



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**IMPLICANCIAS DE LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA
(INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA SIN EL
CONSENTIMIENTO DEL PADRE) EN EL DERECHO FAMILIAR
PERUANO**

AUTORA:

BACH. CABOS CALLIRGOS, Esperanza Milagros

ASESOR:

M.CS. LÓPEZ NÚÑEZ, José Luis

Cajamarca – Perú

Junio de 2023

A:

El Señor de los Milagros, por no soltar mi mano en todo este tiempo; a mis amados padres, Litha Callirgos y Víctor Cabos, por ser mi motivación más grande día a día para no rendirme y seguir luchando por mis sueños; finalmente a mi más grande amor, mi ser de cuatro patas, Pelusa, por ser mi eterna compañía en mis anocheceres universitarios.

TABLA DE CONTENIDO

A.....	ii
TABLA DE CONTENIDO	iii
AGRADECIMIENTO:	vii
RESUMEN.....	viii
<i>ABSTRACT</i>	ix
INTRODUCCIÓN.....	x
TIULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1.1. Contextualización o problemática.....	1
1.1.2. Descripción del Problema.....	7
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	8
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	8
1.4. OBJETIVOS	10
1.4.1. General	10
1.4.2. Específicos.....	10
1.5. DELIMITACIÓN.....	11
1.5.1. Espacial	11
1.5.2. Temporal.....	11
1.6. LIMITACIONES	11
1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS	11
1.7.1. De acuerdo al fin que persigue.....	11
1.7.2. De acuerdo al diseño de la investigación	12
1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	12
1.8. HIPÓTESIS	13
1.9. MÉTODOS	13
1.9.1. Generales.....	13

1.9.2. Específicos.....	15
1.10. TÉCNICAS	17
1.10.1. Observación Documental	17
1.10.2. Análisis documental	17
1.11. INSTRUMENTOS	17
1.11.1. Hoja guía de observación documental.....	17
1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA	17
1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN	18
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	19
2.1. POSTURA IUSFILOSÓFICA ASUMIDA POR EL TESISTA.....	19
2.2. EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO	24
2.2.1. Estado Legislador.....	25
2.2.2. Estado Constitucional de Derecho	27
2.3. DERECHO DE FAMILIA	30
2.3.1. Definición	30
2.3.2. Tipos de familia	32
2.3.3. Contenido de ejercer el derecho a formar familia	35
2.3.4. ¿Qué es el matrimonio?	37
2.3.5. Contenido del principio de protección del matrimonio en relación a las otras formas de constituir familia	38
2.3.6. Deberes del matrimonio	40
2.4. DERECHOS INVOLUCRADOS CON LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (INSEMINACIÓN HETERÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL PADRE) EN RELACIÓN A LOS INTERESES DEL PADRE	41
2.4.1. Libre desarrollo de la personalidad del padre	41
2.4.2. Filiación	44

2.4.3. Prestación de alimentos	47
2.5. EI PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN RELACIÓN A LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (INSEMINACIÓN HETEROLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL PADRE).....	48
2.6. ACERCA DE LAS PRÁCTICAS DERIVADAS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	54
2.6.1. Inseminación artificial	55
2.6.2. Fecundación in vitro	63
2.6.3. Reproducción a través de vientre de alquiler	70
2.6.4. Asistencia de la infertilidad estructural y social	75
2.7. MARCO NORMATIVO AL RESPECTO	77
2.8. CASUÍSTICA AL RESPECTO	80
2.8.1. Expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05	80
2.8.2. Fecundación in vitro y Maternidad Subrogada: Sentencia del décimo quinto Juzgado de Familia. Expediente N° 183515-2006- 00113.....	83
CAPÍTULO III: DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	85
3.1. DISCUSIÓN.....	85
3.1.1. Identificar las consecuencias de la reproducción asistida heteróloga en la coherencia de los principios de promoción del matrimonio y protección de la familia	85
3.1.2. Determinar los efectos de la técnica de reproducción heteróloga sobre los contenidos de los derechos de los cónyuges.....	90
3.1.3. Determinar el efecto de la técnica de reproducción heteróloga sobre los contenidos de los derechos del hijo y el cónyuge	99
3.1.4. Delimitar el contenido del derecho a la dignidad como	

consecuencia de la práctica de inseminación asistida heteróloga en los derechos de los cónyuges y del hijo	106
3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	110
3.2.1. La afectación del principio de promoción del matrimonio enfrentado al principio de protección de familia y el derecho de formar y vivir en familia.	110
3.2.2. La necesidad de proteger los derechos de la madre respecto al derecho de constituir familia y a la libertad reproductiva frente al libre desarrollo de la personalidad del padre al momento de decidir la filiación y la obligación alimentaria a fin de afectarlos materialmente.	114
3.2.3. La consideración del carácter dinámico del interés superior del niño, así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad del padre al momento de decidir la filiación y obligación alimentaria.....	119
3.2.4. El quebrantamiento del derecho a la dignidad frente a los derechos involucrados de los cónyuges y del hijo como consecuencia de la práctica de reproducción asistida heteróloga.	123
CONCLUSIONES	133
RECOMENDACIONES	134
LISTA DE REFERENCIAS.....	135

AGRADECIMIENTO:

Principalmente al Señor de los Milagros, por haberme guiado, y tomado de la mano en cada momento de mi vida; a mis amados padres, Litha y Víctor, por el sacrificio diario que realizaron para darme la profesión, asimismo por su apoyo y amor incondicional; a mis hermanos, Erick, Omar y Euler; y a mis queridos tíos, Charo y Eduardo.

