

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
ESCUELA DE POSTGRADO



**LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA NO CONSENTIDA,
COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DIVORCIO
ULTERIOR**

TESIS

**PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO
EN DERECHO, MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y EMPRESARIAL**

AUTORA:

Bach. MERCEDES ELISABETH REYNA CASTRO

ASESOR:

Ms. RAÚL YVÁN LOZANO PERALTA

TRUJILLO – PERÚ
2018

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
ESCUELA DE POSTGRADO



**LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA NO CONSENTIDA,
COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DIVORCIO
ULTERIOR**

TESIS

**PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO
EN DERECHO, MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y EMPRESARIAL**

AUTORA:

Bach. MERCEDES ELISABETH REYNA CASTRO

ASESOR:

Ms. RAÚL YVÁN LOZANO PERALTA

TRUJILLO – PERÚ

2018

DEDICATORIA.

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

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

Al Doctor Raúl Lozano Peralta por su apoyo en la realización de la tesis.

A Joseph por su apoyo absoluto.

RESUMEN

La presente investigación, titulada **“la inseminación artificial heteróloga no consentida, como causal de separación de cuerpos y divorcio ulterior”**, radica en la necesidad de determinar si es conveniente incorporar al artículo 333º el Código Civil Peruano, este problema jurídico.

El matrimonio en el Perú, es una institución sumamente preservada, y tiene como fin proteger a la familia, por ellos las leyes que se dan en nuestro país, se orientan a conservar un matrimonio armonioso, dando como última solución el divorcio.

Por ello el artículo 234º del Código Civil Peruano, en la parte in fine señala *“...El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”*. Es así que, cuando se incumplen con los deberes del matrimonio se puede solicitar el divorcio.

El tema de la presente investigación, radica en la posibilidad de determinar si se debe legislar acerca de este vacío legal, puesto que en caso que uno de los cónyuges, desee tener un hijo, utilizando las técnicas de inseminación artificial, en la clase heteróloga y no solicite el consentimiento a su pareja, afecta deberes del matrimonio, pues dicha decisión lo somete a una paternidad obligatoria y también puede la esposa tomar conocimiento de varios hijos extramatrimoniales, nacidos fruto de la donación de esperma del esposo.

ABSTRACT

The present investigation, entitled "heterologous artificial insemination not consented as a cause of separation of bodies and subsequent divorce", lies in the need to determine whether it is convenient to incorporate the Peruvian Civil Code, this legal problem, to article 333. Marriage in Peru, is a highly preserved institution, and aims to protect the family, by them the laws that are given in our country, are aimed at preserving a harmonious marriage, giving the last solution divorce. Therefore, article 234 of the Peruvian Civil Code, in the part in fine, states "... Husbands and wives have equal authority, considerations, rights, duties and responsibilities in the home." Thus, when you breach the duties of marriage you can apply for a divorce. The subject of the present investigation, lies in the possibility of determining whether to legislate about this legal vacuum, since in case a woman unilaterally wishes to have a child, without informing her husband, he will be affected Of the duties of marriage, since that decision subjects him to accept paternity with all the legal assumptions that it infers.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	iii
RESUMEN	iv
ABSTRACT	v
TABLA DE CONTENIDO.....	vi
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	10
1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.	11
2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.	14
3. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.	15
4. HIPÓTESIS DE INVESTIGACION.	15
5. VARIABLE DE INVESTIGACION.....	¡Error! Marcador no definido.
6. OBJETIVOS.	15
7. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.	16
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	17
TÍTULO I.....	18
1.1. LA FAMILIA	18
1.1.1. Concepto	18
1.1.2. Caracteres:.....	19
1.1.3. Importancia:.....	19
1.1.4. Funciones:.....	20
TÍTULO II: EL MATRIMONIO	22
2.1. CONCEPTO:	22
2.2. DEBERES:	22
2.3. CARACTERÍSTICAS:.....	24

2.4. FINES DEL MATRIMONIO:.....	25
2.5. EL DERECHO A DECIDIR:	26
TÍTULO III: LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	27
3.1. ANTECEDENTES:	27
3.2. LINEAMIENTOS GENERALES:	28
3.3. CONCEPTUALIZACIÓN:	29
3.4. CLASIFICACIÓN.....	30
3.4.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.....	30
3.4.1.1. Definición:	30
3.4.1.2. Causas:	31
3.4.1.3. Formas:	31
3.4.2. FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA.....	33
3.4.2.1. ANTECEDENTES.	33
3.4.2.2. DEFINICIÓN.....	33
3.4.2.3. FORMAS.	34
TITULO IV: EL DIVORCIO	36
1.1. Definición:.....	36
1.2. Clases:	36
1.3. Causales:	37
1.4. La evolución del divorcio en el Perú:.....	40
1.5. Efectos:	41
TITULO V: LA SEPARACIÓN DE CUERPOS.....	46
5.1. Antecedentes:	46
5.2. Concepto:	46
5.3. Causales:	47
5.4. Efectos jurídicos:	47
5.5. Fenecimiento:.....	48

TITULO VI:LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÒLOGA NO CONSENTIDA, COMO CAUSAL DE DIVORCIO.	49
6.1. En la legislación comparada:.....	49
6.1.1. Chile:	49
6.1.2. España:	50
6.1.3. México:	50
6.2. En la legislación peruana:	51
6.3. Teorías que sustentan sociológicamente a la inseminación artificial heteròloga como causal de separación de hecho y divorcio ulterior	52
6.3.1. Teoría de Protección a la Familia:	52
6.3.2. Teoría del matrimonio como una institución social:	52
6.3.3. Teoría de la Voluntad:	53
6.3.4. Teoría de la accesión:	¡Error! Marcador no definido.
6.3.5. Teoría de la presunción de fidelidad:	53
6.3.6. Teoría de la “admisión anticipada” del hijo por el marido:	54
6.4. La Inseminación artificial heteróloga sin consentimiento:.....	54
6.5. La vulneración al artículo 6° de la constitución política del Perú:	56
6.6. La importancia de la incorporación de la causal de inseminación artificial heteróloga, sin consentimiento en el artículo 333° del código civil:	57
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	59
1. TIPO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA.....	60
2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN.	60
3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	60
4. MATERIAL DE INVESTIGACIÓN.	60
5. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.	62
6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.	63

CAPÍTULO IV: PROPUESTA Y CONCLUSIONES	64
PROPUESTA	65
CONCLUSIONES.....	67
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	69
ANEXOS	73

CAPÍTULO I.

INTRODUCCIÓN

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

En el Perú existe una escasa normatividad acerca del tema de la inseminación artificial, pues si bien es cierto existe una ley que permite el uso con fines procreativos, no existe normas que regulen estos procedimientos, lo cual ha con llevado que existan diversos problemas jurídicos, que no cuentan con una base normativa para solucionarlos.

La Ley N° 26842 –Ley General de Salud-, que entro en vigencia en el año 1998, señala en el artículo 7°: *“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”*. El citado artículo me llevo a reflexionar sobre la industria de la fertilidad en el Perú, y cuan utilizado serian estos procedimientos. Fabricio Vizcarra, el presidente de la Sociedad Peruana de fertilidad señala *“Actualmente la industria de la fertilidad mueve más de 30 millones anuales y son un promedio de 1.5 millones de parejas con infertilidad”*. De ello se deduce que en el Perú, se da de manera frecuente el uso de estas técnicas de reproducción, lo cual ha generado diversos problemas jurídicos, enfocándome esencialmente cuando el uso de estas técnicas fue sin el consentimiento previo de uno de los cónyuges.

En la actualidad, en nuestro país se vienen realizando técnicas de reproducción asistida, a parejas que no pueden concebir de forma natural, así como a mujeres que desean de acceder a la maternidad sin necesidad de la intervención de su pareja, pero si de un donador Anónimo, esta técnica llamada inseminación artificial heteróloga y su utilización ha hecho que surjan ciertas complicaciones, una de ellas sería que dentro de un matrimonio, cuando uno de los cónyuges tome

la decisión de recurrir a la técnica de inseminación Artificial heteróloga, sin previo consentimiento de su pareja.

La inseminación artificial heteróloga sin consentimiento sería imponer una relación filial al cónyuge, cuando en ningún momento el acepto dicha filiación, lo cual genera no solo una afección psicológica si no atenta contra la dignidad humana. (Mainar, Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana, 2000). Ahora este caso se daría cuando un esposo no consintió que su cónyuge se someta a la inseminación artificial heteróloga, pues la ley no exige un consentimiento del cónyuge. Pero también puede darse el caso que el esposo sea un donador, y tenga hijos vía inseminación artificial heteróloga, lo cual también afectaría a su cónyuge, pues procreo hijos con otra mujer. Esta decisión afectaría a los deberes del matrimonio, pues una decisión tan trascendente para la familia, no puede ser tomada de manera unilateral, más aún cuando se forzaría al cónyuge a asumir derechos y deberes del menor.

En nuestro ordenamiento jurídico se señala que los menores que nacen dentro del matrimonio se consideran del mismo, ante lo cual, en el caso del esposo que no que no consintió el sometimiento a estas técnicas reproductivas, deberá iniciar un proceso de impugnación de paternidad, asimismo se estaría vulnerando el derecho a decidir de las personas, dentro del tema de paternidad o maternidad y en el caso de la donación de esperma por parte del esposo, se afectaría a la dignidad de la esposa puesto que ella tendría que asumir la idea que su cónyuge tendrá hijos fuera del matrimonio. Por ello resulta necesario investigar si existe un sustento jurídico y sociológico para poder incluir en nuestro Código Civil, como causal de separación de cuerpos y divorcio ulterior a la inseminación artificial heteróloga no consentida.

