella pueden ejercerla:

- 1) El padre o la madre, que no haya intervenido en el reconocimiento.
- 2) El propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto.
- 3) Quienes tengan interés legítimo en impugnar el reconocimiento, como podrían ser quienes tengan vocación hereditaria a falta del reconocido, o incrementar su participación en la herencia.

En cuanto al plazo para hacer valer la acción de impugnación o negación del reconocimiento, siguiendo la tendencia del Derecho Familiar, en materia de filiación, cuando ha sido establecida, de fijar términos muy latos cuando las acciones tienden a favorecer al hijo, y muy breves cuando lo perjudican, el artículo 400 del C.C. de 1984, establece el plazo, perentorio de solo noventa días, a partir del día en que se tuvo conocimiento del acto impugnado.

Por excepción, cuando el impugnante es el propio hijo reconocido, en mérito del artículo 401, el plazo para interponer la acción se amplía hasta un año después de que haya alcanzado la

mayoría de edad o haya salido de la incapacidad, en el supuesto que el reconocimiento se haya efectuado durante la minoridad o incapacidad del reconocido. Lo que quiere decir que el plazo de 90 días, del artículo 400, es para los demás interesados. Es de advertir que los plazos señalados, por los citados artículos 400 y 401 son de caducidad, y no de prescripción.

3.2. PROBLEMAS ETICOS Y LEGALES SURGIDOS CON LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

La vida humana es coexistencia, es el vínculo indesligable entre el sujeto y los objetos. Pero también el ser humano se organiza para luchar contra la naturaleza al igual que las hormigas y las abejas que evidencian una estructura organizativa superior a otros seres de la naturaleza. Pero el hombre es el único ser que se fija fines y traza un camino para que se vaya haciendo a sí mismo y de alguna manera ser. La realidad existencial del ser humano es que: no está solo. Más que una individualidad estática, es la acción lo que lo define frente a los demás hombres. Porque la acción es transformación del mundo, es la exteriorización de una voluntad que apunta hacia el mundo; y el mundo es una relación.

En esa conexión entre el mundo y el hombre, se tuvo que renunciar a la libertad natural para convivir dentro de una libertad jurídica que permita la subsistencia de la sociedad y regular los apetitos sobre los bienes. Somos seres relacionales. Dentro de la fundamentación filosófica ontológica de la investigación, ésta se sustenta en la naturaleza de la realidad investigada, la misma que corresponde a la naturaleza jurídica de los hechos donde se ha aplicado técnicas de reproducción asistida.

La ética y el derecho se refieren al ejercicio del obrar pues se refiere a la conducta que se exterioriza al mundo exterior pero en el presente caso concreto de las técnicas de reproducción asistida, se trata

de la conducta de los médicos, cónyuges, operadores del derecho con respecto al embrión de la procreación asistida. Una forma de realización de las personas es la paternidad o la maternidad pues su importancia radica en tener hijos biológicos que prolonguen la especie humana y el apellido. Así el aspecto positivo de la TRA (técnica de reproducción asistida), es que nos afirma que la infertilidad puede ser superado por la ciencia. Sin embargo, precisamente el primer rechazo que genera esto, es porque algunos consideran esto, como antinatural que afecta al matrimonio que procrea hijos biológicos. Pero es el caso que todos tenemos derecho a elegir, y cotidianamente lo hacemos. Sin embargo por qué no podemos elegir en caso de infertilidad, tener hijos.

El problema surge cuando en el caso de la fertilización heteróloga, se necesita un tercero donante de esperma. La dignidad del hombre se encuentra en la cima del orden objetivo de valores consagrado por la Constitución. Una aproximación a este punto nos lleva a que los derechos humanos son tan intrínsecos a la persona humana que incluso son anteriores al Estado. Por tal motivo, el Estado constituye una creación concebida y diseñada por el hombre para el logro del bien común. Eso implica que cualquier uso de técnicas de reproducción debe reafirmar la dignidad humana y no debe ser empleado para rebajarla u ofenderla. Las nuevas valoraciones sociales le privan de su fuerza de convicción a los argumentos del actual diseño del régimen legal de filiación. Ahora se impone afianzar el derecho de toda persona a conocer a sus padres, con prescindencia de las circunstancias fácticas en que se llevó a cabo la procreación.

Las normas de rango constitucional (la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución de 1993), exigen que el régimen de filiación se sustente en los principios del favor veritatis, de igualdad de filiaciones y favor filii. La nueva regulación sobre filiación debe buscar favorecer el descubrimiento de la verdad biológica (favor veritatis) para hacer efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden

a sus hijos, sin más restricciones que las que se centran en la protección de los intereses del menor (favor filii).

De acuerdo con ello, el alcance actual del principio del favor legitimitatis es el de designar al conjunto de situaciones que constituyen los límites a la investigación de la verdad biológica; restricciones que se deben centrar en la protección de los intereses del menor (favor filii) y en la certeza y estabilidad que debe presidir en materia de estado civil y en las relaciones familiares.

Dentro del ámbito mundial, los aspectos comunes en la utilización de las técnicas actuales son:

1. El acceso a éstas técnicas debe estar limitado a parejas heterosexuales casadas legalmente, o que mantengan una unión estable.
2. Las instituciones y el personal médico que ofrecen estos servicios deben estar sujetos a supervisión y regulación sanitaria.
3. La paternidad y la maternidad deben estar determinadas por leyes que rijan para todos los nacimientos logrados mediante estas técnicas.
4. Las historias clínicas y la información deben conservarse con carácter confidencial.
5. La vida embrionaria in vitro debe estar limitada a 14 días.
6. El almacenamiento de gametos y embriones debe estar limitado en tiempo.
7. La implantación y/o la inseminación post mortem debe estar prohibida.

8. Las agencias o intermediarios para la subrogación deben estar prohibidas.

9. Previamente debe obtenerse el consentimiento de los participantes.

10. Las tecnologías reproductivas deben estar libres de comercialización.

11. No debe haber selección del sexo, excepto en caso de enfermedades hereditarias ligadas al sexo, ni tampoco selección eugenésica.

12. Prohibición absoluta de la manipulación genética por técnicas extremas de ingeniería genética (clonaje, creación de quimeras partenogénesis, fertilización entre especies y otras).

A pesar del acuerdo general sobre estos aspectos, las características socioculturales, económicas y religiosas en cada Estado pueden crear divergencias en cuanto a:

- La cuestión de la remuneración de los donantes.
 - . El acceso eventual del niño a la información sobre los donantes y el tipo de información (genética o nominativa).
 - La conservación de la información: el tipo, tiempo, y quien debe custodiarla.
 - . La donación y conservación de los embriones, así como la experimentación con el material embrionario humano: quien tiene acceso a él, fines, duración en tiempo y otros aspectos.

5. Limitación en el número de niños por donante.

6. El diagnóstico genético del embrión.

De todo esto se desprende que, a la hora de establecer leyes y regulaciones que definan la política interna en materia de reproducción, cada Estado debe velar por que éstas no atenten o interfieran con la libertad y los derechos humanos básicos. Para esto han quedado determinados varios principios, independientemente de las variaciones políticas, culturales y religiosas, que pudieran servir de base a futuras regulaciones o acuerdos de carácter internacional, y que se resumen en:

1. El respeto por la dignidad humana.
2. La seguridad del material genético.
 - La calidad de los servicios brindados.
 - La inviolabilidad de la persona.
 - La inalienabilidad del cuerpo humano.¹²

Otro aspecto importante que debemos considerar es la posición de la iglesia en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por no ser un hecho originalmente biológico. Ya Pío XII había expresado su rechazo a la fecundación artificial expresando que lo biológico y lo médico no es suficiente para darle sustento si se deja de lado lo moral y lo jurídico. Aún más condenable sería la fecundación con material genético de un tercero así se tenga el consentimiento de ambos cónyuges.

¹²

Véase: www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/des_etica/16.htm. Fecha 1 de marzo del 2017.

Alex Placido¹³, señala que la investigación de la filiación tiene como propósito la adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación. Del establecimiento de la verdad biológica se deriva la relación de filiación y el contenido inherente a la misma. Por lo que la investigación de la filiación se presenta como una cuestión prioritaria del hijo en aras del interés en conocer a sus padres. Por otro lado en la filiación coexisten dos intereses contrapuestos: el interés del hijo, dirigido a conocer su verdadero origen; y, el interés del presunto progenitor, opuesto a ello, pues de haber sido favorable habría accedido al reconocimiento.