RESUMEN

Las técnicas de reproducción asistida son entendidos como aquellos métodos científicos y tecnológicos que tiene como finalidad ayudar a la procreación cuando las personas sufren limitaciones biológicas naturales como la esterilidad y/o infertilidad, empero, la regulación con la que se cuenta es escasa y no da muchas luces para ordenar el ramo de actividades llevadas a cabo en torno al tema, lo cual, podría generar la afectación de diversos derechos civiles y constitucionales. Ante ello, el objetivo principal que guía la presente investigación es determinar cuáles son las implicancias de la técnica de reproducción asistida (inseminación artificial heteróloga sin el consentimiento del padre) en el derecho familiar peruano, la cual se vale de técnicas como, la observación documental y análisis documental, la misma que de acuerdo con los métodos inductivo, deductivo, dogmático, exegético y hermenéutico han sido aplicados para la obtención de datos y posteriormente su interpretación. Los resultados de la investigación reflejan que el uso de la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre, da paso a una familia monoparental constituida por la madre y el hijo, ante lo cual los derechos del padre no deben verse afectados, y que la dignidad del niño es una identidad dinámica y no estática.

Palabras clave: inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge, familia, socio-afectividad, dignidad y regulación eficiente

ABSTRACT

Assisted reproduction techniques are understood as those scientific and technological methods whose purpose is to help procreation when people suffer from natural biological limitations such as sterility and/or infertility, however, the regulation that is available is scarce and does not give many lights to order the branch of activities carried out around the subject, which could generate the affectation of various civil and constitutional rights. Given this, the main objective that guides the present investigation is to determine what are the implications of the assisted reproduction technique (heterologous artificial insemination without the consent of the father) in Peruvian family law, which uses techniques such as documentary observation and documentary analysis, the same that according to the inductive, deductive, dogmatic, exegetical and hermeneutical methods have been applied to obtain data and later its interpretation. The results of the investigation reflect that the use of heterologous insemination without the consent of the father, gives way to a single-parent family made up of the mother and the child, before which the rights of the father should not be affected, and that the dignity of the child it is a dynamic and not a static identity.

Keywords: *heterologous insemination without the consent of the spouse, family, socio-affectivity, dignity and efficient regulation*

INTRODUCCIÓN

Una de las ramas con mayor apego dentro de la ciencia jurídica, es la rama del derecho civil, dentro de ella se tratan, a rasgos generales diversos fenómenos jurídicos, es decir, de su redacción literal aparecen todas las figuras y derechos que involucran, que luego son acentuados de manera más específica en otras leyes de menor rango. Sin duda, uno de esos derechos es el derecho fundamental a ser madre como manifestación del derecho a tener una familia y a ser parte de una familia, pues su importancia se ve reflejada en la vida cotidiana de cualquier ciudadano porque su aseguramiento permite el desenvolvimiento de la persona en un ambiente de amor y refugio, sin embargo, no siempre se puede acceder a él – ser madre- de manera natural, por eso, su importancia recae en un sentido teórico – práctico, ya que a partir del desarrollo de su contenido dogmático y de la interpretación de sus disposiciones normativas, se elabora criterios para su interpretación y posterior aplicación en el campo práctico dando luces de las posibles deficiencias que pueda presentar tal sistema normativo. Para tal efecto, el presente trabajo de investigación en su capítulo I se hablará de los aspectos metodológicos; en el capítulo II, se desarrolla el marco teórico, como el aspecto ius-filosófico, el derecho de familia, derechos involucrados con las técnicas de reproducción asistida, principio de interés superior del niño, las prácticas de técnicas de reproducción asistida, entre otros; finalmente en el capítulo III, se realizará la discusión de resultados en donde el tesista sentará su posición respecto de la temática convocada, para finalizar con las más selectivas conclusiones y algunas recomendaciones.

TIULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Contextualización o problemática

El derecho de familia, comprende los asuntos que afectan a los miembros de la misma, es entendida como una institución natural y social porque sus componentes se forman a partir de vínculos socio - afectivos y no del mandato de una norma. Dentro del derecho de familia, se encuentran diversas figuras como el matrimonio y las uniones de hecho, que por su especial connotación dentro de la sociedad hacen que su reconocimiento sea no solo social, sino también jurídico.

En cuanto al matrimonio, ha sido considerado como única fuente constituidora de familia, actualmente, tal concepción ha ido quedando desproporcionada a la realidad social, ya que, pueden existir diversas formas de ejercer el derecho a formar familia.

Sin embargo, dentro de los principios que conforman el derecho de familia, se encuentra, el principio de promoción del matrimonio, el cual se mantiene vigente y guarda relación con el orden público y las buenas costumbres que inspiran todo el derecho nacional. Así, la doctrina en relación a este principio señala que “matrimonio debe ser promovido por mandato constitucional. A partir de ello, debe considerarse al matrimonio como la principal fuente de la que surge

una familia. Pero no significa que sea la única fuente” (Plácido Vilcachagua, 2014, p. 10).

Del párrafo anterior, se entiende que el matrimonio posee mayor consideración respecto a las otras formas para constituir familia, pero no es exclusiva, es decir, su contenido como principio constitucional llega hasta la consideración de fuente primordial, pero no excluyente. Este entendimiento supone aceptar que el matrimonio es solo un mecanismo para reconocer fehacientemente una situación fáctica como, por ejemplo, el inicio y término de una relación convivencial; y que familia y matrimonio son dos figuras con componentes diferentes de los cuales el primero siempre debe ser protegido independientemente de su fuente originaria.

Del matrimonio y las uniones de hecho se desprenden ciertos efectos que tienen relevancia jurídica y que involucran no solo a los cónyuges o convivientes sino a la conformación de toda la familia, por ejemplo, efectos que tienen que ver con sus derechos sexuales y reproductivos, filiación, entre otros.