Para ello, se enfocará la presente investigación en desarrollar los fundamentos sociológicos del matrimonio y el divorcio, así como los

jurídicos, que sustentaron que actualmente que en nuestro Código Civil se establezcan 13 causales de divorcios y que va a poder sostener y justificar la inclusión de la inseminación artificial heteróloga no consentida, como causal de separación de cuerpos y divorcio ulterior. Pues si bien nuestro país defiende al matrimonio y la familia, no es menos cierto que existen casos de matrimonios insalvables, ante lo cual se debe recurrir al divorcio y esta institución jurídica, se fue modificando, adaptando sus causales a la época, pues existe una evolución en las familias, ya no se registran las costumbres de antaño, con pensamientos sumamente religiosos y machistas. Y las técnicas de reproducción asistida, son nuevas formas de formar familia, ante lo cual el estado debe proteger y normar, las situaciones que se generen de estas, para evitar que se afecten derechos fundamentales.

Los casos antes descritos generan un deterioro matrimonial, que conlleva que uno de los cónyuges decida iniciar una demanda de divorcio, pero su derecho se verá limitado al no hallar una causal que respalde su demanda, pues existe un vacío acerca del tema de inseminación artificial en nuestro ordenamiento jurídico, y no podría demandar subsumiendo su caso en otra causal del Código Civil, pues no existe hasta el momento ninguna causal que represente el motivo de su futura separación.

Finalmente cabe señalar que, las leyes se crean en nuestro país de manera sistemática, pues el derecho se desarrolla en concordancia a los cambios de la sociedad, y debe adaptar sus leyes a las situaciones por las que actualmente atraviesa la sociedad y específico con la Familia, como una de las instituciones más importante para el desarrollo social.

2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

- Chávez García, Hilda Rosa (2001) realizó la investigación titulada: “La inseminación artificial heteróloga y el trastocamiento de las relaciones patero-filiales en el Código Civil”. En la Universidad Nacional de Trujillo, en la que concluyo que:
La inseminación artificial heteróloga, trastoca de manera significativa las relaciones paterno-filiales prescritas en el libro III del Código Civil vigente. Es necesario que se dicte una ley especial de las TERAS, que regule el desarrollo y la aplicación de estos procedimientos genéticos.

- Luján Espinoza, Gladys Margarita (2005) realizó la investigación titulada “Inseminación artificial y el derecho de familia peruano” en la Universidad Nacional de Trujillo, en la que concluyó:
Es necesaria una modificación urgente del artículo 7 de la ley de salud, restringiendo el uso de las técnicas de reproducción asistida a matrimonios y prohibiendo la intervención de cedente de material genético, en atención al interés superior del niño y el de la sociedad.
Si bien es cierto, que se puede afectar el interés superior del niño, la solución debe ser dada con la exigencia con un consentimiento formal, de ambos cónyuges, mas no con una prohibición, pues tampoco el estado puede restringir su derecho reproductivo.

- Merino Espejo, Carmen Lucia (2007) realizó la investigación titulada “Aspectos de una ley eficaz sobre técnicas de reproducción Humana asistida en la legislación civil” en la Universidad Nacional de Trujillo, en la que concluyo que:
La inseminación artificial heteróloga en el Perú trastoca los principios tradicionales del Derecho de Familia, careciendo de validez la presunción páter is.

Este principio queda trastocado puesto que, el hijo nacido mediante técnicas de inseminación artificial heteróloga, no sería hijo biológico, así hubiera nacido dentro del matrimonio.

3. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

¿Se sustenta jurídica y sociológicamente la incorporación de la inseminación artificial heteróloga no consentida, como causal de separación de cuerpos y divorcio ulterior en el artículo 333° del Código Civil Peruano?

4. HIPÓTESIS DE INVESTIGACION.

Se sustenta jurídica y sociológicamente la incorporación de la inseminación artificial heteróloga no consentida, como causal de separación de cuerpos y divorcio ulterior en el artículo 333° del Código Civil Peruano, pues existe un incumplimiento de los deberes del matrimonio.

5. OBJETIVOS.

5.1. General.

- ❖ Determinar si es conveniente jurídicamente la incorporación de la inseminación artificial heteróloga no consentida, como causal de separación de cuerpos y divorcio ulterior en el artículo 333° del Código Civil Peruano.

5.2. Específicos.

- Analizar los deberes del matrimonio y su posible vulneración, ante el no consentimiento del cónyuge sobre el uso de la técnica de la inseminación artificial heteróloga.
- Analizar la legislación comparada sobre el uso de la técnica de inseminación artificial heteróloga en el Matrimonio.
- Investigar los fundamentos jurídicos y sociológicos que sustenten la causal de inseminación artificial heteróloga en el Código Civil Peruano.

6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

- Con el avance de la ciencia actualmente una de las técnicas más usadas para poder procrear es la inseminación artificial heteróloga, lo cual ha generado diversos problemas jurídicos como en el caso de la decisión unilateral de la esposa a someterse a dicha técnica, sin consentimiento del cónyuge, con lo cual lo obliga a tener deberes sobre el menor y se contravendría con su autonomía de la voluntad.
- La decisión unilateral del cónyuge, contravendría con lo señalado en el artículo 6° de la Constitución Política del Perú: *“La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir”*.
- Asimismo, se justifica, porque es necesario que nuestro país incorpore normas que den solución con los problemas jurídicos que se generan con los avances científicos, como es el caso del uso de las técnicas de reproducción artificial asistida heteróloga.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

TÍTULO I

1.1. LA FAMILIA

1.1.1. CONCEPTO

El hombre como ser social, busca siempre integrarse con grupo de personas, pero también con otra persona para poder desarrollarse. El estado reconoce tales uniones (consanguíneas o jurídicas), velando por su amparo. Es así que, por ser una de las instituciones más importantes, para el desarrollo de la sociedad, el estado se encarga de su protección y así lo señala en el Artículo número 04 de la constitución política del Perú: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

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

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

Actualmente se vienen desarrollando diferentes tipos de familia, ya no solo nos encontramos con familias nucleares o extensas, si no que ahora, por ejemplo, existen familias del mismo sexo, familias creadas a partir de la inseminación artificial. Lo cual hace necesaria su regulación por el estado

a fin de que puedan ejercer los deberes y obligaciones de manera adecuada.

La familia ha pasado por diversas transformaciones y estas seguirán dándose con los años. Antiguamente las familias eran conformadas por un gran número de personas y ahora son reducidas. En consecuencia, al día de hoy, nuestras normas se han vuelto insuficientes para regular las situaciones jurídicas que se generan en la familia.

1.1.2. Caracteres:

a). está formada en el matrimonio, aunque no se desconoce los lazos de sangre y la convivencia entre parejas. El matrimonio le da soporte a la familia, y hace que sea más rígida la exigencia de los deberes y deberes que nacen de él.

b). se crean lazos entre los cónyuges y las familias de ambos. Los demás parientes forman la familia por afinidad, pero no constituyen la familia propiamente dicha.

1.1.3. Importancia:

- En la familia se generan, se forman y se educan las personas para la perpetuación de la especie, y en consecuencia se contribuye para la manutención y el desenvolvimiento del Estado, mediante la introducción en la sociedad de personas aptas para integrarse y responder por su misión.
- La familia es una unidad que provee de manera natural afecto y alimento espiritual. La responsabilidad de los esposos constituye un deber en el interior de la familia, así también como para con sus hijos.
- Desde el punto de vista moral, es importante porque es donde los padres inculcan principios morales de contenido espiritual y ético.

- Desde el punto de vista económico, para lograr cumplir fines sociales, morales y de subsistencia, se necesita contar con un patrimonio familiar, el cual resulta del esfuerzo de los cónyuges.
- El estado regula al grupo familiar porque su existencia depende de este. Como base esencia del estado y de la sociedad reposa sobre principios de orden superior.
- La importancia de la familia, está en su razón natural de ser y de realizarse, que ha llevado a los pueblos más civilizados de la historia, cuando pasan crisis, a recurrir hacia la familia como base firme del proyecto de realización del hombre en la historia.

1.4. Funciones:

1.4.1. Función pro creacional: Esta función, es una de las más importantes porque a través de ella se da la trascendencia familiar. Es el acto sexual que tiene como finalidad el nacimiento de un hijo. Sin embargo, la función de la familia no puede reducirse solo a la procreación, puesto que se caería en el absurdo de afirmar que las personas infértiles serían ajenas a la formación de una familia.

1.4.2. Función alimentaria: mediante esta función la familia, se debe alimentos (ropa, educación, alimentos, etc.). Todo lo que se necesite para vivir y desarrollarse de una manera adecuada.

1.4.3. Función asistencial: es en lo referente a la contribución mutua, que requiere la familia. Más aun en los niños, y personas mayores.

1.4.4. Función económica: la familia es el motor económico, una comunidad de producción, una unidad de consumo. Esta función es notoria en las familias campesinas en las que la fuerza de trabajo es la característica, mientras más manos más producción, mientras más hijos más generación de riqueza.

1.4.5. Función de trascendencia: está referido a la formación que se imparte en la familia y que trascenderá por el tiempo con los

descendientes que se vayan generando. Pueden trasmitirse valores, costumbres, etc.

1.4.6. Función afectiva: es el cariño que se imparte dentro de los lazos familiares. Por esta función muchas veces se le niega su carácter jurídico puesto que consagra al hombre como un ser emocional y le resta importancia a su perfil jurídico.

TÍTULO II EL MATRIMONIO

2.1. CONCEPTO:

Etimológicamente la palabra matrimonio, es el resultado de las voces latinas: “matriz” y “minium”, que significa: “oficio de madre”, porque en épocas primitivas correspondía a la mujer determinar el vínculo del parentesco. (FLORES POLO, 1998)

Es la unión voluntaria del hombre y la mujer, los cuales no tienen impedimento legal, y a partir de este se asumen deberes, derechos y obligaciones.