Las **Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Teras)**, con respecto a la **Ley General de Salud N° 26842**, el recurrir a un tratamiento contra la infertilidad, se estaría colisionando el Derecho del Niño, porque hay un choque de ideas o principios en donde prima el **INTERES SUPERIOR DEL NIÑO** conforme lo aplica el artículo IX del T.P del Código del Niño y del Adolescente con relación a la Procreación y a la Identidad Biológica del Niño, cuando es producto de la Inseminación Artificial y cuando sobre todo el hijo tendría material genético distinto al de uno de los cónyuges, cuando se aplica la Inseminación Artificial Heteróloga, lo que evidencia que el Derecho de Familia el más afectado en el ámbito de las relaciones paterno filiales porque el hijo que nacería tendría un padre legal y un padre genético.

Así se alude al término Inseminación Artificial que, la ausencia del acto copulatorio representa una constante de esta técnica de reproducción. Sin embargo no puede ser calificada de asexual, porque al igual que concurre la unión de dos células que proceden de distintos seres y uno de ellos donado, además de pertenecer a la misma especie generando un nuevo individuo. La preocupación es que lo jurídico no va a la par con el avance de las ciencias, que no la alcanza a regular por esa falta de proyección que se encuentra en el Derecho, y es que siempre

¹³ ALEX F.PLACIDO V. WWW.amag.edu.pe/web/htm/programa.../consti_famil_filiac.ppt-similares-02-028-2017

debe estar presente el hecho, el acontecimiento. Aunque la tendencia actual adopta una posición permisiva, admitiendo la práctica de Inseminación Artificial de las parejas incluso sin vínculo matrimonial y en la que se utiliza la intervención del cedente del semen, prohibiendo únicamente la Inseminación Post Mortem. Por cuanto se está dejando de lado **la Función Social Del Derecho de familia** y la valoración del matrimonio como la Institución que jurídicamente garantiza los derechos del menor: sin embargo también podría considerarse las parejas en unión de hecho.

El Ordenamiento Jurídico Peruano sobre la Reproducción Asistida solo cuenta con el artículo 7 de la Ley General de Salud N° 26842 que prescribe: “ Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida, siempre que la condición de madre genética recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

La situación se torna más confusa cuando se refiere a la existencia de un Derecho a la Libertad de Procreación, que comprende tanto el Derecho a procrear, como el Derecho a no procrear (que incluye por consiguiente el derecho al aborto) limitado no solo a la procreación por medios cóitales, si no también se aplica a la procreación por medios no cóitales.

4. MATRIMONIO Y FILIACIÓN

4.1. EL MATRIMONIO

La familia es un fenómeno natural que se origina en la unión de ambos sexos, varón y hembra, y como institución jurídica el matrimonio,

no es más que la unión de los sexos regulada por la ley. En cuanto a los fines del matrimonio, se han establecido dos primordialmente.

El primero es individual, de carácter personal, por el que los contrayentes buscan el auxilio recíproco, en una plena comunidad de vida y el segundo de carácter colectivo, que orienta la contribución de los cónyuges a la conservación y perpetuación de la especie humana, mediante el acto de procreación.

Es el caso del Código Civil Peruano de 1984, en su artículo 234 dice: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común”.

Por otro lado, Planiol y Ripert¹⁴, entendían a la familia en sentido amplio como a las personas vinculadas por el matrimonio, por la filiación o la adopción, es decir padre, madre y los hijos.

Según la Carta de los Derechos de la Familia¹⁵, se indica que la familia constituye una unidad jurídica, social y económica donde se ejercen una serie de valores para el bienestar y desarrollo de sus integrantes.

El artículo 234 del Código Civil señala que “el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común (...)”. De lo cual se infiere que el matrimonio alude a una unión estable y concertada de un hombre y de una mujer. La etimología de la palabra matrimonio proviene del latín *matris* y *monium* que significa gravamen que alude a la mujer que lleva el peso del parto antes y después del matrimonio pero también porque es

¹⁴ Planiol, Marcelo, y Jorge Ripert. Tratado Práctico de Derecho civil francés. La Habana Cultural S.A. Tomo II, pp. 7y8.

¹⁵ Carta de los Derechos de la Familia, documento del Vaticano, Lima, Comisión Episcopal de Familia, 1983, p.6.

ella quien lleva la parte más difícil del matrimonio pues es ella quien educa a los hijos, los cuida, etc.

Para Valverde¹⁶: “(...) el matrimonio es una institución social que se caracteriza por su unidad expresada en la forma monogámica, en la dirección del hogar atribuida al marido, y en la subordinación de los múltiples fines a uno superior y unitario por la permanencia que es consustancial a la vida misma de la asociación del casamiento y que se ofrece en función de la necesaria y duradera protección a los hijos, objetivo vinculado a la conservación y perfeccionamiento de la especie, y por la legalidad, en tanto que esta ley establece, fuera de la voluntad individual, un régimen jurídico inalterable para los contrayentes.”

Asimismo el matrimonio tiene las siguientes características: Es la institución fundamental del Derecho de Familia. Y tal como se venido manifestando es la unión exclusiva de un solo varón y de una sola mujer. Está amparado por la ley, es decir, que se desenvuelve dentro de un marco legal.

4.2. FORMA DEL MATRIMONIO

El matrimonio es considerado un acto solemne que tiene que celebrarse ante un funcionario público y los testigos competentes; y ante todos ellos los contrayentes deben manifestar su voluntad. Sin embargo Messineo¹⁷ señala que por forma, debe entenderse como el medio o modo en la se pone en evidencia la declaración de voluntad, es decir se exterioriza. De lo que resulta que es un elemento esencial necesario que permite identificarlo de manera que sin la forma la voluntad no podría emitirse. Esto es en principio por la finalidad probatoria. Pero además la imposición de la solemnidad de forma se explica por el propósito de la ley de llamar la atención del declarante sobre la importancia del acto que

¹⁶ VALVERDE, Emilio. Derecho de Familia en el Código Civil peruano. Tomo I. Lima: Ministerio de Guerra. 1942.

¹⁷ Messineo, Francesco. Derecho Civil y Comercial, t. II, p. 381. Buenos Aires, 1954.

realiza y de garantizar la seriedad y madurez de todo lo que él decida hacer.

4.3. DE LAS CONDICIONES PARA EL MATRIMONIO

Para que el matrimonio sea celebrado de manera válida y lícita es indispensable que los contrayentes reúnan determinados requisitos o condiciones, a fin de garantizar la libertad del consentimiento con que debe realizarse. Los más importantes requisitos o condiciones recogidos en el Derecho Comparado para la celebración del matrimonio son: 1) Que los contrayentes sean de sexo opuesto. 2) Pubertad o edad mínima. 3) El consentimiento, se entiende libre, espontánea, consciente, de los futuros contrayentes, o de sus representantes legales en los casos previstos por la Ley. La voluntad de las partes es un elemento sustancial en el contrato de matrimonio y ha de tomarse en cuenta para decidir si éste seguirá existiendo o llegará a su conclusión, de otra forma, se abre la puerta para la disolución.

4.4. LA FILIACION

Etimológicamente la palabra Filiación deriva de la voz latina **FILIUS** que a su vez deriva de **FILIUM**, que significa hijo, procedencia de los hijos respecto de los padres. El jurista Cornejo Chávez¹⁸, con respecto a este término hace una distinción entre la filiación genérica y la filiación en sentido estricto, en la primera, la relación que vincula a la persona con otra o con todos sus ascendientes. Y la segunda solo vincula a los padres con los hijos. No obstante a dicha relación se le denomina apropiadamente paterno filial, pues desde la posición del hijo está bien

¹⁸ CORNEJO CHAVEZ, Héctor: "Derecho de Familia Peruano". Tomo 1. Sociedad Conyugal. 8 Edición. Editorial Rocarme. Lima-Perú.1991.

llamada Filiación, pero desde la posición de los padres se denomina paternidad o maternidad.

Para Nelson Reyes, la Filiación o relación paterno filial, es la relación o vínculo que une entre las personas descendientes, bien una de otra, o de un tronco común.¹⁹

Cornejo Chávez, la filiación es la relación que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes, en sentido estricto, la que vincula a los padres con sus hijos.²⁰ En general la filiación o relación paterno-filial "es la relación o vínculo que une entre las personas descendientes, bien una de otra, o de un tronco común".²¹

Desde la perspectiva natural y biológico, todos los individuos son hijos de una madre y de un padre, incluso los niños nacidos de manera in Vitro o Inseminación Artificial, tienen de manera fetal un padre y una madre, sean estos conocidos o desconocidos. La Filiación crea el vínculo del parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, de aquí que la paternidad y filiación Jurídica, creada entre los progenitores y el hijo a lo cual la ley le atribuye derechos y deberes.