Precisamente, estos efectos pueden agruparse en efectos patrimoniales y personales que tienen cabida una vez realizado el matrimonio y repercusión con cada uno de los integrantes de la familia fundada por los cónyuges, ya sea que se encuentre compuesta únicamente por los contrayentes o ya sea, que de esta unión nazcan nuevos seres; por ejemplo, la conveniencia de utilizar las técnicas de reproducción asistida para poder tener un hijo implicaría su

cuidado, educación, vestimenta, etc.; pero además la creación de un vínculo socio-afectivo entre los padres y los hijos nacidos por la utilización de este método.

Entonces, puede señalarse que independientemente del procedimiento seguido para procrear dentro de la relación matrimonial, las implicancias personales y patrimoniales de la relación paterno – filial son inminentes; así, de las técnicas de reproducción asistida aparece un hecho con relevancia jurídica que toma importancia para su estudio en esta investigación.

Empecemos por mencionar la clasificación de técnicas de reproducción asistida, las cuales son, la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* o también llamada fecundación extracorpórea, ésta última tiene lugar cuando el óvulo es fecundado en un laboratorio, es decir, la fecundación se produce en el exterior del tracto reproductor femenino, pudiendo ser homóloga o heteróloga (Cubillos, 2013).

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

Así, se entiende que para la realización de la inseminación heteróloga se necesita que ambos cónyuges den su autorización de

querer ser padres mediante la inseminación artificial con gametos de un donante anónimo y no del cónyuge, sin embargo, cuando la mujer ha obviado tener en cuenta el consentimiento de su pareja y de manera unilateral ha acudido a la realización del procedimiento para ser madre, pone en peligro las mencionadas relaciones personales que debería existir dentro de cada familia tanto en cuanto al vínculo entre cónyuges como, principalmente dentro de la relación socio afectiva entre padres e hijos; sin embargo, tampoco puede negarse los derechos sexuales y reproductivos de la mujer ni el derecho a constituir familia.

En este sentido, si bien el Código Civil no contempla implicancias específicas ni generales sobre la utilización de técnicas de reproducción asistida y mucho menos de la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre, sí contempla aspectos que bien podrían surtir efecto dentro de la relación conyugal una vez practicada la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre. Por ejemplo, en el artículo 361 del Código Civil se indica que el hijo o hija nacida dentro del matrimonio se presume como padre al marido salvo que la madre declare expresamente lo contrario; y en esa misma línea de ideas se encuentra el artículo 362 y 373; aspectos que se ven reflejados en la figura de la filiación y que tienen connotación en el tema a investigar porque la filiación se desprende de la procreación de hijos.

Asimismo, también se encuentra la obligación alimentaria que existe de padres a hijos regulada en el artículo 287 del Código Civil e incluso el artículo 342 cuando menciona que uno de los padres debe abonar a sus hijos alimentos cuando entre cónyuges estén separados.

Es en este sentido que, se presenta múltiple regulación a nivel internacional y nacional que da cuenta de una diversidad de criterios acerca de los efectos o alcances que puede o no tener la reproducción asistida; así como los derechos que se encuentran involucrados con esta práctica, tales como el derecho a la salud en relación a la infertilidad, el derecho a la vida privada y el derecho a fundar una familia (Brena, 2014, p. 30), además se encuentra el derecho del padre al reconocimiento de filiación y a la prestación de alimentos de un sujeto que no es su hijo y de otro lado se encuentra el derecho del niño a crecer en familia, tener un apellido, a saber su identidad, entre otros.

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

Derechos que son reconocidos con un contenido definido que, en relación con la procreación forma parte con el derecho a fundar una

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

Así, la normatividad peruana no regula específicamente cuales serían las implicancias, pues en relación al contexto que debe rodear la categoría jurídica de inseminación heteróloga, se encuentra, el derecho a fundar una familia, que podría verse sustentado en el artículo 4 del texto constitucional, pero no desarrolla otro contenido que no sea el que se encuentra referido al matrimonio, lo mismo ocurre con el Código Civil en el libro de familia.

También se encuentra, lo establecido por el artículo 70 de la ley 26842, Ley General de Salud, que reconoce el derecho de las personas de recurrir a las técnicas de reproducción asistida, pero siempre que ambos progenitores estén de acuerdo, pero tampoco señala cuales serían las implicación o efectos en caso se presente una inseminación heteróloga sin el consentimiento del padre, es decir ante la presencia de este tipo de casuística la ley a callado sus posibles soluciones.

Finalmente, en igual sentido lo hace el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, pues establece que se podrá hacer uso de las técnicas de reproducción asistida siempre que ambos progenitores se encuentren de acuerdo (art. 415), sin embargo, tampoco mención

alguna fórmula legislativa que, de luz de solución ante las implicancias del uso de tal técnica, ni mucho menos señala de manera específica cuales serían esas implicancias.

Al respecto, la jurisprudencia nacional en cuanto a la temática es limitada, pues con referencia a los derechos sexuales reproductivos a través del expediente N°00008-2012-PI solo ha indicado que:

algunas de las más importantes manifestaciones del derecho a la salud se relacionan con el ámbito sexual y reproductivo, es decir, con aquellas propiedades, entre otras, que permitan al hombre y a la mujer el ejercicio normal de su actividad sexual, la protección de su integridad física y psíquica, la autodeterminación en cuanto a las posibilidades de reproducción, la atención médica prenatal y postnatal (atenciones de salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos independientemente de su condición social o ubicación geográfica), así como relacionado con los derechos a la información y a la educación, el acceso rápido y eficaz a la información y educación sexual. (Caso diez mil seiscientos nueve ciudadanos, 2012, fund. 85)

Si bien, deja claro que la protección a los derechos reproductivos de una persona implica tener en cuenta su libertad para decidir ser o no padre, para recurrir la tecnología médica, no se indica cuáles serían esas implicancias o efectos del uso de las técnicas de reproducción asistida en el derecho familiar peruano, y mucho menos de manera específicas sus efectos personales o patrimoniales.