“El Matrimonio es el nacimiento de un estado jurídico previamente establecido, con derechos y deberes que no deben ser alterados por la pareja; como lo es también un acto complejo de poder estatal que requiere el consenso de los contrayentes y de la autoridad estatal”. (Montoya Calle, 2006).

2.2. DEBERES:

2.2.1. La fidelidad: este es un deber recíproco implica lealtad a la pareja y las relaciones son exclusivas entre esta, no pudiendo realizarse con terceros. Por ello cuando se incumple con este deber se sanciona con la disolución del vínculo matrimonial.

Nuestro país el sistema matrimonial es monógamo y por ello el adulterio está prohibido tanto en hombre como en mujer. Antiguamente el adulterio era considerado un delito, pero el código penal vigente lo suprimió. Por ello actualmente el adulterio solo es considerado una figura de repercusión civil.

Pero el deber de fidelidad no solo se contrapone al adulterio si no a cualquier otra conducta, que, si bien no siempre genera un acto sexual con tercera persona, representa un comportamiento desleal para con el cónyuge al tratarse de relaciones afectivas.

2.2.2. La asistencia: es un compromiso mutuo, que se tiene entre los cónyuges, por la cual debe existir una igualdad en su hogar y ayuda moral y material. Este deber se deja de cumplir cuando no se presta alimentos o no se ayuda al cónyuge en un momento de necesidad.

Se trata aquí de una total integración entre los cónyuges, efectiva sí, pero no solamente de carácter sexual, si no que abarca otros planos y sentimientos. Por ello ante los momentos buenos y malos, los cónyuges se deben el uno al otro en apoyo mutuo y reciproca asistencia, de lo contrario los lazos que los une serían muy frágiles.

Los actos de apoyo recíproco de un cónyuge para con el otro son puestos de manifiesto de una forma muy genérica en el artículo 288 del Código Civil, pues solo señala que los cónyuges se deben recíprocamente.

2.2.3. Hacer Vida en Común: “el deber de hacer vida en común o deber de cohabitación comprende la obligación de los cónyuges a vivir en una misma casa, es decir compartir el techo, la mesa y el lecho”. (Eulogio, 2006). Este deber se debe cumplir de manera permanente, no pudiendo pactar en contrario. Para suspender este deber de debe recurrir al poder judicial.

El Código civil en su Artículo 289º: establece que:

“Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los

cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia”.

Lo cual no significa solo vivir en un mismo hogar, si no que se cumplan con las obligaciones conyugales, como es compartir el lecho. Cabe mencionar de cada uno de los cónyuges tiene el derecho de fijar el domicilio conyugal, pues antiguamente se establecía que el derecho de fijar el domicilio conyugal era del marido.

El deber de cohabitar no opera cuando se pone en riesgo la vida, el honor, salud o la actividad económica de uno de los cónyuges.

Asimismo, es preciso aclarar que producidos algunos de los casos señalados en el artículo 289 del Código Civil, del deber de cohabitación no opera de pleno derecho, sino que es imprescindible resolución judicial.

2.3. CARACTERÍSTICAS:

2.3.1. Unidad: es la unión del hombre y la mujer, los cuales a partir del matrimonio tendrán iguales derechos y obligaciones, que se desprendan de este. También llamado unidad por que dicha unión es monogoma, lo cual se realiza a efectos de conservar la dignidad, integridad entre la familia y la protección de los hijos.

2.3.2. Legalidad: es legal, puesto que es el estado es quien reconoce esta unión y señala los deberes y derechos que se van a generar desde la celebración del acto. Por ello este acto se reviste de solemnidad en el cual se deben cumplir con los requisitos que exige la ley, bajo sanción de nulidad.

2.3.3. Permanencia: la finalidad del matrimonio, es que sea permanente, esto no quiere decir que no pueda disolverse, pues se puede obtener la disolución con el divorcio o se puede anular. Así también se extingue ante el fallecimiento del conyuge.

2.3.4. Monogamia: solo se puede tener una esposa o un marido. El matrimonio es la unión del hombre y la mujer, y cuando se incumple esta característica, se genera un delito llamado bigamia.

2.4. FINES DEL MATRIMONIO:

“el Matrimonio como institucionalización de la unión libre entre el hombre y la mujer, satiface finalidades que están insitas en la razon de ser de su reconocimiento social y de su protección por el derecho” (Gustavo, 1989).

Unos de los fines mas importante del matrimonio es la proreación y cuidado de los hijos. Asi como el apoyo y el amor entre los conyuges.

Fernandez Clérigo dice del matrimonio que “se dirige a tres fines , sustanciales; proceacion y perfeccion de la especie, nuestro axulio y mejor cumplimiento de los fines de la vida. (Férnandez Clérido, 2000).

Así, el canonismo dio por enunciados en forma expresa los fines objetivos del matrmonio: los de la institución, fines operis y los particulares de los contrayentes, la procreación y la educacion de la prole constituyeron el fin primario, y la ayuda mutua.

El codigo civil vigente de 1984 estipula como fin del matrimonio “hacer vida en común”.otorga a la pareja la posibilidad para que dentro de su proyecto de vida conyugal, de vida en comunión establezca el ejercicio de su rol matrimonial y posteriormente familiar.

Si bien es cierto el estado vela por la familia y la duracion perpetua del matrimonio, este no siempre es eterno, pues el ser una humano como ser imperfecto comete errores y independientemente de los problemas naturales que puedan surgir , ésta en cuanto a su formación basica, social y fundamental debe favorecer el desarrollo integral que sus miembros, caso contrario seria el mismo derecho quien condenaria a una infelicidad de quienes tienen problemas.

2.5. EL DERECHO A DECIDIR:

El matrimonio tiene como fin, formar una familia, lo cual conlleva a tener hijos. Esta decisión nace del amor y respeto de los conyuges, que desean convertirse en padres. Pero muchas veces uno de los conyuges es estéril, y dentro del matrimonio es que recién logran enterarse de esta situación. En la actualidad este problema se ha podido mitigar a través de las técnicas de reproducción artificial, por ello la decisión a someterse a dichas técnicas para poder procrear, debe acordarse por ambos conyuges, pues es su derecho decidir, mas aun en el caso de la inseminación artificial heteróloga en donde el espermatozoide será de un donador, por lo cual el marido biológicamente no será el padre. Como hemos descrito es deber del matrimonio la fidelidad y el velar por el respeto a la dignidad del conyuge, por lo que temas tan trascendentales como el de elegir tener un hijo bajo estas técnicas, son acuerdos en donde la decisión debe ser consentida por ambos.

TÍTULO III.

LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

3.1. ANTECEDENTES:

Los primeros estudios acerca de las técnicas de reproducción fueron realizadas entre animales, posteriormente se comenzó a realizar pruebas en humanos, pero estas no fueron exitosas.

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

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

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

En lo que atañe a la fecundación extracorpórea; en 1944 se fecundó un óvulo humano en probeta, pero rápidamente murió; en 1953 se usó semen congelado en inseminación humana. En 1983 nació el primer bebé producto del espermatozoides del esposo y del óvulo donante; en 1984 nació el primer bebé de un embrión congelado. En 1993 se clonaron embriones humanos.

En el Perú las técnicas de reproducción humana asistida fueron reguladas desde el año 1997 con la vigencia de la Ley General de Salud N° 26842, esta ley permite procrear utilizando estas técnicas y recurrir a tratamientos de infertilidad, es así que se permitió el uso de las técnicas de reproducción asistidas, lamentablemente si bien existe un avance al haber permitido este tipo de reproducción, no se reglamentó

esta ley lo cual ha generado diversos problemas jurídicos, por ende el modo de actuar tanto de médicos y pacientes no se encuentra delimitado.

3.2. LINEAMIENTOS GENERALES:

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

La irrupción de estas técnicas, ha generado crisis, en el Derecho, Nuevos derechos especiales, son materia de reflexión: "... el derecho a procrear, a la identidad genética o a conocer nuestro origen biológico, a la intimidad genética y al llamado derecho a no saber. En caso de este último derecho, su sustento está en que, no debe informarse a terceros la forma como hemos sido procreados ni informárenos, sin requerimiento, acerca de nuestro origen. Asimismo, la aplicación de estas tecnologías ha llevado al surgimiento de nuevas categorías jurídicas: Filiación no natural, contra natura o asistida, convenios sobre el cuerpo humano, naturaleza jurídica de los elementos genéticos y los denominados delitos biológicos (GOMEZ GRANDA, 1995)

El desarrollo alcanzado en el ámbito de las TERAS, que el Derecho no debe ignorar, por contenidos morales, éticos y jurídicos, nos plantea firmemente, una realidad insoslayable: la disociación justificable entre

procreación y sexualidad, permitiendo que la primera venga separada de la corporalidad; y es así, que se habla de la fecundación extracorpórea.

3.3. CONCEPTUALIZACIÓN:

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

La reproducción humana asistida encierra diversos procedimientos y tecnologías, entre los que se destacan la inseminación artificial, la fecundación extracorpórea, transferencia de embriones, cesión de vientre y la preservación de gametos y embriones.

Por su parte VARSI, Enrique, precisa:

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

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

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

Teniendo en cuenta lo expresado se puede deducir que las TERAS es el conjunto de tecnologías y procedimientos avanzados; para la solución

de problemas relacionados con la reproducción humana originados fundamentalmente por la infertilidad. Las cuales deben ser usadas con mucha precaución en casos, donde biológicamente no puedan procrear de forma natural.

3.4. CLASIFICACIÓN.

3.4.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

3.4.1.1. DEFINICIÓN:

Según Clara Mosquera Vásquez, la inseminación artificial “es una técnica de reproducción asistida que consiste en introducir semen, previamente recolectado, en el aparato genital femenino”. (MOSQUERA VASQUEZ, 1997).