El Dr. Enrique Varsi Rospigliosi afirma: "(...) se habla de la filiación civil, contraría a la filiación por naturaleza, siendo su fundamento la voluntad pro creacional de los participantes el deseo de ser padres. De esta manera, se crea un tercer género aparte de la filiación por naturaleza y la adoptiva: la llamada filiación civil".²²

¹⁹ REYES RIOS Nelson. "En el Libro Homenaje a Rómulo Lanatta G." Editorial Cultural Cusco S.A. 1986. Lima Pág. 393.

²⁰ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Lima: Gaceta Jurídica, 1999 p.357.

²¹ REYES RIOS Nelson: "La Acción De Estado De Filiación Paterna Extramatrimonial En El Código Civil De Venezuela En El Código Civil Peruano". En: Libro Homenaje A Rómulo Lanatta Guilhem. Ede Ve. Cultural Cuzco S.A. Lima, 1986. Pág. 393

²² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "Revista Jurídica del Perú", Primera Edición N° 93, Normas Legales, Gaceta Jurídica S.A. 2008

Rivero Hernández²³, señala que la filiación es aquella relación parental que vincula padres e hijos. De la misma opinión es Miguel Ramos para quien la filiación significa la procedencia de los hijos respecto a los padres, la descendencia de padres a hijos o la calidad que el hijo tiene con respecto a su padre o madre, por razón de concepción y nacimiento, en relación con el estado civil de los progenitores.²⁴ Por lo tanto la filiación es el vínculo a partir del cual se generan derechos y obligaciones entre los padres y los hijos.

Además establece las clases de parentesco que son las siguientes:

- **Parentesco Legal.** Es aquel que nace por Ley.
- **Parentesco Consanguíneo.** Es aquel que nace de dos personas distintas en relación.
- **Parentesco por Afinidad.** Es el parentesco legal. Ejemplo: El cuñado es pariente por afinidad, por ser este hermano de la esposa.
- **Parentesco Religioso,** Es aquella que nace de dos personas distintas en relación sanguínea, como es el caso de los compadres y ahijados.

4.4.1. TIPOS DE FILIACIÓN

Existen Dos Tipos de Filiación:

A.FILIACION CONSANGUINEA

²³ RIVERO HERNANDEZ, Francisco: "Las Presunciones de Paternidad Legítima" . Ed. Tecnos. Madrid. España. 1971.

²⁴ RAMOS BOHORQUEZ Miguel, Manual De Derecho De Familia ,1º Edición 2002, p. 116

Es la que se crea del hecho biológico de la procreación, este es derivado de una relación de descendencia. La cual comprende:

A.1. Filiación Matrimonial

Es aquella que va unida a la del matrimonio entre los progenitores, que es su causa esencial, corresponde a aquellos hijos nacidos del matrimonio²⁵ por lo que se considera hijo del matrimonio al concebido, después de establecido el vínculo matrimonial entre sus padres y mientras dure el mismo.

Así pues, se presume hijo del matrimonio, el que haya alumbrado la mujer durante el matrimonio, salvo prueba en contrario, esta presunción se fundamenta en dos supuestos:

➤ La Fidelidad de la Esposa.

2. La Aptitud del Esposo para engendrar.

B. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Conocida como la Filiación Ilegítima, por el cual el vínculo que se establece entre el padre y el hijo no está unidos por el matrimonio. Guillermo Borda²⁶ se refiere a que son hijos extramatrimoniales, los nacidos fuera del matrimonio de una unión de un hombre y una mujer.

²⁵ PLACIDO V, Alex: "Filiación y Patria potestad", Editorial. Gaceta Jurídica. 1º Edición. Lima-Perú.

²⁶ Borda Guillermo, A. (1977): Tratado de Derecho Civil Familia I. 6. Edición. Librería Studium. Lima -Perú

C. FILIACIÓN JURÍDICA.- Es la que se refiere a la Adoptiva. La adopción convierte al adoptante en padre o madre, y al adoptado en hijo. Se crea una relación jurídica que no existía. El Código Civil actual se refiere a la Filiación Adoptiva, la que proviene de la ley como una categoría de hijos equiparados al igual que los hijos matrimoniales pero no lo suficiente como para que merezcan la designación de hijos matrimoniales.

D. FILIACIÓN CIVIL.- No obstante la doctrina ante la evolución de la ciencia moderna con respecto a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, no puede quedarse estático pues ante la realidad cambiante el Derecho debe ser dinámico y estar a la par con el avance de la ciencia el cual ha afectado a la familia por el tema de la filiación. Es así que frente a las filiaciones ya descritas, surge un tipo de filiación denominada civil. Luis Moisset de Espanés abordó el tema “Acerca de la de ‘inseminación artificial’ que fue sometida a su discusión en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. En: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar> ha señalado que la filiación civil conforme a las técnicas de reproducción humana asistida vienen dando en el derecho de familia un nuevo ordenamiento jurídico en materia de filiación civil a efectos de comportar soluciones legales y adecuadas. Pero debe reconocerse que este tipo de filiación civil, el vínculo que se construye es mucho menos ficticio que el adoptivo por cuanto al menos uno de los cónyuges comparte material genético cuando en la filiación adoptiva no se comparte ninguno. Como así lo ha expresado Claudia Morán²⁷, que

²⁷ MORAN DE VICENZI, Claudia. “El concepto de filiación en la fecundación artificial” ARA Editores E.I.R.L. Impreso en Perú Año 2005. p. 131

encuentra el sustento en la voluntad procreacional. Pero será posible que la naturaleza haya cedido su lugar ante el surgimiento de la filiación civil, creado por el Derecho con su voluntad procreacional. De manera que en algunas circunstancias la filiación civil, es la que determina el vínculo que une a los padres y a los hijos cuando en el plano biológico, no sea posible. Maria Dolores Vila-Coro Barachina, expresa esta circunstancia de manera precisa: “En general, el concepto de voluntad procreacional consiste en el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea y tratándose de la inseminación artificial heteróloga, “el padre aparente” es quien manifiesta el consentimiento informado que involucra su voluntad de ser padre ... En cambio el “padre excluido” es aquel que..., ha donado su material genético sin compromiso o responsabilidad de asumir la paternidad, por lo que si bien existe la identidad cromosómica con el nacido, ha faltado la voluntad de procrear “. ²⁸

4.4..2. TEORIAS DE LA FILIACION

Las Teorías de la Filiación son:

Teoría del Nacimiento.

Teoría de la Concepción.

Teoría Mixta.

²⁸ VILA-CORO BARACHINA, María Dolores "Huerfanos Biológicos", Edt.San Pablo, Madrid-España, 1997 pp.77/86

a) Teoría del Nacimiento, ello depende de que los hijos nazcan en el momento en que sus padres estén casados, no importa el momento en que hayan sido concebidos. Según la **Teoría del Nacimiento**, los concebidos con anterioridad a la celebración de las nupcias, son matrimoniales si nacen cuando aquella ya ha sido contraída. Por el contrario no lo serán los nacidos después del fenecimiento del vínculo matrimonial, aunque hubieren sido procreados durante su vigencia.

b) Teoría de la Concepción, serán matrimoniales los hijos engendrados por los padres casados, sean que nazca durante el matrimonio o que hayan sido concebidos después de disuelto el vínculo matrimonial. De acuerdo con la **Teoría de la Concepción**, los concebidos antes del matrimonio son extramatrimoniales, si bien susceptible de legitimación aunque su nacimiento ocurrió una vez efectuado el casamiento y quienes fueron concebidos durante el matrimonio, serán matrimoniales, no importa si el nacimiento se produce cuando el vínculo matrimonial ya se haya disuelto. La Filiación Matrimonial²⁹ debe determinarse entonces, en base a la cuestión de que si es la concepción la que la origina, o si es el alumbramiento. El Código Civil³⁰, combina ambas teorías.

Artículo 1 del Código Civil: “La persona humana es sujeto de derechos para todo cuanto le favorece”.

²⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Filiación, Derecho y Genética”. Editorial Gaceta Jurídica. 1° Edición. Lima-Perú. 1999.

³⁰ ARIAS SCHEREIBER PEZET, Máx. “Exégesis del Código Civil Peruano”. Tomo III. Derecho de Familia. Editorial Gaceta Jurídica. 1° Edición. Lima-Perú. 2,006

Artículo 361 del Código Civil: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido.”