1.1.2. Descripción del Problema

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

padre, a su derecho de reproducción, pues resulta una conducta deshonesta, que atenta contra la estimación y respeto que debe existir entre los cónyuges a fin de lograr la armonía conyugal.

A partir de lo dicho anteriormente, resulta imperativo realizar un trabajo dogmático en el que se revisen la teorías del derecho que coadyuven con el reconocimiento y la construcción la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre, yendo de lo general a lo particular, la revisión de la finalidad del Derecho, como constructo autónomo o como uno que admite la influencia de la sociedad para su construcción, que cuenta con dogmas inmodificables y universales o que puede conformar sus contenidos de conformidad con el espacio y el tiempo en el que se conforma, puesto que en el Código Civil no se hace ninguna referencia a las implicancias que tal técnica traería, lo cual puede hacer que el órgano jurisdiccional aplique el derecho de forma arbitraria.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son las implicancias de la técnica de reproducción asistida (inseminación artificial heteróloga sin el consentimiento del padre) en el derecho familiar peruano?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación encuentra su justificación en la preocupación que supone, en el contexto del derecho familiar actual las implicancias del uso de la técnica de reproducción asistida (inseminación artificial heteróloga),

cuando la cónyuge mujer ha iniciado de manera unilateral el procedimiento de fecundación in vitro para poder ser madre, es decir, sin que su cónyuge preste su consentimiento. Ello resulta sumamente lesivo para el ordenamiento jurídico de nuestro país puesto que vulnera diversos derechos del padre y crea confusión a la hora de resolver este tipo de casuística, pero además pone de manifiesto los derechos de la cónyuge para ser madre y formar familia y también los derechos del hijo.

En ese tenor, su importancia radica en su finalidad, el aseguramiento de los fines del derecho, la consecución del bien común y la justicia, a través de la adecuada comprensión de sus paradigmas y de la correcta aplicación de sus instituciones.

La contribución de la presente investigación como justificación teórica va a servir para identificar los elementos de la teoría del derecho y de los derechos humanos que resulten eficientes para dilucidar las implicancias que conlleva la técnica de reproducción asistida (inseminación artificial heteróloga), ello en razón de dotar de tutela a los derechos subjetivos de las personas, en este caso, de aquellos que no han prestado consentimiento a su cónyuge para la realización de técnicas de reproducción asistida por inseminación heteróloga, y también los derechos de la madre y del hijo concebido.

Asimismo, como justificación práctica, se beneficiará a la normatividad civil, puesto que, será capaz de tutelar los derechos relacionados con la práctica que ya se encuentra ocurriendo respecto de las técnicas de reproducción asistida, como el derecho a decidir querer o no ser padre, entre otros.

Finalmente, como justificación metodológica la presente investigación servirá para generar instrumentos, procesamiento de resultados válidos y confiables útiles para otras investigaciones donde ahonden en temas relacionados con las técnicas de reproducción asistida sin consentimiento del padre.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. General

Determinar cuáles son las implicancias de la técnica de reproducción asistida (inseminación artificial heteróloga sin el consentimiento del padre) en el derecho familiar peruano.

1.4.2. Específicos

- a.** Identificar las consecuencias de la reproducción asistida heteróloga en la coherencia de los principios de promoción del matrimonio y protección de la familia.
- b.** Determinar los efectos de la técnica de reproducción heteróloga sobre los contenidos de los derechos de los cónyuges.
- c.** Determinar el efecto de la técnica de reproducción heteróloga sobre los contenidos de los derechos del hijo y el cónyuge.
- d.** Delimitar el contenido del derecho a la dignidad como consecuencia de la práctica de inseminación asistida heteróloga en los derechos de los cónyuges y del hijo.

1.5. DELIMITACIÓN

1.5.1. Espacial

La investigación es básica, con análisis dogmático, motivo por el cual no cuenta con delimitación espacial.

1.5.2. Temporal

La investigación es básica, con análisis dogmático, motivo por el cual no cuenta con delimitación temporal.

1.6. LIMITACIONES

No existen limitaciones para el desarrollo de la presente tesis.

1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS

1.7.1. De acuerdo al fin que persigue

La presente investigación es básica, debido a que no se pretende modificar variable alguna, es más, la investigación cuenta con las categorías definidas en el acápite anterior pero no con variables pues no es aplicada, se denomina así porque “se origina en un marco teórico y permanece en él. El objetivo es incrementar los conocimientos científicos, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico” (Muntané Relat, 2010, p. 221); así, se identifican los elementos que le son suficientes para determinar las implicancias que conlleva la inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del cónyuge varón; es por ello que, al no haber intervenido ninguna contrastación de aspectos prácticos en el desarrollo de la investigación puede ser catalogada como básica.

1.7.2. De acuerdo al diseño de la investigación

Se trata de una investigación descriptiva, ya que, identifica el problema y al resolverlo (hipótesis) identifica sus elementos constitutivos, los diferencia y le atribuye ciertas características jurídicas. Según Rojas Cairapoma (2015) “Exhibe el conocimiento de la realidad tal como se presenta en una situación de espacio y de tiempo dado. Aquí se observa y se registra, o se pregunta y se registra. Describe el fenómeno sin introducir modificaciones: tal cual” (p. 7), así, para efectos de entender sus implicancias en el derecho familiar peruano es necesario describir sus características, contenido, limitaciones, en concordancia con la norma, jurisprudencia y demás teorías que la rodean.