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

Para Enrique Varsi Rospigliosi, la inseminación artificial es aquella que “tiene como fin esencial la procreación, pues el semen se inocula de manera directa pero asistida, en la vagina de la mujer y no hay posibilidad de realizar experimentación alguna (salvo en lo que respecta a la selección, previa a la inseminación de gametos masculinos)”. (ROSPIGLIOSI, 1996).

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

3.4.1.2. CAUSAS:

La imposibilidad de tener gametos que realicen en forma adecuada la fertilización (la penetración del espermatozoide en el ovulo), considerada dicha incapacidad después de un año de tener relaciones sexuales sin métodos anticonceptivos.

Otra causa es la infertilidad que es la incapacidad para obtener un hijo vivo a pesar de que haya acontecido la fertilización y la implantación (la anidación del huevo en el útero).

En la mujer, la esterilidad puede darse por impedimentos anatómicos, impedimentos de orificio uterino o del conducto cervical, como también atrofia de las glándulas del cuello uterino, etc.

En el hombre la esterilidad puede darse, porque no puede realizar el acto sexual que tenga como conclusión una fecundación a pesar de que el semen es normal.

También puede darse cuando el semen no es normal, ni capaz de fecundar presentando trastornos como: azoospermia (ausencia de espermatozoides en el líquido seminal), oligospermia (bajo recuento de espermatozoides), necrospermia (total inmovilidad de espermatozoides en el líquido seminal)

3.4.1.3. FORMAS:

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

3.4.1.3.1. Inseminación artificial homóloga: Es aquella que se realiza con el semen del esposo o compañero de la mujer, es decir existe de por medio un vínculo jurídico sea el matrimonio o el concubinato. Este procedimiento se realiza con la intrusión del semen en la vagina (inseminación artificial intravaginal), en el interior de la cerviz de la mujer (inseminación artificial

intracervical), en el fondo del útero (inseminación artificial intrauterina) y la punción e inyección del espermatozoide en las trompas de Falopio, con la finalidad de aproximar y facilitar la llegada de los espermatozoides al óvulo (inseminación artificial intratubárica). En la actualidad esa técnica se utiliza en la mayoría de países. De otro lado su práctica no crea mayor inconveniente puesto que existe un vínculo matrimonial lo cual evita problemas jurídicos posteriores. La inseminación artificial homóloga es “aquella inseminación que se produce con el espermatozoide del marido”. (COBAS COBIELLA, 1995).

3.4.1.3.2. Inseminación artificial heteróloga: se utiliza semen de un donador anónimo, y se desarrolla cuando el varón no posee espermatozoides o cuando es portador de alguna enfermedad. Esta forma se presenta cuando el semen que se introduce en el útero de una mujer no es el del esposo o concubino, sino de un tercero o cedente. El Doctor Peralta Andia, señala que: "Se realiza en aquella mujer casada, pero con espermatozoide proveniente de un tercero". Al respecto el Dr. Eduardo A. Zanoni ha manifestado: “la inseminación artificial heteróloga ofrece serios problemas de orden ético y jurídico. Desde el punto de vista ético esta técnica es reprochable porque los esposos, por un acto de voluntad, aceptan que intervenga en la fecundación el elemento de un tercero y éste, el tercero, cede ese elemento que le ha sido dado por naturaleza para procrear si naciera personalmente responsable del nuevo ser que contribuye a crear”. (ANTONIO, 1990). Para realizar estas prácticas se utilizan bancos de espermatozoides humanos congelados, los que empezaron a funcionar en la década del setenta.

La inseminación artificial heteròloga es la que mayor atención le merece al legislador, por las situaciones que se generan a partir de su utilización, así en el presente trabajo de investigación esta forma de inseminación artificial es la que genera la contrariedad que tiene como conclusión el divorcio.

3.4.2. FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA.

3.4.2.1. ANTECEDENTES.

El 25 de Julio de 1978, En Inglaterra nació el primer bebe probeta, llamado Louise Joy. Su madre, tenía obstruidas las trompas de Falopio. Le extrajeron un ovulo maduro y lo fecundaron con espermatozoides del esposo. Posteriormente el embrión fue implantado en el útero de Lesley Brown donde se desarrolló normalmente hasta su nacimiento.

El primer nacimiento del bebé peruano concebido mediante Fertilización In Vitro, se produjo el 27 de Febrero de 1989. Cabe indicar que tanto la fecundación como la implantación fueron realizadas no en el Perú, sino en Colombia.

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

3.4.2.2. DEFINICIÓN.

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

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

3.4.2.3. FORMAS.

La fecundación extracorpórea puede ser homóloga, heteróloga o bisemanal.

A. FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA HOMÓLOGA: Se presenta cuando la mujer tiene obstruidos las trompas y el óvulo no puede ir libremente hasta el útero. Se hace necesario la intervención de un profesional para extraer el ovulo y, una vez fecundado, implantarlo en el útero, a fin de que pueda anidar en él. Esta situación no presenta ningún problema, ni desde el punto de vista científico ni jurídico. Esta técnica no genera mayores problemas (jurídicos, éticos), pues son los padres quienes, al no poder concebir de manera natural, necesitan que la fecundación se de en el laboratorio.

B. FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA HETERÓLOGA:

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

Situación distinta de la fecundación homóloga, pues en este caso se hace uso de componentes genéticos extraños al esposo o concubina, a la esposa o concubina. De por sí su aplicación genera una diversidad de problemas jurídicos entre ellos con la filiación, lo cual es un tema delicado y controversial que será analizado más adelante a la luz de la doctrina y legislación nacional y comparada.

C. FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA BISEMINAL:

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

TITULO IV EL DIVORCIO

1.1. DEFINICIÓN:

“El divorcio es una decisión del estado dictada en sus tribunales, previa acción y proceso contradictorio, dado que no puede existir un derecho que impida a la persona a recuperar su libertad” (Rospigliosi, Divorcio, Filiación y Patria Potestad, 2004)

“El divorcio responde a una condición de Sanción o Remedio en particular respecto a las condiciones personales de los que integran un matrimonio. El divorcio sanción constituye aquella condición que se le pone a quien incumplió con sus deberes conyugales y el divorcio remedio es formulado sin la necesidad de acreditar alguna condición perjudicial” (Manuel, 2009)

Como vemos, al ser el divorcio uno de los temas más importantes del derecho de familia, existen múltiples definiciones, pero lo esencial es que a través del divorcio se disuelve el vínculo matrimonial. Para ello se necesita acudir al poder judicial, y seguir un proceso.

En la mayoría de casos se presenta una causa la cual dará lugar a que exista un cónyuge perjudicado. (Divorcio sanción), pero también puede darse sin mediar causa alguna (divorcio remedio).

1.2. CLASES:

1.2.1. Divorcio Sanción: este se origina cuando uno de los cónyuges es el más perjudicado, pues la conducta del otro cónyuge, al realizar un hecho

conscientemente que vulnera los deberes del matrimonio, ante lo cual él puede solicitar el divorcio debiendo justificar la causa, para salvaguardar sus derechos. Como consecuencia a la falta del cónyuge, el estado le ha dado ciertas sanciones, por perjudicar a su cónyuge, por ejemplo, puede ser pasible del pago de una indemnización o la pérdida de gananciales y patria potestad, hasta derechos hereditarios.

1.2.2. Divorcio Remedio: se origina cuando sin mediar una causa grave, se le permite a los cónyuges disolver el vínculo matrimonial. “Al no existir falta alguna no tiene sentido recurrir a la imputabilidad, rasgo característico del divorcio sanción. En un supuesto de divorcio remedio no tiene sentido hablar de cónyuge culpable y cónyuge inocente. Simplemente, lo que se busca es dar solución a la alteración de la esencia de la relación conyugal” (Marquez, 2016). Teniendo en cuenta lo señalado, se llega a este tipo de divorcios cuando los cónyuges ven que su matrimonio está indisolublemente roto y que no queda otra posibilidad, que separarse. Más ninguno ha incumplido con los deberes del matrimonio, sino que se basa en decisiones personales.

1.3. CAUSALES:

Las causales para demandar divorcio están contempladas en el Artículo 333º, del Código Procesal Civil y son las siguientes:

1.3.1. Adulterio: este implica que uno de los cónyuges no cumplió con el deber de fidelidad que nace del matrimonio, teniendo relaciones sexuales con una tercera persona. Para acreditar esta causal se requieren pruebas concretas, que demuestren el acceso carnal, esto ha complicado la labor probatoria para crear convicción en el juzgador de que esta causal.

1.3.2. La violencia física o psicológica: es cuando existe una manifestación de violencia física (lesiones leves o graves) y violencia

psicológica, se produce por agravios, intimidación y coacción emocional, que afecten a su dignidad al otro cónyuge. Basta que esta causal sea un hecho particular pues pone en riesgo la integridad del cónyuge. La prueba esencial para acreditar esta causal es el examen del médico legista y las pericias judiciales. “que la violencia física o psicológica consiste en actos vejatorios realizados con gran crueldad por uno de los cónyuges contra el otro, con el propósito de hacerle sufrir innecesariamente y que por su continuidad hacen imposible la vida en común” (expediente, 1998).

1.3.3. El atentado contra la vida del cónyuge: esta causal supone un acto tan grave, que pone la vida del cónyuge en peligro. Esta causal es difícil de probar pues en muchos casos los jueces se orientan más en la causal de violencia física, pues para poder sustentar esta causal es que el daño este dirigido a terminar con la vida del consorte.

1.3.4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común: injuria significa una ofensa o acto intencional, que dañen el honor de la otra persona, en este caso cuando uno de los cónyuges. viendo afectado su honor, reputación y dignidad. Esta ofensa debe hacer imposible la vida en común.

1.3.5. 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 da cuando existe el retiro voluntario del hogar conyugal, la intención de no seguir con la vida matrimonial, y que exista como mínimo dos años continuos o que los periodos de abandono excedan este plazo. Es así que es uno de los requisitos indispensables para demandar esta causal poder acreditar el tiempo del abandono del domicilio conyugal.