En consecuencia serán hijos matrimoniales, los que hubieren nacido durante el matrimonio a pesar de haber sido concebidos antes de este. Así como también lo serán los hijos nacidos en fecha posterior al término del matrimonio, que hubieran sido concebidos dentro de él.

c) La **Teoría Mixta** adoptada por nuestro Código Civil, se enfrenta ante el problema que significa el nacimiento en fecha posterior al matrimonio, termino del matrimonio (por disolución o anulación). No obstante tal problema se reduce³¹ al de poder determinar el periodo de gestación del hijo, ósea cuantos días transcurre desde su concepción hasta su nacimiento, lo cual es muy difícil. En nuestro Código se establece de plazo para la gestación 180 o 300 días.

A pesar de la relativa uniformidad en la fijación de los indicados plazos, existe la posibilidad de discrepancias, ya que se considera en el computo debe incluirse **EL DIES AQUO, y EL DIES AD QUEM**, o únicamente debe considerarse que de ellos, o no debe contarse ninguno; y si el computo debe hacerse por días calendarios o de momento a momento. **DIES AD QUEM**, (día del nacimiento) **DIES AQUO** (día de la celebración del matrimonio o de su disolución). Sin embargo el marido puede Impugnar la Paternidad al nacer el hijo antes de los 180 días de la celebración del matrimonio, o al ser imposible, que haya cohabitado con su esposa en los primeros **121 días de los 300** anteriores al día del nacimiento del hijo. Respecto así al cómputo, debe hacerse por

³¹ Hinostroza Minguez, Alberto. “Filiación Matrimonial”. Editorial. Técnico Científica. S.A. Lima-Perú. 1989.

días calendario, hay que decir que los **trescientos días a contarse no comienza con el hecho del nacimiento, si no desde el día anterior**. Además los trescientos días a contarse, no empiezan desde el día en que termina el matrimonio, sino desde el día siguiente.

En lo que concierne al Hecho de la Concepción o Alumbramiento de una mujer casada, esto no da lugar a afirmar tajantemente que sea el marido efectivamente el padre del hijo. Referente a ello se dan dos situaciones:

Que el nacimiento se produzca después de 180 días de la celebración del matrimonio y antes de vencidos los trescientos días posteriores a su término.

- Que el nacimiento haya ocurrido antes de cumplirse los 180 días de la celebración del matrimonio o después de los 300 días de su disolución o anulación.

En cuanto a la Primera Situación el Derecho Peruano³² se fundamenta:

- Que el hijo es del marido porque se basa en la presunción *“Pateris est quem nuptiae demostrant”*.

No obstante esta Presunción reposa en un doble fundamento:

- En el hecho de la cohabitación presente en todo matrimonio, de manera que aun sin otro indicio se puede suponer que entre los cónyuges se ha producido el contacto carnal.

³² Ver CORRALTANZLANI, Hernán.” Derecho y Derechos de Familia. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2005.

- ✓ De otro lado se supone que la mujer guarda la fidelidad a su marido, por consideraciones de orden ético, como por el cumplimiento de un deber que la ley le impone, por el cual los cónyuges solo pueden mantener relaciones sexuales entre ellos y no con terceras personas.

Estas Presunciones no son absolutas, ya que el marido puede acreditar lo contrario. Por tal razón la Presunción será **IURIS TANTUM**, (admite prueba en contrario), en los supuestos en que la ley permita la Impugnación al marido. En lo que se refiere a la **Segunda Situación**:

- Que el nacimiento se haya producido antes de cumplirse los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o después de los trescientos días de su término.

Hay que decir lo siguiente:

- Que el marido puede no ser el padre, por cuanto en la época de la concepción todavía no estaba casada con la madre.
- Que el marido pudo desconocer el embarazo o conocerlo y admitirlo, supuesto este último en que se le puede atribuir la paternidad, evidentemente la calidad de hijo será la de extramatrimonial.
- Pero si el marido lo admite como suyo (pues bien pudo sostener relaciones sexuales antes de casarse con ella, o dejar pasar los plazos en que tiene expedita la acción de contestación de paternidad, o esta rechaza la calidad de hijo será la de matrimonial.

- Que de nacer el hijo después de los 300 días de disuelto el vínculo matrimonial o anulado el matrimonio, resulta incuestionable que el hijo fue concebido fuera del matrimonio, teniendo la calidad de extramatrimonial.

Por lo tanto, no opera la Presunción de Paternidad del Marido; para probar la paternidad del marido o de tercera persona, habrá que hacer uso de los medios probatorios con que cuenta el Derecho.

5. ACCIONES DE ESTADO

Es aquella en la que pueden darse ciertas acciones orientadas a Negar o Impugnar la Filiación de una persona, o si no a Reclamar la Filiación con la que no se cuenta en los casos en los que así debería de ser. El hijo queda emplazado por la sola virtud del casamiento de sus padres y la vigencia de la Presunción, y lo acredita con la respectiva presentación de los Certificados, de las Partidas de Matrimonio de sus Padres y de su propio Nacimiento.

➤ ACCIONES DE CONTESTACION.

A. LA ACCION DE NEGACION DE PATERNIDAD

Se da cuando el hijo alumbrado por mujer casada no se haya regido bajo la Presunción **PATERIS IS QUEM NUPTIAE DEMOSTRANT**, por lo que el marido se limita a negarlo, debiendo la mujer probar en sentido contrario.

B. LA ACCION DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD

Por el contrario se da cuando el marido no considera como suyo el hijo nacido bajo la presunción de paternidad indicada en el párrafo anterior, es decir nacido dentro de los 180 días de celebrado el matrimonio y antes de 300 días de terminado este. En este caso el marido debe probar lo que afirma. Se distinguen ambas Acciones en lo concerniente a la Prueba, recayendo está en la mujer y el hijo, tratándose de la acción de Negación o Desconocimiento y en el marido tratándose de Impugnación de Paternidad.

- Si el marido basa su acción en el hecho de haber nacido el hijo antes de los 180 días de la celebración del matrimonio, deberá probar la fecha de dicha celebración y la del nacimiento.
- Si basa su acción en el hecho de que el hijo nació después de los 300 días de la disolución o anulación del matrimonio, deberá acreditar la fecha de disolución o anulación;
- La del nacimiento si funda su acción en el hecho de que el hijo fue concebido durante un periodo de Separación Legal; entonces deberá probar la fecha de la separación y la del nacimiento lo cual puede hacerlo con las Partidas o Sentencias correspondientes.
- En cambio la madre o el hijo, a través de su Representante Legal, deberá probar que a pesar de haber nacido en tales circunstancias, es el marido el verdadero progenitor.

La **Impugnación de Paternidad** tiene como propósito contradecir la Presunción de Paternidad del Marido (alegando

ausencia, enfermedad, accidente, impotencia, etc.). Aquí el marido debe probar además de lo relacionado a las fechas entre las cuales transcurrieron los 121 días de los 300 anteriores al nacimiento, sino que deberá además demostrar que en dicho lapso no tuvo acceso carnal con su mujer. El artículo 363 del Código Civil señala lo siguiente:

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

- Cuando el hijo nace antes de cumplidos los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio.
- Cuando sea manifiestamente imposible, dada las circunstancias que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los 300 anteriores al del nacimiento del hijo.
- Cuando esta judicialmente separado, durante el mismo periodo indicado en el inc. 2, salvo que hubiere cohabitado con su mujer en ese periodo.
- Cuando adolezca de impotencia absoluta.
- Cuando se demuestre a través de la Prueba del ADN u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

La **TEORIA DE LA FICCION**, de que la concepción del hijo se produce dentro de los primeros 120 días de los 300 anteriores al nacimiento, en razón de que el concebido no puede nacer con vida, salvo excepcionalmente antes de los 120 días (**cuarto mes**) ni después de los trescientos días (**décimo mes**). Puede interponer la Acción Contestatoria el marido dentro de los 90 días contados desde el día siguiente del alumbramiento, si estuvo presente en el lugar o desde el día siguiente de su regreso. Cabe señalar que solo el marido en caso de incapacidad de este; es de recalcar que mientras

el marido se halle en estado de incapacidad, no corre ningún plazo de Caducidad de la Acción. Pudiendo el marido interponer la correspondiente acción dentro de los 90 días de cesada su incapacidad (artículos 364, 367, y 368 del Código Civil). La Acción de Contestación de Paternidad que inició el marido deberá ser dirigida naturalmente contra la madre y contra el hijo, debiendo ser Representado este por el Curador Especial (artículo 606 inc.1 del Código Civil).

5.1. PRUEBA DE LA FILIACION MATRIMONIAL.

Según Cornejo Chávez, la Prueba de Filiación Matrimonial debe entenderse como:

- a) Título e instrumento mediante el cual, una persona demuestra frente a terceros aun fuera de juicio su calidad de hijo matrimonial.
- b) Con el conjunto de Medios Probatorios exigidos o admitidos por la Ley Procesal dentro de un juicio, para obtener una sentencia que declare al demandante como hijo matrimonial del demandado.