1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

La investigación cualitativa, “se nutre epistemológicamente de la hermenéutica, la fenomenología y el interaccionismo simbólico” (Monje Álvarez, 2011, p. 12), actuación que se ha llevado a cabo en la presente investigación, en la que la interpretación de las teorías y las normas inmersas en el tema ha sido uno de los principales puntos para la discusión, además, del estudio de las circunstancias que se podrían generar con el tratamiento factual de la inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del cónyuge.

1.8. HIPÓTESIS

Las implicancias de la técnica de reproducción asistida (inseminación artificial heteróloga sin el consentimiento del padre) en el derecho familiar peruano son:

- a.** La afectación del principio de promoción del matrimonio enfrentado al principio de protección de familia y el derecho de formar y vivir en familia.
- b.** La necesidad de proteger los derechos de la madre respecto al derecho de constituir familia y a la libertad reproductiva frente al libre desarrollo de la personalidad del padre al momento de decidir la filiación y la obligación alimentaria a fin de afectarlos materialmente.
- c.** La consideración del carácter dinámico del interés superior del niño, así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad del padre al momento de decidir la filiación y obligación alimentaria.
- d.** El quebrantamiento del derecho a la dignidad frente a los derechos involucrados de los cónyuges y del hijo como consecuencia de la práctica de reproducción asistida heteróloga.

1.9. MÉTODOS

1.9.1. Generales

A. Deductivo

La investigación ha hecho uso del método deductivo, este método resulta eficiente para la interpretación de los datos de la realidad a través de un procedimiento en el que “se organizan hechos conocidos y se extraen conclusiones mediante una serie de enunciados, conocidos como silogismos, que comprenden: la

premisa mayor, la premisa menor y la conclusión” (Dávila Newman, 2006), utilizado en la investigación, puesto que, los enunciados obtenidos en la teorías, *iusfilosofía*, normatividad y tratados identificados, servirán de guía para dilucidar las implicancias de la técnica de reproducción heteróloga en el derecho familiar peruano.

B. Analítico

El método analítico, también ha sido utilizado en la presente investigación, debido a que se trata de un “método científico aplicado al análisis de los discursos que pueden tener diversas formas de expresión, tales como las costumbres, el arte, los juegos lingüísticos y, de manera fundamental, la palabra hablada o escrita” (Lopera y otros, 2010, p. 89), como ha ocurrido en el presente trabajo en el que se han analizado los términos, las formulaciones, las posturas, relacionadas con el derecho, los derechos humanos y las técnicas de reproducción asistida, para así, a partir de una correlación, poder construir la nueva figura antes dicha.

1.9.2. Específicos

A. Dogmático

El método dogmático se ha utilizado en la totalidad del estudio, pues, el análisis se ha centrado en dogmas preexistentes, en sus elementos, tales como el positivismo, *iuspositivismo*, el relativismo jurídico, el derecho a la familia, el derecho a la dignidad, a la reproducción, honor, entre otros varios que le dan sustento a la causal de conducta deshonrosa como causal adecuada para el divorcio en una inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge. Esto se establece a través de un conjunto de observaciones (estudio de los textos normativos, teóricos, doctrinarios), su interpretación (que según esta primera metáfora sería una actividad cognitiva) y su posterior sistematización (Núñez Vaquero, 2014).

B. Exegético

Por su parte, el método exegético es de utilidad porque “se basa en un esquema teórico que raya con las explicaciones conceptuales formales hasta llegar a un dogmatismo dado, estima solo como derecho lo que está plasmado en la ley” (Sánchez Vásquez, s.f., p. 280); método que tiene importancia porque se analiza única y exclusivamente la voluntad del legislador para entender e interpretar el significado de los textos de manera rigurosa y objetiva; en lo referente la investigación sería normas sobre derecho de familia y aquellas normas

especiales que hablen acerca de la técnica de la reproducción asistida (inseminación heteróloga).

C. Teleológico

El método teleológico ha servido de gran apoyo para esta investigación pues “pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, o sea, la razón de ser de la norma o *ratio legis*, que va más allá del simple texto” (Ortega Marín, 2018, párr. 9), es así que en el presente trabajo se han analizado las normas pertinentes en cuanto al derecho a formar familia, los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a ser o no padre, e derecho – deber para reconocer al hijo, prestarle alimentos, etc.

D. Hermenéutico

Que ha sido utilizado para el estudio del marco normativo existente tanto a nivel internacional como a nivel nacional respecto a la causal de conducta deshonrosa y, con ello, de la inseminación heteróloga sin consentimiento del cónyuge; todo esto, en relación con la normatividad ya existente acerca del derecho a la familia, derecho a la reproducción, entre otros.

1.10. TÉCNICAS

1.10.1. Observación Documental

Pues, para el cumplimiento de los objetivos específicos se han identificado diversas fuentes teóricas y dogmáticas, mismas que han sido objeto de observación con la utilización de un procedimiento ordenado de selección y sistematización, para hacer posible la posterior utilización de los métodos antes mencionados para el análisis.

1.10.2. Análisis documental

En concordancia con la observación documental el análisis documental servirá porque a través de un conjunto de operaciones destinadas a representar el contenido y la forma de un documento va a facilitar su consulta o recuperación de las fuentes consultadas para lograr los objetivos de esta investigación.

1.11. INSTRUMENTOS

1.11.1. Hoja guía de observación documental

La hoja guía se ha utilizado para la aplicación de la técnica de observación documental antes dicha.

1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA

Debido a que se trata de una investigación básica, teórico – dogmática, no cuenta con unidad de análisis, universo ni muestra.