1.3.6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común: son conductas que vulneran la dignidad del otro cónyuge, están pueden ser indecentes y atentar contra el orden público, la moral y las

buenas costumbres. El cónyuge inocente sufre una afectación a su honor y hace insoportable la vida en común.

1.3.7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía: esta se genera cuando uno de los cónyuges consume de forma habitual drogas alucinógenas o sustancias que puedan generar toxicomanía. El peligro que se genera al consumir este tipo de sustancias, justifica la separación.

1.3.8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio: las ETS son enfermedades infecciosas que se transmiten por las relaciones sexuales. Muchas veces el cónyuge inocente se contagia de este tipo de enfermedades, pues el cónyuge responsable falta al deber de fidelidad del matrimonio, teniendo relaciones sexuales con una tercera persona y se contagia la ETS.

1.3.9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio: cuando uno de los cónyuges tiene relaciones sexuales con una persona de su mismo sexo.

1.3.10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio: esta causal se invoca con la copia certificada de la sentencia en donde se le condena al cónyuge a pena privativa de la libertad por más de dos años.

1.3.11. La Imposibilidad de hacer vida en común: esta causal se incorporó mediante la ley N° 27495. Se produce cuando los cónyuges ya no pueden solucionar sus conflictos, lo que impide que puedan seguir con su matrimonio. Los medios probatorios aportados al proceso deben crear convicción en el juzgador que, la vida de pareja no es llevadera, siendo este punto muy criticado por su subjetividad y la intromisión en la vida conyugal.

1.3.12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años

si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad: la separación de hecho se genera cuando uno de los cónyuges o ambos, deciden terminar la vida en común y alejarse del hogar conyugal. Por ello no siempre va a existir el cónyuge culpable. Esta causal es la excepción al artículo 335° del Código Civil, pues puede fundar su pretensión en hechos propios.

1.3.13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio: es la decisión de ambos cónyuges de poner fin a su matrimonio. En donde no existe cónyuge culpable, si no que por motivos que quedan en su privacidad, deciden separarse. Como requisito para que pueda generarse esta causal debe haber transcurrido como mínimo 2 años, desde la celebración del matrimonio.

1.4. La evolución del divorcio en el Perú:

1.4.1. Código Civil de 1852: el artículo 191° señalaba: “Divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial”. Este código tuvo una gran influencia de la iglesia y el derecho español, en donde tenían un pensamiento anti divorcista y solo se señalaba al divorcio como una separación mas no terminaba el vínculo matrimonial. Asimismo se puede ver aun el carácter discriminatorio hacia la mujer, pues una de las causales era el adulterio pero solo podía darse en las mujeres. Y otro causal para el divorcio era cuando la mujer sin justa causa no seguía a su marido. En esta época resaltaba el dominio del hombre dentro del matrimonio.

1.4.2. Código Civil de 1936: “el congreso constituyente, autorizando al poder ejecutivo la promulgación del proyecto del Código Civil, dispuso que debían mantenerse inalterables las normas sobre el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular contenidas en las leyes 7.839 y 7.894” (Penco, 2009). a pesar del carácter anti divorcista del

congreso, el ejecutivo impuso las normas divorcistas y además si permitió el divorcio por mutuo disenso como causal de separación de cuerpos, para posteriormente divorciarse.

1.4.3. Código Civil de 1984: Nuestro Código civil actual, ya regula la separación de cuerpos como figura autónoma y distinta al divorcio. “no se introducen modificaciones sustanciales, algunos aspectos se han flexibilizado con las modificaciones realizadas por la Comisión Revisora encargada de aprobar el Proyecto del Código. el sistema procura favorecer los casos de disolución del matrimonio a través de la vía convencional, dificultándose aún más el tradicional camino del divorcio sanción, consagrado desde antaño por la legislación nacional” (Cabello, 1999).

1.5. EFECTOS:

1.5.1. RUPTURA DEL VÍNCULO MATRIMONIAL: Declarado el divorcio se destruye el vínculo conyugal y cada cónyuge queda libre para volverse a casar. Esta facultad está sujeta a las siguientes limitaciones: La mujer deberá guardar el período de viudedad establecido en 300 días posteriores, salvo que no se encuentre embarazada por obra del marido; deberá efectuarse inventarios de los bienes de los hijos, y convocar al Consejo de familia para que decida si el ex-cónyuge que quiere volverse a casar puede continuar en la administración de dichos bienes.

1.5.2. ALIMENTOS: Los ex-conyugues mantienen una obligación alimenticia pero inspirada en el principio constitucional de igualdad de los sexos ante la ley. En efecto, declarado el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciera de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviese imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades de

otro modo, el juez le asignará una pensión alimenticia que no exceda de la tercera parte de la renta del obligado (hombre o mujer); y autoriza, cuando hay circunstancias graves, al alimentista para pedir la capitalización de la pensión y la entrega correspondiente. El cónyuge indigente deberá ser socorrido por su ex-conyugue aunque hubiese dado motivos para el divorcio. La relación alimentaria termina automáticamente, sin sentencia judicial, si el alimentista contrae nuevas nupcias. El nuevo consorte asumirá, en su reemplazo, la obligación. Desaparecido el estado de necesidad puede demandarse la exoneración de pasar alimentos.

1.5.3. INDEMNIZACIÓN: Por daño moral procede la indemnización cuando el divorcio compromete gravemente el legítimo interés personal del conyugue inocente. La indemnización es improcedente de la obligación alimentaria. El daño moral puede derivarse de la injuria grave, la violencia física o síquica, condena por delito, conducta deshonrosa, atentado contra la vida del cónyuge, toxicomanía, enfermedad venérea y homosexualismo. El Juez le concederá la indemnización, evaluando previamente las circunstancias en que se produjeron los hechos y la repercusión social que tuviera.

1.5.4. GANANCIALES: El cónyuge culpable pierde las gananciales que producen de los bienes del otro conyugue, al matrimonio lleva el conyugue sus propios bienes, pero los frutos que produzcan son bienes sociales y por lo tanto deberán dividirse entre los conyugues al terminar las sociedades gananciales. Es injusto que el conyugue culpable pretenda obtener beneficios del inocente, cuando no supo cumplir a su tiempo con los deberes conyugales, al romper su conducta la íntima

comunidad de vida e interés en que se funda el régimen de las gananciales. Cuando el divorcio se produce por causal de abandono injustificado del hogar conyugal, el conyugue desertor pierde igualmente las gananciales proporcionalmente a la duración de la separación. Si los bienes sociales es el producto del esfuerzo mancomunado de los cónyuges no sería justo que mientras el cónyuge abandonado trabajaba e incrementaba los bienes sociales, el desertor se beneficiara. Ello además de ser injusto, resulta inmoral.

1.5.5. HERENCIA: En la separación de cuerpos, el cónyuge separado por su culpa, pierde los derechos hereditarios que le corresponde, conforme lo establece el Art. 343 del CC. Decretado el divorcio, los cónyuges se convierten en extraños y como tal, ya no tienen el derecho de heredarse entre sí, prescribe el numeral 353 del CC. La pérdida de las gananciales sólo afecta al cónyuge culpable; en tanto, la pérdida del derecho hereditario afecta a los dos sin distinción alguna de culpa o inocencia. La vocación hereditaria nace por el parentesco consanguíneo y por afinidad. Disuelto el matrimonio se pierde la vocación hereditaria entre los cónyuges. La pérdida en referencia funciona de pleno derecho sin necesidad que haya sentencia declarativa.

1.5.6. APELLIDOS: Contraído el matrimonio, la mujer adquiere el derecho de llevar el apellido del marido adherido al suyo, en aplicación del Art. 24 del CC. Producido el divorcio se prohíbe a la mujer continuar usando el apellido del marido. Funciona de pleno derecho, sin necesidad que la sentencia de divorcio haga declaración expresa ni que se siga un trámite adicional.

1.5.7. LOS HIJOS: Disuelto el matrimonio por divorcio, quienes más sufren son los hijos por la ruptura de la unidad familiar, la vida en común y la protección mancomunada que los padres brindan a la prole. Estadísticas serias llevadas al respecto establecen que los traumas psicológicos, los problemas de conducta y la juventud rebelde sin causa, tienen su origen en los matrimonios disueltos. El divorcio no altera en nada la filiación de los hijos ni los derechos que la ley concede frente a los padres. Si el divorcio se obtuvo en forma convencional, el Juez debe respetar los acuerdos que hayan tomado los padres sobre el ejercicio de la patria potestad, régimen de visitas, sin embargo, si ambos cónyuges son culpables y el divorcio es por causal, los hijos varones mayores de 7 años se quedarán en el poder del padre y las hijas mujeres en poder de la madre, así como los hijos varones menores de 7 años, a no ser que el Juez disponga de otra cosa. No obstante, si uno de los cónyuges fue el culpable, el cuidado de los hijos se le confiará al conyugue inocente. En materia de cuidado de los hijos, la Ley es flexible y teniendo en cuenta sobre todo su bienestar, concede al juez facultades para decidir acorde con esa finalidad. A mayor abundancia deberá tomarse en cuenta también el “interés superior del niño”. Si el Juez encomienda el cuidado de los hijos a uno de los cónyuges, este es el que ejerce la patria potestad sobre ellos, quedando suspendidos este ejercicio para el otro conyugue. La suspensión comprende a ambos si el Juez confía en el cuidado de los hijos a terceras personas. En todos los casos los padres tienen derecho de mantener con sus hijos las relaciones personales, y el Juez debe cuidar que ninguno de los cónyuges quede privado de la comunicación con sus hijos.