5.1.1. ACCIONES DE ESTADO.

A. RECONOCIMIENTO DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

Viene a ser el acto jurídico que contiene la declaración unilateral formal de paternidad o maternidad, hecha por el padre o la madre con respecto al hijo habido fuera del

matrimonio. El Acto Jurídico del Reconocimiento presenta los siguientes caracteres:

- Es un Acto Solemne Ab Probationem, porque la Ley exige se verifique por medio de un Acto Autentico en el Registro civil, o en una Escritura Pública o en un Testamento.
- Es un Acto realizado en un Documento Privado que solo podría servir como comienzo de Prueba Escrita, para ejercer la Acción de Indagación de la Paternidad.
- Es un Acto Autentico que presenta confianza, que sea Fehaciente, ofrece una Certidumbre y una Garantía Publica y ofrece Fe Plena en el momento de la prueba. La presencia de un Funcionario Público que autentica el documento es la mejor prueba de que no habrá alteraciones, ni fraudes en la redacción del mismo.
- Es un Acto Unilateral puesto que solo exige la voluntad del autor, el reconocimiento, la aceptación de hijo extramatrimonial.
- Es un Acto Declarativo, porque se hace con el objeto de declarar en el la Paternidad o la Maternidad de una persona, y se hace con ese solo objeto, pues no admite modalidad alguna.
- Es un Acto Irrevocable, porque el que lo aceptado no puede retractarse. El reconocimiento hace nacer en el hijo extramatrimonial una serie de derechos que la voluntad del declarante no puede despojarlo por actos posteriores.

- Es un Acto Individual, puesto que solo produce efectos entre los padres o del padre que emanan y el hijo.
- Es un Acto Incondicional, porque es puro y simple, porque no está sujeto a condición, plazo o cargo, que pueda modificar sus consecuencias jurídicas.

El Reconocimiento es un acto formal que exige determinadas solemnidades, establecidas por ley para que tenga validez y eficacia. La ley establece que el Reconocimiento debe constar en el Registro de Nacimiento, en Escritura Pública o en Testamento.

- **Reconocimiento en el Registro de Estado Civil.**

Se debe hacer delante del Oficial del Registro en los siguientes casos:

- Al asentar la Partida de Nacimiento del Hijo que tiene que ir firmado por el padre.
- Por declaración posterior, asentando un Acta en el mismo Registro, por el que practica, ante dos testigos y autorizada por el Funcionario del Registro Civil y el Alcalde.

- **Reconocimiento por Escritura Pública.**

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial, puede hacerse también delante del notario, por Escritura Pública. Este Documento produce también fe plena debido a la solemnidad con que se ha revestido el acto.

- **Reconocimiento por Testamento.**

Se puede reconocer a un Hijo Extramatrimonial por Testamento cualquiera que sea la forma de este, de tal modo que en un Testamento Cerrado ante un notario u Testamento Ológrafo se podrá reconocer un Hijo Extramatrimonial.

Por otro lado existe un principio de unidad de las filiaciones que parte del reconocimiento que todos los hombres tiene su origen en la existencia de una sola y única forma: fruto de la relación sexual. Sin embargo el tiempo ha modificado esta percepción pues si bien dentro de la doctrina actual no existe un concepto preciso sobre la filiación en la actualidad los hijos no pueden ser categorizados de acuerdo al tipo de unión que vincula a sus padres por cuanto lo que importa al Derecho son los efectos jurídicos sin importar el tipo de filiación. Es así que por el **principio de igualdad de categorías de filiación**, los hijos ya sean matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos tienen los mismos derechos y obligaciones frente a los padres. El trato paritario si bien lo establece la ley, en él también se encuentra implícitamente el principio de dignidad. Incluso debemos entender que la igualdad de los hijos debe darse en todo momento y no debemos entender que la distinción entre hijos matrimoniales y extra matrimoniales que se presenta, no es por discriminación si no para entender que estamos ante dos supuestos de hecho diferentes que merecen ser reglados también de manera diferente.

6. DIVORCIO

La temática investigada es importante desde la perspectiva social pues debe considerarse que la falta de consentimiento para la aplicación de las TERAS debe constituir una causal de divorcio. El artículo 7 de la

Ley General de Salud N° 26842, y el artículo 361 del Código Civil ya que no existe ningún vínculo biológico, ni elemento volitivo, entre ambos cónyuges mucho menos con un menor que no comparte su material genético podría vulnerar el deber de fidelidad y ruptura del deber de confianza que debe existir entre los cónyuges. Por lo que es necesario presentar un enfoque de solución al problema. La Constitución busca asegurar la estabilidad de la pareja, y en especial garantizar el matrimonio. Para lo cual propone un límite en cuanto a la realización de esta técnica como fundamento ético, jurídico quienes deben ser los usuarios y los requisitos que deben cumplir las personas interesadas para recurrir a su uso, como establecer parámetros médicos para el actuar médico, esto teniendo en cuenta la Ley General de Salud N° 26842 vigente, considerándose el hecho de señalar como única condición del actuar médico, que la madre genética y la madre gestante recaiga sobre la misma persona, no basta para guiar a los directamente implicados en la utilización de esta técnica. Por otro lado se presenta el llamado derecho de la procreación como un derecho personal. Si bien no se encuentra dentro de los derechos fundamentales, en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, (fecundación *in vitro*), la Corte Interamericana de Derechos Humanos admite la existencia de los derechos reproductivos o derecho a la autonomía reproductiva son las sentencias que emite la Corte. Asimismo porque nos permitirá determinar si es que los legisladores han dado solución a un problema social, puesto que existían hogares desintegrados, en los cuales los cónyuges separados de hecho se veían imposibilitados de contraer un nuevo matrimonio y regularizar su situación, lo que tiene efectos en el régimen patrimonial, patria potestad, alimentos y sucesiones. Además, debe establecerse si se contradicen o no con las líneas conocidas en doctrina como divorcio-remedio.

La relevancia práctica se materializa en que es un problema de relaciones jurídicas en el cual la cónyuge transgrede los deberes de fidelidad que se presentan en la vida conyugal y la falta de consentimiento afecta directamente la institución del matrimonio; por lo que constituye una exigencia su regulación inmediata por lo que esta tesis propone que

dicha circunstancia debe ser encuadrada como una nueva causal de divorcio.

6.1. . DIVORCIO POR CAUSAL

La palabra divorcio deriva etimológicamente de la voz latina *divortum*, que proviene del verbo *divertere*, que significa “separarse” o irse cada uno por su lado. El divorcio implica la ruptura del vínculo matrimonial para poner fin de manera definitiva a la vida conyugal. Según el artículo 333 del Código Civil, son causales de separación de cuerpos:

1.- El adulterio.

Uno de los cónyuges ha mantenido relaciones sexuales con terceras personas. Esta causal pierde efecto a los cinco años ocurrido el hecho.

2.- La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.

Se presenta cuando existen reiterados actos de violencia física o psicológica de un cónyuge a otro. La causal pierde su efecto a los seis meses de **ocurrido el acto violento**.

3.- El atentado contra la vida del cónyuge.

Intento de homicidio perpetrado por un cónyuge contra el otro. Como medio probatorio para acreditar esta causal debe existir por lo menos una investigación policial previa que señale al autor del hecho.

4.- La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.

Constituyen ofensas continuas y graves contra el honor, la dignidad o la calidad de ser humano que realiza un esposo contra el otro. Caduca a los 6 meses de ocurrido el hecho.

5.- El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.

Se configura con la salida física del cónyuge del último domicilio conyugal por un periodo mínimo de dos años. Se precisa que el abandono debe ser sin justificación alguna.

6.- La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

Cuando uno de los cónyuges realiza actos vergonzosos para el otro. Por ejemplo: los escándalos continuos, ebriedad y alcoholismo, actos delincuenciales, frecuentar prostíbulos, o constantes actos de infidelidad en la que no fuera posible acreditar el adulterio.

7.- El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.

El constante uso de tóxicos y drogas injustificadas que genere adicción.

8.- La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.

Es cuando uno de los cónyuges adquiere una infección sexual necesariamente grave que no proviene del otro pero adquirida durante la vigencia del matrimonio.

9.- La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.

Cuando uno de los cónyuges mantiene actos sexuales con personas de su mismo sexo. Y se presenta durante la vigencia del matrimonio.

10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

Uno de los cónyuges es sentenciado con la comisión de un delito ocurrido dentro del matrimonio.

11.- La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

Se configura cuando se realizan diversas conductas que perjudican al otro cónyuge, las que deben ser continuas y durante un tiempo mas o menos prolongado.