1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Esta investigación no encuentra antecedentes directos de estudios, tratados o investigaciones acerca del tema específico a desarrollar, afirmamos esto después de haber realizado la búsqueda en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria, en la que se han ingresado los componentes del problema a efectos de identificar si existen otras investigaciones que compartes dichos componentes, sin éxito.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. POSTURA IUSFILOSÓFICA ASUMIDA POR EL TESISISTA

Es preciso señalar que, cuando se trata de una investigación en derecho resulta indispensable señalar cuál es la posición *ius-filosófica* que asume el tesista para dar sustento a la investigación realizada debido a que, la noción que se tiene de derecho es siempre un debate teórico (Barberis, 2015) que involucra hechos, valores y normas, orientado a la producción de normas y ejecución de las mismas.

Así, cuando se habla de postura *ius-filosófica*, necesariamente debe existir posición del iusnaturalismo y el pos-positivismo. El primero, con el paradigma de conexión necesaria entre derecho y moral y el segundo, con el paradigma de separabilidad entre derecho y cualquier otra disciplina. Además, también se ha postulado el neo-constitucionalismo o pos-positivismo moderno con la tesis de la mera conexión (Barberis, 2015).

Dada esa introducción, el iusnaturalismo ha sido dividida en tres sub-corrientes. La primera, el iusnaturalismo clásico que siempre concebía a la ley natural como justa, es decir, la norma de justicia no era otra cosa que el derecho natural (Hervada, 1996), la cual, como ya es sabido, se componía de principios y valores que existían con preexistencia a la intervención del ser humano.

La idea central de esta sub-corriente estaba dada por el entendimiento de siempre “hacer el bien y evitar el mal” (Maritain, 1997, p. 106), tesis por la cual sufrió decaimiento porque precisamente esa concepción de hacer el bien y evitar el mal para alcanzar la justicia es ampliamente subjetivo y abstracto y puede ser tomado de diferentes maneras por las personas de acuerdo a sus propias vivencias.

Después de esto, aparece el iusnaturalismo teológico o medieval que estuvo marcado por la fuerte influencia de la iglesia católica, aduciendo que el derecho es la voluntad de Dios, pero a diferencia de la anterior postura, para los defensores de esta corriente, solo existía un Dios, el Dios de Abraham y de Jacob, por eso “históricamente la Epístola de San Pablo a los Romanos es considerada la carta magna del iusnaturalismo cristiano” (Ayala Martínez, 2003, p. 381).

Esta sub-corriente, tiene como máximo representante a Tomás de Aquino quien es citado en Gascón Abellán y García Figueroa (2002) para indicar al derecho como “la ordenación de la razón dirigida al bien común, promulgada por aquel que tiene el gobierno de la comunidad” (p. 35) que precisamente se refiere a Dios, donde los postulados de salvación y vida eterna son los principales fundamentos para afirmar que la ley natural es la ley de Dios.

El postulado del evangelio de Dios basado en su infinito amor suena demasiado poético y puede endulzar a los corazones basados en la fe, pero nuevamente cae en la incertidumbre de saber la existencia o no de la

salvación y vida eterna, porque precisamente la fe es abstracta y subjetiva, más aún cuando dentro de la iglesia católica se han cometido sendas violaciones a los derechos humanos de las personas.

Finalmente, aparece la sub-corriente del iusnaturalismo racional como producto de la ilustración, aduciendo que es derecho todo lo que este apegado con la razón, es decir, “el derecho natural racionalmente estudiado, esto es deducido de la misma naturaleza humana por medio de la razón, ya sea, en la evidencia inmediata, ya en la virtud del raciocinio, constituye la ciencia de filosofía de derecho” (Haniseb, 1995, p. 15).

En ese sentido, reconoce que el ser humano tiene total capacidad para captar sus derechos directamente, debido a que son preexistentes a su propio nacimiento, empero esa capacidad también resulta controversial porque al depender de la propia persona, puede que le otorgue indistintos significados al igual que las demás personas, es decir, el contenido que se tenga del mismo va a depender “del arbitrio de quien realice, en este caso, el reconocimiento del valor básico, quien se encuentre legitimado o cuente con la competencia correspondiente” (Colunche Núñez, 2021, p. 18).

Así, la postura iusnaturalista sirve en esta investigación para entender que los derechos fundamentales son derechos que se derivan de la naturaleza misma de los seres humanos, son preexistentes a él y se encuentran reconocidos como tal en las constituciones de cada Estado interno de declarativa. No obstante, para los efectos de la presente investigación la postura *ius-naturalista* no constituyen la postura *ius-filosófica* de la presente

investigación, pero se ha creído conveniente estudiar sus componentes a efectos de verificar el derecho en materia de técnicas de reproducción asistida.

De esta forma y con la mano de la Ilustración se desprende la teoría del *ius-positivismo*, entendiendo que el derecho debe existir para coadyuvar a la convivencia pacífica y ordenada y en ese sentido debe ser codificado, normado o reglado, es decir, todos esos valores preexistentes deben existir en un cuerpo normativo para tener vigencia, validez y eficacia, independientemente de si las normas son o no justas.

El estado de derecho o poder político emerge limitado en cuanto a su posesión de autoridad, poder y dominio para establecer normas que regulan una sociedad, limitante impuesta por estos derechos naturales preexistentes, es decir, (...) el primero constituye una condición de posibilidad del segundo. (Salcedo Rosales, 2017, p. 28).

El positivismo aparece en un primer momento como una contraposición a todo lo dicho por iusnaturalismo, es decir, niega rotundamente la conexión entre derecho y moral, arguyendo que derecho es todo aquello que está codificado, lo demás, llámese moral, religión, política, etc., pero no derecho, postura asumida como positivismo excluyente (Welzel, 1974) que tampoco es de utilidad en esta investigación.