Ambos cónyuges, culpables o inocentes, están obligados a alimentar y educar a sus hijos contribuyendo para estos gastos conforme a sus posibilidades o facultades económicas. Fallecido el padre a quien se le confió el cuidado de los hijos, o por cualquier impedimento, el otro reasume de pleno derecho el ejercicio de la patria potestad sobre ellos. Los padres, los hermanos mayores de edad o el Consejo de Familia pueden solicitar al Juez, en cualquier momento, dictar las medidas o providencias que parezca o sean suficientes para los hijos y que los nuevos hechos lo requieran.

TITULO V

LA SEPARACIÓN DE CUERPOS

5.1. Antecedentes:

Como ya hemos indicado, cuando se fue dando la institución del divorcio, las influencias máximas de la iglesia hicieron que esta institución sea indisoluble, por ello la existencia de la separación de cuerpos como la influencia que aún existe de parte del estado sobre la protección del matrimonio, y el querer velar por que este sea permanente y como última fase utilizar el divorcio por causal.

El estado se vio en la necesidad de imponer normas sobre el divorcio, pues en muchos casos era imposible mantener los matrimonios unidos. Pero por la lucha de la iglesia y la influencia del estado, se creó la separación de cuerpos, mediante ella se suspenden los deberes del matrimonio, pero no se les permitía volverá a contraer nupcias.

En Código de 1852 se consideró el divorcio como separación de los cónyuges, pero no se daba por finalizado el vínculo matrimonial. En el código de 1936 se admito la separación de cuerpos y el divorcio. Ya en nuestro código actual de 1984 vemos que estas figuras son absolutamente distintas.

5.2. Concepto:

“La separación de cuerpos está estrechamente vinculado al divorcio, que tiene dos acepciones en el Derecho: la simple separación de cuerpos, que no disuelve el vínculo ni autoriza a contraer nuevas nupcias; y el divorcio absoluto con efectiva disolución del vínculo y la posibilidad de contraer nuevas nupcias y engendrar hijos matrimoniales” (Andia, 2008).

La separación de cuerpos se da de manera judicial, poniendo fin a los deberes de lecho y habitación, así como también a la sociedad de gananciales. Esta institución del derecho de familia, busca proteger al matrimonio teniendo en cuenta una posible reconciliación.

Cornejo Chávez la define así: "... existe en el derecho la figura de separación de cuerpos o divorcio relativo, en virtud de la cual cesa en los cónyuges la obligación de hacer vida en común (es decir que se suspenden los deberes de mesa, lecho y habitación y se pone fin a la sociedad de gananciales, pero queda subsistente el vínculo matrimonial, lo que impide contraer nuevas nupcias con distinta persona". (Cornejo Chavez, 1990)

5.3. Causales:

Las causales de separación de cuerpos son las mismas que las descritas en el título iv, del divorcio.

5.4. Efectos jurídicos:

- el artículo 332° del Código Civil señala: "La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación,". Por ello, cuando se declara la separación de cuerpos cada cónyuge puede elegir donde domiciliar, debiendo el juez autorizar dicho acto. Pero aun así el deber de fidelidad subsiste, pues aún subsiste el vínculo.
- Fenece la sociedad de gananciales, desde la notificación de la demanda, de separación de cuerpos y en caso de abandono injustificado de la casa conyugal y de separación de hecho, la sociedad de gananciales fenece desde que se produjo la unión de hecho.

- En cuanto a los alimentos el juez señala el monto de pensión alimenticia que el padre o la madre deberá dar los hijos y también los alimentos para la mujer o marido.
- Si la separación de cuerpo se ha generado por culpa de uno de los cónyuges, el cónyuge culpable perderá los derechos hereditarios
- Respecto a la patria potestad, si existiera cónyuge culpable, se le confiaría al cónyuge inocente. A menos que existan causas justificantes para que por el bienestar del menor de quede con el cónyuge culpable.

5.5. Fenecimiento:

- cuando los cónyuges deciden perdonarse y se reconcilian, se entiende que continuaran con su matrimonio y con ello cesan los efectos de la separación de cuerpos. Esta reconciliación puede darse durante el juicio o después de la sentencia. El primer caso suspende el proceso y en el segundo caso se deberá presentar una solicitud de los esposos en donde señalen la reconciliación para que se vuelan a activar deberes y derechos, propios del matrimonio.
- Cuando la causal demandando en la separación de cuerpos es la separación de hecho, después de notificada la sentencia tienen dos meses en los que pueden reconciliarse y ya no se genere la conversión a divorcio
- Cuando existe causa específica, el cónyuge inocente es el único que puede solicitar la disolución del vínculo matrimonial. Pero trascurrido el plazo de dos meses el juez puede disolver el vínculo matrimonial.
- También termina la separación de cuerpos, si fallece uno de los cónyuges, no siendo necesario que la declare el juez.

TITULO VI

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÒLOGA NO CONSENTIDA, COMO CAUSAL DE DIVORCIO.

6.1. En la legislación comparada:

6.1.1. Chile:

Es un acto grave de infidelidad que atenta contra el derecho exclusivo y recíproco de los cónyuges en orden a engendrar prole, el cual tiene lugar no sólo con la relación sexual propiamente tal sino, también, con una fecundación heteróloga, en ignorancia del otro cónyuge. En lo que dice relación a las sanciones civiles a las que se expondría la mujer que ha aceptado una fecundación o fertilización "in vitro". (Naquira, 2015). Cuando se da la inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del marido, sedan las siguientes consecuencias jurídicas:

- ❖ Perdería su derecho a pedir alimentos, pues se configuraría la figura de "injuria atroz" respecto de su marido, (arts. 324 y 979 del Código Civil)
- ❖ También puede ser calificado como un atentado al deber de fidelidad, por ello se puede imponer un juicio de divorcio, debiendo el cónyuge culpable dar alimentos al cónyuge inocente (arts. 174 y 175 del Código Civil).
- ❖ Puede considerarse que es indigna para suceder, por implicar aquél un atentado grave en contra del honor de su marido (art. 968 del Código Civil).
- ❖ El marido podría revocar las donaciones que hubiere hecho a su mujer por haber incurrido ésta en un hecho de "ingratitude", entendiendo por tal "cualquier hecho ofensivo del donatario" (art. 1428 del Código Civil).

6.1.2. España:

La ley N° 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en el artículo N° 6 inciso 3, señala: “si la mujer estuviera casada se precisa además el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente de hecho y así constara de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, debe reunir idénticos requisitos de expresión libre, consiente y formal”. Si el marido no prestara su consentimiento el hijo nacido dentro del matrimonio se considera como extramatrimonial.

Como vemos en España no existe problema con la inseminación artificial heteròloga, pues al existir una regulación, esta técnica solo puede ser usada con un consentimiento expreso, cuando la mujer está casada. Pero no se ha pronunciado en el tema de la donación de espermias del marido.

6.1.3. México:

La ley General de Salud, en el artículo 466 indica: “La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”. Si bien es cierto en este en México se necesita el consentimiento del cónyuge, esta disposición no tiene eficacia jurídica, puesto que, ante el incumplimiento, no se genera ninguna responsabilidad. Tampoco se podría demandar el divorcio pues, no existe la inseminación artificial heteròloga como causal de divorcio. Pues si bien es cierto se puede demostrar que no es el padre biológico, no podría demandar adulterio, porque no hubo relaciones sexuales entre la mujer y el donador.

“Ante estas circunstancias, algunas entidades federativas (como Baja California Sur, el Estado de México, Morelos, San Luis Potosí y Coahuila) han emprendido tibios esfuerzos para reconocer a la

inseminación artificial heteróloga efectuada en una mujer casada sin la anuencia o aprobación de su cónyuge como causa de divorcio. La legislación civil de Tabasco reconoce, por su parte, al hijo concebido por medio de la inseminación artificial y admite su adopción plena”. (Mendoza, 2014).

México ha regulado de manera parcial el tema de la inseminación, pues si bien es cierto exige el consentimiento del cónyuge, no señala que pasaría ante el incumplimiento, como se resolvería el tema de impugnación de paternidad y además tampoco regula el tema del divorcio, más aun cuando prohíbe la demanda por adulterio.

6.2. En la legislación peruana:

La Ley N° 26842 –Ley General de Salud-, que entro en vigencia en el año 1997, señala en el artículo 7°: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”. Eso genera, que la mujer que desee someterse a la inseminación artificial heteróloga, no necesita el consentimiento del marido. Pues la ley solo exige el consentimiento de los padres biológicos, en este caso la mujer y el donador.

Asimismo en el caso del cónyuge que dona esperma, solo necesitan su consentimiento y el de la futura madre biológica. Las consecuencias de ello no se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento jurídico. Y enfocándonos en el trabajo de investigación sobre separación de cuerpos, vemos la necesidad de su regulación cuando se genere los problemas jurídicos mencionados.

6.3. Teorías que sustentan sociológicamente a la inseminación artificial heteròloga como causal de separación de hecho y divorcio ulterior

6.3.1. Teoría de Protección a la Familia:

Regulado en la constitución Política del Perú la cual prescribe “que la comunidad y el estado protegen a la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad”.

Describe a la familia como el elemento base de la Sociedad, por ello mayoría de países se adhirió a los tratados de derechos humanos, en donde prima la protección Familiar. Javier Barrientos Describe esta Teoría: La familia y donde esta se desarrolle, es vital para las personas que la conforman, pues en ella cada uno se desarrolla psicológica y espiritualmente, por ello es el ente más importante del derecho, pues todas las personas cuentan con un status de familia.

6.3.2. Teoría del matrimonio como una institución social:

Considera al matrimonio como un ente creado y regulado por sus propias normas y reglas que le han sido otorgadas por el Estado con el objeto de darle una seguridad social a dicha institución.

Esta teoría señala que el matrimonio, debe ser protegido por el estado, pues este tiene que velar por que los lazos familiares sean duraderos. Así mismo considera al matrimonio como un acto jurídico complejo por voluntad de dos personas, en el cual una autoridad del estado es quien lo formaliza, pero la cual no tiene potestad para finiquitar esta unión, si no que ante cualquier contrariedad se debe recurrir a la autoridad judicial. (Vasquez, 2011).