12.- La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.

Solo se debe acreditar lo siguiente:

- Más de 2 años continuos, si es que no hay hijos menores de edad.
- Más de 4 años si es que hay hijos menores.

13.- La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

A. TEORÍAS DEL DIVORCIO

Existen dos teorías sobre el divorcio:

- a) **Divorcio Sanción:** Se manifiesta ante el fracaso matrimonial, se busca al responsable de este fracaso, quien es sancionado por la ley. Se establecen causales específicas describiendo inconductas.
- c) **Divorcio Remedio:** En este tipo de divorcio no se busca un culpable, sino enfrentar una situación conflictiva ya existente en el que se incumplen los deberes conyugales, aquí no interesa buscar al que provoco la situación, sino solucionarla.

6.2. LA FALTA DE CONSENTIMIENTO EN LA FERTILIZACIÓN ARTIFICIAL HETEROLOGA COMO CAUSAL DE DIVORCIO

La palabra *relación* proviene del latín *relatio* o *relationis* que significa conexión; lo cual implica enlace o lo que se encuentra en referencia de un ser, ente o de un objeto con otro. Asimismo cuando la palabra *relación* se nos presenta inserta dentro de lo social como resultado de un conjunto organizado que posee un esquema normativo debe entenderse como interacción entre sujetos-agentes, cónyuges que

constituyen los polos o términos de la relación. Legaz y Lacambra manifiesta que la relación es la vida del Derecho, porque el Derecho es una forma de vida social que no sólo regula relaciones, sino que él mismo es un complejo de relaciones jurídicas³³. Por lo que en el matrimonio también se insertan relaciones bajo un marco jurídico que fija deberes y derechos.

Manuel Herrera Gómez citando a Donati, señala que la relación constituye una *realidad entre*, conformada por sujetos de obrar recíproco y en donde se aprecian elementos *objetivos* (independientes de los sujetos: propiedades del sistema de interacción como tal) y *subjetivos* (dependientes de la subjetividad: condiciones y características de la comunicación intersubjetiva), y es en esta esfera en que se definen la integración de los individuos respecto a la sociedad: de ella depende en qué forma, medida y cualidad el individuo puede distanciarse o implicarse respecto a otros sujetos, a las instituciones y, en general, a las dinámicas de la vida social.

La libertad pertenece a la persona. El contractualismo de Rousseau como renuncia a libertad natural, es libertad jurídica, libertad restringida, recortada por su dimensión social. La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, señala que libertad consiste en:

(...) poder hacer todo aquello que no perjudique a otro; así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad, el disfrute de estos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la misma ley.

³³ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. Bosh, Casa Editorial. Quinta edición. Barcelona, 1978, p 680.

La Constitución de 1993 en su artículo 2, inciso 24, literal b), señala *que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*. En sentido positivo se configuraría de la siguiente manera: estamos obligados a hacer lo que la ley manda y prohibidos de hacer lo que la norma prohíbe. La libertad es uno de los derechos más importantes del hombre. Para Ferrater, José³⁴, los modos como se entiende la libertad son:

- Como autodeterminación.
- Como elección.
- Como acto voluntario.
- Como espontaneidad.
- Como ausencia de interferencia.
- Como liberación frente a ambos
- Como liberación frente a algo.
- Como realización de una necesidad.

Legaz y Lacambra, Luis³⁵, citando a Zubiri manifiesta que vivir es vivir con las cosas, con los demás y con nosotros mismos en cuanto vivientes. Lo que revela la naturaleza social del hombre. En corolario la existencia transcurre en relación con los demás. Lo que se infiere que también la libertad tiene una dimensión social que se encuentra delimitada para que la libertad de los otros también sea posible.

En ese sentido, existe en la actualidad una autonomía de voluntad procreacional, esto es el derecho de cada persona de procrear o no y

³⁴ FERRATER, José. *Diccionario de Filosofía*. Tomo II. Editorial Sudamericana. Tomo II. Buenos Aires, p. 49.

³⁵ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Ob. Cit. p 264.

que corresponde a la libertad individual de cada persona. Así Ferrater, José define a la autonomía como:

*(...) el hecho de que una realidad esté regido por una ley propia, distinta de otras leyes, pero no forzosamente incompatibles con ellas*³⁶.

De esta manera la autonomía de la voluntad regula las conductas que interactúan y crean sus propios vínculos amorosos y obligatorios bajo sus propias reglas compatibles con el ordenamiento estatal. Es así que ante la falta de consentimiento para la inseminación artificial de uno de los cónyuges ya no nos encontramos dentro de la perspectiva individual de la persona sino dentro del vínculo del matrimonio que no sólo fija sus reglas como en el caso de decidir la crianza de los hijos sino que está sujeta a otras normas aunque de naturaleza privada como el Código Civil. Y lo más importante es que el vínculo que los ata como hemos mencionado es el del amor.

Varsi Rospigliosi, afirma que para que exista una causal de divorcio debe configurarse un incumplimiento de deberes matrimoniales³⁷, que son preestablecidos por el Código Civil que evidencia un desfase entre el Derecho y la ciencias pues las causales del Código Civil no contemplan la falta de consentimiento del cónyuge para la aplicación de las TERAS, como causal de divorcio. Ya el artículo 7 de la Ley General de Salud N° 26842, lo ha prescrito es necesario el consentimiento de los dos cónyuges para aplicar las técnicas de reproducción asistida.

Por lo que encontramos que el DEBER que se incumple para la configuración de nuestra causal, lo encontramos en el Artículo 288 del Código Civil, esto es el deber de fidelidad de los cónyuges. Este deber de fidelidad moral, constituyen conducta por el cual los cónyuges deben de abstenerse de ejercer actos o relaciones que atenten contra la

³⁶ FERRATER, José. Ob.: I, p. 161.

³⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. Cit.; pp. 12 y 13.

dignidad del otro cónyuge. Por lo que su vulneración debe ser muy grave pues si bien el término de inseminación artificial alude a la ausencia de acto copulatorio, como se mencionó anteriormente no puede ser calificada de asexuada por la unión del esperma donado con el óvulo. Sin embargo la falta de consentimiento, es decir la falta de voluntad procreacional constituye un elemento importante para la configuración de la causal de divorcio por cuanto hay una afectación a la relación paterno filial, por lo siguiente:

- La falta de voluntad o de consentimiento del cónyuge,
- El incumplimiento del deber de fidelidad de la cónyuge.
- La irreversibilidad de la fecundación con esperma de un donante.

De manera que el padre no se sentirá padre, primero porque jamás expresó su consentimiento y segundo porque no ha compartido su material genético. Al contrario de la cónyuge, que si comparte el material genético. Mientras que la Impugnación de la paternidad tiene como propósito negar la paternidad, consideramos que existe una afectación más profunda: la del hijo no deseado y el conflicto generado con la madre. De manera que la causal podría configurarse de la siguiente manera:

**ES CAUSAL DE DIVORCIO LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL
HETERÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO POR CONSTITUIR
LA VULNERACIÓN DEL DEBER DE FIDELIDAD DE UNO DE
LOS CONYUGES.**

Lo cual también implica que el Código Civil, deba incorporarse además la regulación de la filiación por las TERAS. Y por otro lado, en lo que se refiere a la PRESCRIPCIÓN este debe responder a

razones de motivos de seguridad que debe toda relación jurídica conyugal para lo cual resulta indispensable fijar un plazo razonable.

Asimismo las filiaciones también deben provenir de la filiación artificial. Si bien es cierto que la verdad biológica debe primar sobre la realidad por conformar una verdad material de los hechos. Por cuanto tal como lo ha señalado el Enrique Varsi, el donante es un tercero que no tiene o carece de la voluntad procreacional, es simplemente un donador a quien no le interesa el destino final de su material genético, es decir la persona receptora. En consecuencia el Derecho como regulador de la realidad, no puede desconocer estos hechos. Y en ese sentido ha creado la figura de la FILIACIÓN CIVIL. Por lo demás el consentimiento debe guardar los elementos del acto jurídico que señala el artículo 140 del Código Civil.