Luego, aparece el positivismo incluyente el cual postula que el derecho y la moral se determinan únicamente por cuestiones sociales, a lo cual llama "tesis social", es decir, el derecho toma de la sociedad las conductas practicadas y les otorga valor, estableciendo deberes y obligaciones para

una sociedad en general (Hart, 1961), Así, el derecho y la moral son autónomos e independientes, pero, encuentran un punto de contingencia que los hace uno consecuencia del otro, tal cual la relación de padre a hijo, ese punto es su origen, porque como ya se indicó el iusnaturalismo da a luz al positivismo, pero más adelante se separan y una es independiente de la otra.

En ese sentido, el positivismo incluyente dentro de un sistema jurídico concreto, afirma que la atribución de validez jurídica a las normas, así como su contenido, y su influencia en la decisión judicial, pueden depender de factores externos, como la moral, proveniente de cuestiones sociales convencionalmente aceptadas e históricamente aceptadas. Por eso, se ha dicho que los principios y valores morales se encuentran como fundamento para que un sistema jurídico dote de existencia y contenido a sus normas jurídicas.

En este extremo es que conviene entrelazar el contenido de la investigación planteada, en tanto que, si bien es cierto, actualmente el sistema constitucional implica el respeto de principios y derechos fundamentales como es el caso del uso de técnicas de reproducción asistida para poder ser madre y ejercer demás derechos contingentes, también es cierto que, a efectos de seguir dotando de seguridad jurídica es necesario que se establezca una regulación del procedimiento que se debe llevar a cabo para materializar el derecho a ser madre, sin afectar los derechos del otro cónyuge y demás miembros de la familia.

Es decir, con la postura del positivismo incluyente se busca recoger la realidad para poder cambiarla, creando normas que protejan los derechos de todos los involucrados, como en este caso de ambos cónyuges, que responde a criterios de seguridad jurídica, de lo contrario cualquier persona puede atribuirse ciertos derechos que quizá no los tiene pero que tampoco habría como deslegitimarlo de ello.

Finalmente, la última corriente doctrinaria es la del pos-positivismo, la cual no ha sido catalogada como teoría propiamente dicha y por eso no se va a tomar posición de ella. Empero, se puede argüir que su objeto de estudio es el Estado Constitucional de Derecho que goza de reconocimiento internacional a través de los distintos tratados internacionales que se tiene, además de postular la creación de norma por los jueces ante vacíos, la interpretación de las normas de acuerdo a los diferentes métodos (Tarello (1974), determinadas características de la Constitución como: Constitución rígida, fuerza vinculante, interpretación de acuerdo a la Constitución y otros Guastini (2018).

2.2. EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO

Primero se debe dejar claro que significa o que implica un paradigma, el cual ha sido definido como “el conjunto de reglas que intentan resolver los problemas que se presentan en sus límites reproduciendo un tipo de Sociedad, de Derecho y de Estado” (González, s.f., p. 1). Por su parte Kuhn (2004) menciona que los paradigmas constituyen un conjunto de creencias, valores, técnicas, entre otros, que son compartidos por los miembros de

una sociedad, permitiendo la resolución de problemas que puedan enfrentar.

En ese entender, los paradigmas tienen hasta tres momentos: el primero, implica tener en cuenta aquellas cuestiones practicadas y presentadas en una realidad social; el segundo, una vez identificadas positivizarlas con el afán de lograr una convivencia más pacífica y humana y; el tercero, dado los dos primeros hacer y ver de ello un modelo a seguir, para lo cual, debe haber siempre apego a los derechos humanos y fundamentales de la persona.

En Latinoamérica, de acuerdo con Cea (2005), se han forjado dos grandes paradigmas, el paradigma del Estado Legislador y el paradigma del Estado Constitucional de Derecho.

2.2.1. Estado Legislador

El paradigma del Estado Legislador surge a partir de la teoría del pacto político-social desarrollada por Tomas Hobbes.

Uno de sus rasgos esenciales es que el Estado nació como “depositario único de la dominación humana en general y no sólo política” (Cea, 2005, p.45). Es decir, el imperio del derecho estaba basado primordialmente en la ley, la cual, se suponía garantizaba la libertad y la igualdad de ciudadanos.

Para ese entonces, las constituciones que surgieron bajo el paradigma del estado legislador solo eran concebidas como cartas

políticas o meros instrumentos de gobierno, porque ante cualquier controversia la dilucidación se hacía recurriendo a la ley mas no a la Constitución.

En ese sentido, si se pensaba de ese modo, ya no era necesario tener jueces porque si solo era aplicar la norma cualquier persona pudo haber hecho tal tarea, es decir, los jueces eran la boca de la ley, se convirtieron en seres inanimados que solo aplicaban la ley; así también, el control gubernamental se radicaba en las asambleas parlamentarias y el legislador establecía la casación solo para que los tribunales supremos tutelara la interpretación y aplicación establecida por ley (tasada) de los mandatos legales. (Morales Godo, 2010).

Los propios postulados de ese paradigma, posteriormente se convirtieron en problemas porque evidenciaba la carencia de garantías para los ciudadanos, llevando al vaciamiento de la democracia representativa y de la ley, cuyas consecuencias principales, fueron las dictaduras y totalitarismos regidos por la legalidad formal derivada de una concepción positivista del Estado y la interpretación de la ley solo de modo exegético.

Es evidente que, para ese entonces la función administrativa estaba concentrada en el legislador, porque al ser quien les otorga contenido a las diversas figuras podía hacerlo indistintamente e incluso arbitrariamente, todo resumido a que el derecho es la ley y los hombres están sometidos a ella.

2.2.2. Estado Constitucional de Derecho

A fines del siglo XVII y comienzos del siglo XVIII se dio la Revolución Francesa como una contraposición a la monarquía que trajo abajo el imperio de la ley y con ello el poder en una sola mano. Este es el dato histórico que marca un antes y después en el reconocimiento de derechos de las personas, porque fue precisamente gracias a la Revolución Francesa que se instauraron principios como el de igualdad y libertad para todos los ciudadanos, ello como parte del paradigma de Estado Constitucional de Derecho.