El matrimonio genera deberes como el de cohabitación, fidelidad y asistencia, pero si estos deberes no se cumplen por alguno de los cónyuges, se genera una discordia que irrumpe con en sentido de la creación y fines del matrimonio, teniendo como consecuencia directa la

ruptura del mismo, la cual se encuentra amparada legalmente en la normatividad civil y en el derecho constitucional.

6.3.3. Teoría de la Voluntad:

"Cada cosa en la naturaleza actúa según leyes. Sólo un ser racional tiene la capacidad de obrar según la representación de leyes, *i.e.* de obrar según principios, o lo que es lo mismo, posee una voluntad. Dado que para la derivación de acciones a partir de leyes se exige la razón, entonces la voluntad no es otra cosa que razón práctica" (Plasencia, 2011)

El análisis empírico del comportamiento humano lleva a Kant a ver que la voluntad se rige por principios a los que se ajusta su comportamiento. Según él estos principios pueden ser subjetivos (máximas) u objetivos (leyes prácticas). Podemos anticipar que lo que busca Kant son esos principios objetivos que han de ser válidos para toda voluntad racional. Esta búsqueda de lo universal le lleva a rechazar las éticas llamadas materiales, es decir, aquellas que justifican la acción moral en función de una idea previa de lo que es el bien.

Ésta teoría fue propuesta por Kant, el cual señala que es la capacidad que uno tiene para realizar diversas conductas, que no contravengan las leyes y también para exigir las que se deben cumplir, también llamada potestades.

6.3.4. Teoría de la presunción de fidelidad:

La presunción de paternidad, reposa en una presunción previa, o anterior: la fidelidad de la esposa hacia su marido, de modo que vendría a erigirse en una suerte de presunción de inocencia del delito de adulterio que la mujer goza mientras no se prueben, a su respecto, relaciones extramatrimoniales.

De la misma manera la presunción de fidelidad en sentido amplio del esposo, que si mantiene relaciones sexuales exclusivas con su esposa, no cabría hablar de hijos nacidos a partir de la donación de esperma, por más que no medie un acto físico entre la receptora y el cómo donador.

6.3.5. Teoría de la “admisión anticipada” del hijo por el marido:

La presunción de paternidad matrimonial suponía la protección del derecho al honor familiar que bien podía considerarse como el derecho al honor del marido, siendo él quien representaba social y jurídicamente a su cónyuge y sus hijos. Así, la presunción de paternidad matrimonial que pretendía brindar certidumbre respecto de la filiación que correspondía a los hijos nacidos dentro del matrimonio, tenía como centro de protección al marido y los derechos económicos y subjetivos que le eran atribuidos (Zannoni y Bossert, 2016).

Siendo la paternidad un hecho imposible de demostrar positivamente, la atribución del hijo reposa en una admisión que hace el marido, por anticipado, de los hijos que su esposa dé a luz en lo sucesivo; se parte del matrimonio como acto voluntario, y de ese acto infiere que “el marido confiesa, es decir recibe, admite por adelantado en su familia legítima, los hijos que su mujer traiga al mundo después, al menos cuando esa procreación no tenga lugar en ciertas circunstancias anormales, determinadas por adelantado por la ley y que dan ocasión a la impugnación”.

6.4. La Inseminación artificial heteróloga sin consentimiento:

Como se ha explicado, en el presente trabajo. La creación y posterior uso de las técnicas de inseminación artificial heteróloga, están destinadas a suplir problemas biológicos o hereditarios, que no permitan procrear de manera natural. Ahora en el caso específico de las personas

casadas, la ilusión de tener un hijo, es uno de los fines del matrimonio. Procrear y tener descendencia, es crear vida, lo que significa que el deber que se presenta ante ello, es grande. Ahora tocando específicamente a un matrimonio, un cónyuge, no puede tomar por sí solo, la decisión de tener un hijo, a partir de un donador, cuando esto va a generar el nacimiento de una vida y asimismo se le sometería al esposo a una paternidad obligatoria, de un menor que no es su hijo biológico. El Artículo 361° del Código Civil precisa: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. Eso va a generar que el estado por dicha presunción, señale que el padre biológico es el marido (que no prestó su consentimiento para que su mujer tenga un hijo con un tercero). Ahora enfocándonos desde el punto de vista moral, el esposo por esta situación puede sentir dañada su dignidad, su honra, teniendo que criar a un hijo que biológicamente no es suyo y que no dio consentimiento para procrearlo de esta forma.

Nadie puede ser obligado a asumir una paternidad, cuando no ha prestado el consentimiento para que su cónyuge tenga un hijo mediante la donación de un tercero. Pues de esta manera también se generaría un posible proceso de impugnación de paternidad que afectaría directamente al menor. Como el Perú no se encuentra regulada la exigencia del consentimiento del cónyuge, tendría que darse un consentimiento expreso en la misma clínica o por vía notarial.

En lo referente a la donación por parte del cónyuge, de igual forma el marido no necesita consentimiento de su cónyuge para recurrir a la donación de espermias, lo cual tendría como consecuencia el nacimiento de varios hijos biológicos del marido, y en el Perú al no haber una regulación sobre el tema de las TERAS, es posible que luego los hijos biológicos deseen conocer su identidad biológica (la cual es un

derecho fundamental recogida en nuestra constitución) , o por alguna enfermedad genética que ponga en peligro su vida, lo cual haría posible la identificación del padre biológico.

Los deberes del matrimonio son la fidelidad moral, el respeto y convivencia, si se oculta al cónyuge, una decisión que implica una afectación a su moral como a su cuerpo, Se estarían incumpliendo los deberes señalados y también afectándolo como persona, por ello sería de necesidad jurídica, que la inseminación heteróloga no consentida, sea una causal de separación de cuerpos.

Esta decisión haría asumir de manera automática derechos y deberes paternos filiales, pues mientras no exista una impugnación de paternidad y se declare que él no es el padre biológico. Para el estado es el padre legal, por tanto debe asumir todas las obligaciones del menor. Y en cuanto a la donación de esperma la esposa puede sentirse traicionada al saber que su esposo tiene hijos biológicos con otras personas.

6.5. La vulneración al artículo 6° de la constitución política del Perú:

El Artículo N°6, de nuestra Constitución, indica: “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud”.

Este artículo está ligado a los derechos reproductivos, y que tanto el hombre como la mujer deben decidir cuantos hijos tener y de qué manera procrearlos. Si bien es cierto no se van a procrear de manera natural, Pero, si debe existir el consentimiento de ambos cónyuges, pues legalmente sería su hijo. Y no existirá límite alguno en sus derechos como padres. Así también la declaración Universal de los

derechos sexuales, señala:” El Derecho a Hacer Opciones Reproductivas, Libres y Responsables: Esto abarca el Derecho para decidir sobre tener niños o no, el número y el tiempo entre cada uno, y el derecho al acceso a los métodos de regulación de la fertilidad”.

Por ello nadie puede decir de manera Unilateral a que se sometan a un proceso de fertilidad, más aún cuando existe un matrimonio de por medio y las consecuencia morales y jurídicas que se van a generar son sumamente trascendentales, tanto para la vida de los cónyuges, como para la vida del menor, por nacer. Pues si el marido impugna la paternidad, el menor estaría obligado a nacer sin padre, pues el donante no asume responsabilidad alguna, así sea el padre biológico más aun cuando este se mantiene de manera anónima. Es claro, que la decisión sin consentimiento, genera una clara vulneración al derecho constitucional de decidir si procrear y que técnicas usar para ello.

6.6. La importancia de la incorporación de la causal de inseminación artificial heteróloga, sin consentimiento en el artículo 333° del código civil:

Como se ha venido desarrollando en el presente trabajo, la institución del divorcio y posteriormente también la de separación de cuerpos, se normaron con gran influencia de la iglesia católica y en donde los derechos de los hombres, eran superiores al de las mujeres, y existían muchas causales machistas, y como fue avanzando la sociedad, se comenzaron a generar nuevas causales, hasta la última incorporación de la causal de separación de hecho, mediante la ley N° 27495 publicada el 06 de julio del 2001. El estado debe velar por crear normas, a partir de las nuevas situaciones que se generan, lo que no quiere decir que, a través de ellas, se busque un enfoque divorcista, sino más bien el estado busca la conservación de la familia, pero ante casos en donde existen problemas que ya no se pueden solucionar, se debe solicitar el

divorcio o separación de cuerpos. Pues de no ser así, podrían existir otras consecuencias morales, que dañen a los cónyuges y a sus hijos. No podemos estar ajenos a la realidad, pues desde el año 1991, se permite el uso de las técnicas de inseminación artificial, por ende, ante ciertos problemas jurídicos que se acarren a partir de estas, deben existir normas que permitan dar una solución.

En países

Parte de la doctrina señala, que la inseminación artificial heteróloga sin consentimiento, debe ser calificada como adulterio, pues se ha incumplido con el deber de fidelidad, al tener un hijo con otro hombre. En nuestro país, se define al adulterio como el acceso carnal del cónyuge con una tercera persona, es decir un contacto sexual. Lo que no ocurre en los casos de inseminación heteróloga, por ello la necesidad de regular esta causal, además que los efectos jurídicos que se deriven al demandar esta causal serán muy diferente a los que se dieran en las otras causales.

CAPITULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1. TIPO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA.

En cuanto al tipo de nuestra investigación, es **básica**, porque mejora el entender de un conocimiento existente, tratando de dar a conocer la inseminación artificial heteróloga sin consentimiento.

2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN.

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

3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.

Nuestra investigación es **Jurídico Comparativa** puesto que, la presente investigación compara las legislaciones de Perú, Chile, España Y México haciendo énfasis en lo concerniente a la inseminación artificial heteróloga y la manera en que esta se regula en estos países.