CAPÍTULO III

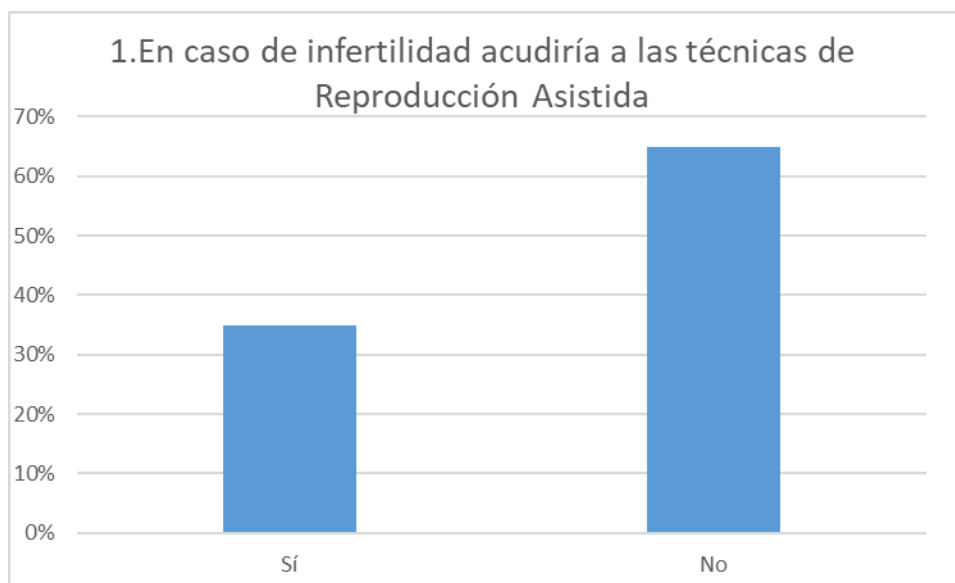
**PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN
DE RESULTADOS.**

3.1 Validez y confiabilidad de los instrumentos

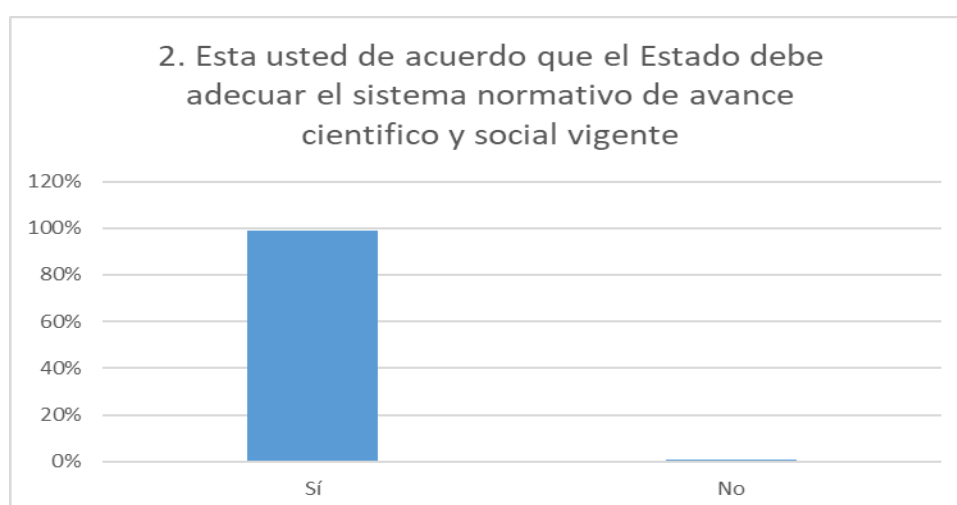
La validez de contenido se refiere al grado en que un instrumento refleja un dominio específico del contenido de lo que se quiere medir, se trata de determinar hasta dónde los ítems o reactivos de un instrumento son representativos del universo de contenido de la característica o rasgo que se quiere medir, responde a la pregunta cuán representativo es el comportamiento elegido como muestra del universo que intenta representar.

Hay que considerar que, la validez de contenido no puede expresarse cuantitativamente es más bien una cuestión de juicio, se estima de manera subjetiva o intersubjetiva empleando, usualmente, el denominado Juicio de Expertos. Se recurre a ella para conocer la probabilidad de error probable en la configuración del instrumento. Mediante el juicio de expertos se pretende tener estimaciones razonablemente buenas, las «mejores conjeturas». Este juicio de expertos se puede obtener por el Método de Agregados Individuales. Por este método se pide individualmente a cada experto que dé una estimación directa de los ítems del instrumento.

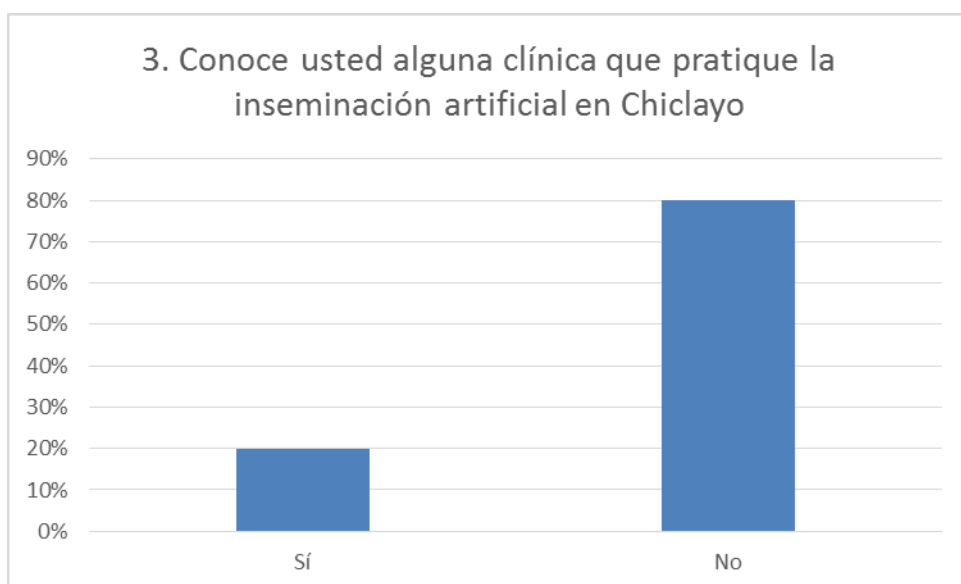
Como colofón, cabe destacar que, existen instrumentos para recabar datos que por su naturaleza no ameritan el cálculo de la confiabilidad, como son: entrevistas, cuestionarios, escalas de estimación, listas de cotejo, guías de observación, hojas de registros, inventarios, rúbricas, otros. A este tipo de instrumentos, sin embargo, debe estimarse o comprobarse su validez, a través del juicio de expertos, para establecer si los reactivos que los configuran o integran se encuentran bien redactados y miden lo que se pretende medir, como se ha realizado en el presente caso. Veamos:



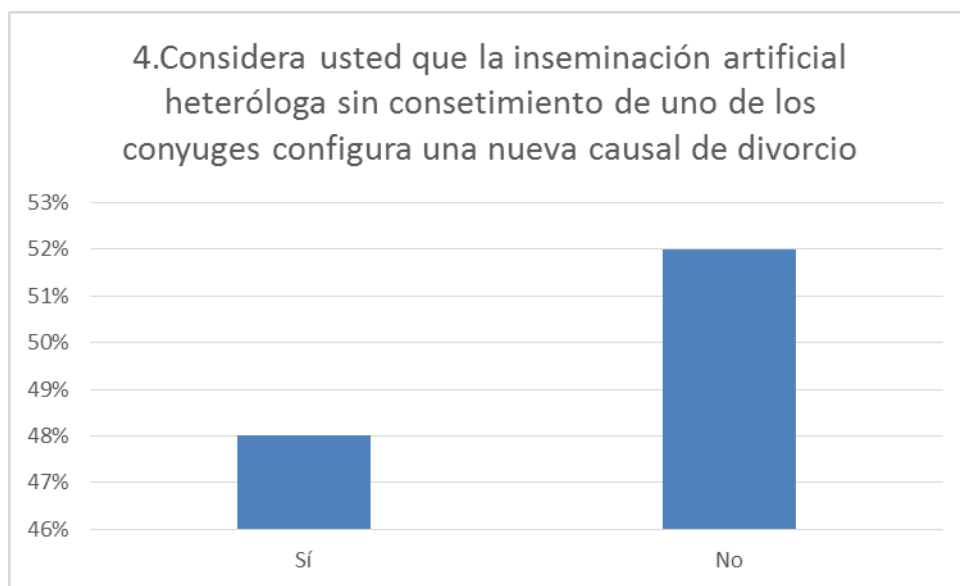
En caso de infertilidad sólo el 35% acudiría a las técnicas de reproducción artificial mientras que el 65% no lo haría. Lo que revela que si bien la Ciencia avanza constantemente existe un gran sector de la población que no se encuentra acorde con esta forma de procreación por motivos religiosos, temor o desconfianza. Incluso también por el alto costo del tratamiento.



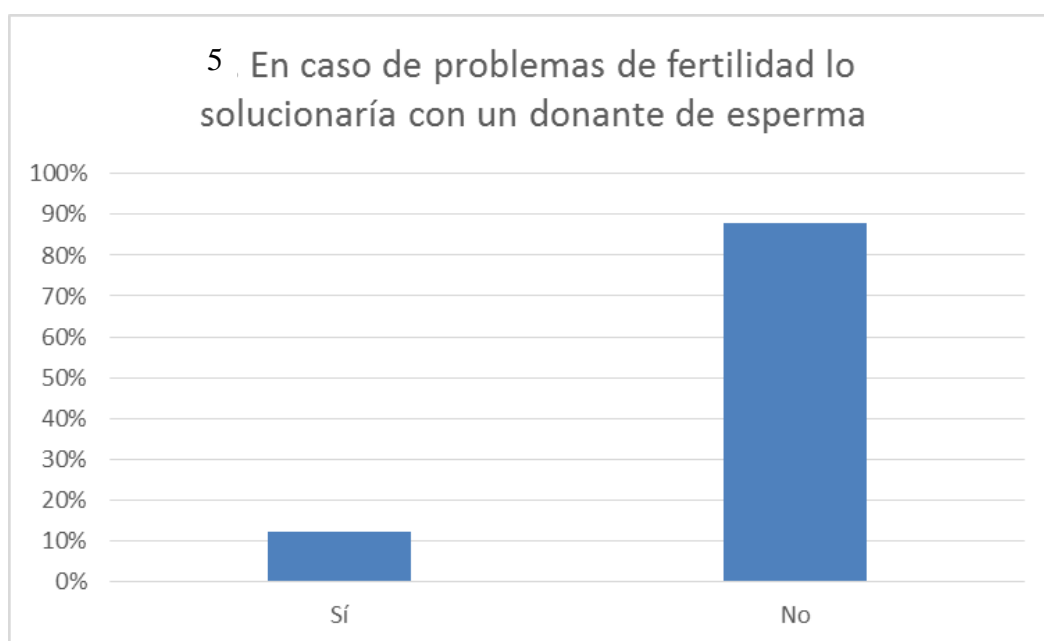
El 100% está de acuerdo con que el Estado debe adecuar el sistema normativo con el avance científico. Esto porque el avance vertiginoso de la ciencia va generando nuevas formas o nuevas respuestas frente a los problemas diversos que se presentan con la tecnología tales como el como la compra venta por internet, Pero sucede que con respecto a las técnicas de reproducción asistida lo percibe como una situación ajena a su realidad por considerar que la manipulación del cuerpo constituye un atentado contra su dignidad.



Solo el 20% conoce las clínicas donde aplican las técnicas de reproducción artificial en la ciudad de Chiclayo mientras que el 80% no conoce. El conocimiento de las clínicas tiene que ver con el ejercicio de la profesión en algunos casos. Y por referencias de terceros.



En el presente caso concreto, el 48% considera que la inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del cónyuge configura una causal de divorcio. El 52% restante señala que no. Esto es por considerar que la impugnación de paternidad es el único procedimiento que resulta viable para negar la paternidad del hijo.



El 12% solucionaría el problema de infertilidad acudiendo a la donación de esperma de un tercero donante anónima. Mientras que el 88% no lo haría. La mayoría no utilizaría la inseminación artificial heteróloga por perjuicios como el machismo. O las cuestiones religiosas ya que la iglesia las reprueba.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES

1. La inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del cónyuge constituye una causal de divorcio por vulneración del deber de fidelidad de uno de los cónyuges.

2, La falta de consentimiento afecta directamente la institución del matrimonio; por lo que constituye una exigencia su regulación inmediata por lo que esta tesis propone que dicha circunstancia debe ser encuadrada como una nueva causal de divorcio.

3. Desde el punto de vista natural y biológico, todos los individuos son hijos de una madre y de un padre, inclusive los niños nacidos de manera in Vitro o Inseminación Artificial, tienen de manera fetal un padre y una madre, sean estos conocidos o desconocidos.

4. La filiación civil, tiene como fundamento la voluntad pro creacional de los participantes el deseo de ser padres.

5. El consentimiento debe ser regulado de manera que contenga los elementos del acto jurídico.

CAPITULO V

RECOMENDACIONES

1. Se incorpore al Código Civil, la filiación derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.
2. Al establecerse leyes y regulaciones que definan la política interna en materia de reproducción, cada Estado debe velar por que éstas no atenten o interfieran con la libertad y los derechos humanos básicos.
3. El consentimiento debe contener los elementos del acto jurídico. Y debe constar en documento que acredite su existencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

Arias Schreiber Pezet, Máx. "Exégesis del Código Civil Peruano". Tomo III. Derecho de Familia. Editorial Gaceta Jurídica. 1° Edición. Lima-Perú. 2006.

Borda Guillermo, A. (1977): Tratado de Derecho Civil Familia I. 6. Edición. Librería Studium. Lima -Perú

Canessa, H. *La Filiación en la reproducción humana asistida*. Lima, Perú. 2011.

Carta de los Derechos de la Familia, documento del Vaticano, Lima, Comisión Episcopal de Familia, 1983.

Cornejo Chávez, Héctor: "Derecho de Familia Peruano". Tomo 1. Sociedad Conyugal. 8 Edición. Editorial Rocarme. Lima-Perú.1991.

Corraltanzlani, Hernán." Derecho y Derechos de Familia. Editorial Grijley. Lima-Perú. 2005

Diccionario de la Lengua Española. Madrid, Real Academia Española. XXII,

Farnós Amorós, Esther. Consentimiento a la Reproducción Asistida. Editorial Letelier, Barcelona,

Ferrater, José. *Diccionario de Filosofía*. Tomo II. Editorial Sudamericana. Tomo II. Buenos Aires

Hinostroza Minguez, Alberto. "Filiación Matrimonial". Editorial. Técnico Científica. S.A. Lima- Perú. 1989.

Lafferrière, Jorge Nicolás, "Las técnicas de procreación artificial heterólogas: análisis bioético y jurídico", Vida y Ética, año 11, no 1, Buenos Aires, (junio, 2010).

LEGAZ y Lacambra, Luis. *Filosofía del Derecho*. Bosh, Casa Editorial. Quinta edición. Barcelona, 1978, p 680.

Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela. Bioderecho. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 1998.

Messineo, Francesco. Derecho Civil y Comercial, t. II, p. 381. Buenos Aires, 1954.

Morán de Vicenzi, Claudia. "El concepto de filiación en la fecundación artificial" ARA Editores E.I.R.L. Impreso en Perú Año 2005. p. 131

Mosquera Vásquez, Celinda Clara:" La Verdad Biológica" En: Revista Jurídica del Perú. Octubre-Diciembre. 1997.

Plácido V., Alex:"Filiación y Patria potestad", Editorial. Gaceta Jurídica. 1º Edición. Lima-Perú.

Planiol, Marcelo, y Jorge Ripert. Tratado Práctico de Derecho civil francés. La Habana Cultural S.A. Tomo II,

Ramos Bohorquez Miguel, Manual De Derecho De Familia ,1º Edición 2002, p. 116

Reyes Ríos Nelson. "En el Libro Homenaje a Rómulo Lanatta G."Editorial Cultural Cusco S.A. 1986. Lima.

Reyes Ríos, Nelson: "La Acción De Estado De Filiación Paterna Extramatrimonial En El Código Civil De Venezuela En El Código Civil Peruano". En: Libro Homenaje A Rómulo Lanatta Guilhem. Ede Ve. Cultural Cuzco S.A. Lima, 1986.

Rivero Hernández, Francisco:"Las Presunciones de Paternidad Legítima" . Ed. Tecnos. Madrid. España. 1971.

Rubio Correa, Marcial: "El Sistema Jurídico" Octava. Edición PUCP. 2005

Santamaría, L. Curso de Educación para la Salud: Técnicas de Reproducción Asistida. Reproducción Sexual. p. 64, Madrid-España

Valverde Emilio. Derecho de Familia en el Código Civil peruano. Tomo I. Lima: Ministerio de Guerra. 1942

Varsi Rospigliosi, Enrique, "Derecho Genético Principios Generales", Editora Normas Legales S.A., Trujillo-Perú 1995.

Varsi Rospigliosi, Enrique. "Revista Jurídica del Perú", Primera Edición N° 93, Normas Legales, Gaceta Jurídica S.A. 2008

Vila-Coro Barachina, María Dolores "Huerfanos Biológicos", Edt.San Pablo, Madrid-España, 1997.

Véase: www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/des_etica/16.htm. Fecha 1 de marzo del 2017.

ALEX F.PLACIDO V. WWW.amag.edu.pe/web/htm/programa.../consti_famil_filiac.ppt-similares- 02-02-2017