4. MATERIAL DE INVESTIGACIÓN.

4.1. Legislación.

4.1.1. Nacional.

4.1.1.1. Constitución Política del Perú.

4.1.1.2. Declaración Universal de los derechos Sexuales

4.1.1.3. Ley General de Salud.

4.1.1.4. Código Civil Peruano.

4.1.2. Internacional.

4.1.2.1. Ley Nacional de fertilización humana asistida de Chile.

4.1.2.2. Código Civil de Familia de México.

4.1.2.3. Constitución Política de España.

4.1.2.4. Ley 14-2006 de España.

4.2. Doctrina.

4.2.1. Internacional.

4.2.2. Nacional.

4.3. Jurisprudencia.

4.3.1. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil de Colombia.

5. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.

5.2 Métodos Jurídicos: Entre los métodos jurídicos que serán utilizados en mi investigación, resaltan:

5.2.1. Hermenéutico: Para nuestra problemática este método será utilizado para interpretar las normas y principios, buscando su verdadero sentido a fin de ser utilizados de manera coherente y sistemática. Por lo cual será necesario estudiar las normas contenidas en la Constitución Política del Perú, en el Código Civil y la ley general de la salud.

5.2.2. Dogmático: Comprende la investigación de los principios generales y de los dogmas jurídicos, la investigación de los dogmas se basa en servir al fin teórico de ayudar al intérprete a entender las instituciones jurídicas, y el fin práctico de hacer posible la explicación de las normas del modo más adecuado a las exigencias del caso concreto. En ese sentido, este método será utilizado al recopilar el conjunto de posiciones como principios innegables respecto a las instituciones jurídicas estudiadas (doctrina).

5.2.3. Exegético: Es el estudio de las normas jurídicas, buscando su objeto de estudio, desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que le dio el legislador. (Jorge, 2011) Constituye el estudio lineal de las normas tal como ellas aparecen en el texto legislativo. Este método se utilizará en el estudio del texto legal regulador de las instituciones jurídicas del Derecho Civil y de Familia, en especial lo concerniente al matrimonio y la separación de cuerpos y divorcio ulterior.

6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

6.2. De recolección.

6.2.1. Técnica del Fotocopiado.

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

Instrumento: Fotocopia.

6.2.2. Técnica del Internet.

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

6.2.3. Técnica de recopilación documental.

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

6.2.4. Técnica del Escaneo.

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

CAPÍTULO IV.

PROPUESTA Y CONCLUSIONES

PROPUESTA

LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 334 DEL CÓDIGO CIVIL CON LA FINALIDAD DE INCORPORAR COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DIVORCIO ULTERIOR, LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETEROLOGA NO CONSENTIDA.

Artículo 1. Modificación del artículo 334 del Código Civil

Modificase el artículo 334 del Código Civil, que regula las causas para la separación de cuerpos, en los siguientes términos:

“Artículo 333º.- Causales

Son causas de separación de cuerpos:

- 1.- El adulterio.
- 2.- La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
- 3.- El atentado contra la vida del cónyuge.
- 4.- La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
- 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.
- 6.- La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
- 7.- El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347º.
- 8.- La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
- 9.- La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

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

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 335º.

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

14.- la inseminación artificial no consentida por el cónyuge.

CONCLUSIONES.

PRIMERA:

- En el Perú, a través de la ley General de salud, se permite el uso de las técnicas de inseminación artificial asistida desde más de diez años, aun así no cuenta con una regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

SEGUNDA:

- Cuando el cónyuge con problemas de fertilidad desee someterse a las técnicas de reproducción humana asistida, no necesita consentimiento previo del cónyuge (marido), por lo que podría ser inseminada por el espermatozoides de un tercero.

TERCERA:

- Cuando el cónyuge desee donar su espermatozoides, tampoco necesita el consentimiento de su esposa, lo que podría ocasionar el nacimiento de futuros hijos biológicos, del cual la esposa no tenga conocimiento.

CUARTA:

- En Chile se puede solicitar el divorcio, por la inseminación artificial heteróloga no consentida, en base a las causales de adulterio, injuria grave. Y además puede solicitarse una indemnización al cónyuge culpable.

QUINTA:

- En España y México, no se puede llevar a cabo la inseminación artificial heteróloga sin el consentimiento previo del cónyuge, más aun no mencionan el tema de la donación de espermatozoides, y no admiten el adulterio como divorcio.

SEXTA:

- las teorías sociológicas que sustentan la causal de separación de cuerpos y divorcio ulterior son: protección a la familia, el matrimonio como una institución social, la voluntad, la accesión, la presunción de fidelidad, la “admisión anticipada” del hijo por el marido.

SETIMA:

- La inseminación artificial heteròloga afecta a la institución del matrimonio, cuando no fue consentida por el cónyuge.

OCTAVA:

- La inseminación artificial heteròloga sin consentimiento, genera el incumplimiento a los deberes del matrimonio y afecta a la dignidad del cónyuge.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Andia, J. R. (2008). *Derecho de Familia*. Lima: Moreno S.A.
- Antonio, Z. E. (1990). *ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA FECUNDACIÓN EXTRAUTERIA*. LIMA: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ.
- Beauchamp, T., & CHILDRESS, J. (2000). *"Principles of Biomedical Ethics"*. New York United State.
- Cabello, C. J. (setiembre de 1999). *Divorcio y Jurisprudencia en el Perú*.
Obtenido de
file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/divorcio_jurisprudencia%20(1).pdf
- Chavez, H. C. (1991). *DERECHO DE FAMILIA PERUANO*. LIMA: STUDIUM.
- Cobas Cobiella, M. (1995). *NUEVAS TECNOLOGIAS DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA*. LA HABANA: CIENCIAS TÉCNICAS.
- Cornejo Chavez, H. (1990). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: ediciones el Sol S.A.
- Drane, J. F. (ABRIL de 2011). *CENTRO INTERDISCIPLINARIO DE ESTUDIOS EN LA BIOETICA*.
- Eulogio, U. N. (2006). *El Divorcio y sus Causales*. Lima: Librería y Ediciones jurídicas.
- FE, C. P. (1997). *"Instrucción sobre la vida humana naciente y la dignidad de la Procreación"*. lima: SALESIANAS.

- Gafo , J. (2013). *Procreación Humana Asistida: Aspectos éticos, técnicos y legales*. Madrid: Ortega.
- GOMEZ GRANDA, M. (1995). *Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Derecho Civil 1*. LIMA: FONDO DE DESARROLLO EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD DE LIMA.
- Gustavo, B. (1989). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires.
- Lewis, P. J. (1989). *“Human Experimentación In Medical Ethics”*. boston: Jones and Bartlett Publisher.
- Llanos, R. (1995). *“Honorio Delgado y la Bioética en el Perú”*. PERU.
- Magaldi, N. (2004). *derecho a saber, filiación biológica y administración pública*. Madrid: Ediciones Jurídicas y sociales.
- Mainar, R. B. (2000). *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*. Caracas – Venezuela. .
- Manuel, B. T. (2009). *Divorcio y separación de cuerpos*. Lima: Editora y librería jurídica Grijley E.I.R.L.
- Marquez, A. C. (2016). *TESIS DE LA PONTIFICIA UIVERSIDAD CATOLÍCA DEL PERÚ*. Obtenido de file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/CALISAYA_MARQUEZ_LA_INDENIZACION_POR_INESTABILIDAD_ECONOMICA_TRAS_LA_SEPARACION_DE_HECHO.pdf
- Martinez, C. M. (2005). *EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN GENETICO*. COLOMBIA: LEYER.
- Mendoza, H. (2014). *La inseminación artificial en humanos. Una encrucijada para la filiación*. Obtenido de <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LaInseminacionArtificialEnHumanosUnaEncrucijadaPar-5018842.pdf>

Montoya Calle, S. M. (2006). *Matrimonio y Separación de Hecho*. Lima: San Marcos.

Mosquera, C. (197). *DERECHO Y GENOMA HUMANO*. LIMA: SAN MARCOS.

Naquira, J. (2015). Obtenido de <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/16688/000674313.pdf?sequence=1>

OCHOA GUZMAN, O. (2006). *DERECHO CIVIL I: PERSONAS*. VENEZUELA: UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO.

Penco, Á. A. (2009). *El Divorcio en el Derecho iberoamericano*. Obtenido de https://books.google.com.pe/books?id=pO-7cFbzSRcC&pg=PA525&dq=la+evoluci%C3%B3n+del+divorcio+en+el+Per%C3%BA&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwjH0bqVn_DVAhUGRCYKHRE0BvkQ6AEIKjAB#v=onepage&q=la%20evoluci%C3%B3n%20del%20divorcio%20en%20el%20Per%C3%BA&f=false

Ratzinge, J. (1997). *"Instrucción Donum Vitae sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación"*. Roma.

Rodriguez cadilla ponce, M. d. (1997). *Derecho Genético, Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Lima: SAN MARCOS.

Rospigliosi, E. (1995). *Derecho Genético*". TRUJILLO: NORMAS LEGALES.

Rospigliosi, E. V. (1996). *Derecho y manipulación genética*. LIMA: fondo de desarrollo universidad de lima.

Rospigliosi, E. V. (2004). *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima: Jurídica Grijley.

Rospigliosi, E. V. (2011). *Los nuevos derechos de la persona*. Obtenido de monografias: <http://www.monografias.com/trabajo16/investigacioncientifica.shtml>.com

Scolle conner, S. y. (1991). *BIOÈTICA*. montevideo.

Verdusco Pardo, GABIREL y Verdusco Guizar, ALEJANDRO. (1990). *Infertilidad*. México: Limusa.

Vicenzi, C. M. (2004). *el concepto de filiación en la fecundación artificial*. lima: ARA.

ANEXOS