Además, instauro la división de poderes – actualmente llamado división de funciones - y el respeto por la Constitución como máxima norma, es decir, la Constitución dejó de ser un instrumento referencial para pasar a ser una carta vinculante a la cual todo poder público o privado está sometida en cualquier circunstancia

Sin embargo, el paradigma del Estado Constitucional de Derecho no elimina rotundamente el paradigma del Estado Legislador, por el contrario, lo complementa, se fusiona y nace el Estado Constitucional de Derecho ello, porque “humaniza la letra, hasta entonces inerte, del ordenamiento jurídico, llenándola de valores y principios de los cuales no puede prescindir el intérprete que obra de buena fe” (Cea, 2005, p. 47).

Este paradigma tiene como características: la revalorización de la persona humana, de su dignidad y derechos inalienables. Así, se reconoce a las personas como sujetos titulares de derechos y como esencia del ejercicio del poder político de los gobernantes, cuyas facultades son otorgadas por el pueblo; en resumidas palabras, implica la instauración de un Estado Constitucional de Derecho, el cual, trajo consigo la separación de funciones, en función ejecutiva, legislativa y judicial, cuyo objetivo es dar un mejor ejercicio de las funciones públicas encomendadas (Loewenstein, 1975).

De la característica principal referente a la revalorización de la persona humana, de acuerdo con Ruiz Molleda (2009) se desprenden las siguientes características:

- i. Carácter vinculante de la Constitución Política, en la medida que organiza y limita el poder público, sujetando la acción del gobierno siempre a los postulados constitucionales.
- ii. Supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes, porque la Constitución no solo es una norma jurídica, sino que es la norma más importante de todo el ordenamiento jurídico cuyos efectos se extienden para cualquier persona u órgano.
- iii. Eficacia y aplicación inmediata de la Constitución, porque no es necesario la intermediación previa o ulterior de la ley para

que las disposiciones constitucionales se apliquen en los diferentes casos concretos.

- iv. Garantía jurisdiccional de la Constitución, cuya finalidad radica en el cumplimiento y eficacia para hacer cumplir los postulados de la misma, es decir, en los mecanismos de defensa de la carta fundamental.
- v. Denso contenido normativo, porque la Constitución se compone de principios, derechos o directrices aplicables a los casos siempre que resulten relevantes.
- vi. Rigidez constitucional, el cual constituye una herramienta para defender la vigencia de la Constitución, en el tiempo y espacio.

Entonces, la constitucionalización del ordenamiento jurídico ha sido un proceso de transformación del mismo a un ordenamiento jurídico impregnado de normas constitucionales, las cuales funcionan como eje central en él y priman sobre las demás normas y/o instituciones jurídicas.

En ese sentido, el Estado Constitucional de Derecho es equivalente a una nueva formulación tanto de las bases como de los objetivos del derecho original, tal como lo menciona Cea (2005), “el nuevo paradigma implica una nueva legitimidad sustantiva y procesal” (p. 49). Es decir, tiene como elemento esencial la independencia del derecho del Estado, la ley y

soberanía, con el objetivo de hacer prevalecer la justicia, aun cuando dicho concepto resulte ser muy abstracto y subjetivo.

2.3. DERECHO DE FAMILIA

2.3.1. Definición

Una definición tradicional señala que la familia “ha sido el lugar primordial donde se comparten y gestionan los riesgos sociales de sus miembros” (Carbonell, González Martín y Carbonell Sánchez, 2016, p. 4) cuyos miembros solo estaban conformados por los papas y los hijos, luego se adoptó un concepto más amplio pero restringido porque tiene en cuenta solo lazos consanguíneos “la familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere” (De Pina Vara, 2005, p. 287) evidenciando el dato biológico por sobre cualquier otro dato.

Estas definiciones han ido perdiendo fuerza vinculante porque sus postulados ya no se ajustan a la nueva realidad, por eso se considera que es “el elemento activo, nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto” (Engels, 2017, p. 7).

Así, la familia como figura jurídica no puede encapsularse a una definición estática, sino que debe responder a las nuevas dinámicas, que cada vez le confieren nuevos contornos y esguinces, respaldar lo contrario es aceptar un concepto ideal e ir

contra su propia naturaleza, la misma que es cambiante o dinámica.

Por tales motivos, se ha ido desligando la idea de familia unida únicamente al matrimonio, pues esa idea suponía que otorgaba mayor estabilidad social para la pareja y en ese sentido solo reconocía a la familia matrimonial, es decir, familia era igual a matrimonio, esta última le otorgaba cuota de legitimidad para ser considerada como tal (Oliva Gómez y Villa Guardiola, 2014).

Hoy en día, existen muchos tipos de familias que representan diversas formas de crecer, convivir y relacionarse, en donde se verifica lazos de solidaridad, afecto y ayuda mutua entre sus miembros y que obviamente va más allá de cualquier dato biológico que pueda existir.

Esto último, confluye con un concepto amplio de familia y por eso se justifica que incluso la familia extramatrimonial sea considerada como tal porque precisamente los lazos de afecto se forman por la convivencia y por el paso del tiempo, que muchas veces pueden tener importancia que un lazo consanguíneo.

La familia, entonces queda definida como “el conjunto de individuos que comparten una vida bajo la misma escala de valores en la cual el afecto es su principal razón de integración” (Varsi Rospigliosi, 2012, p. 12). Esto no significa que no exista o que se desplace a la

familia biológica, por el contrario, estas concepciones fortalecen y nutren al concepto biológico, lo complementa y se forma una definición de familia más amplia que recoja la realidad social y también le otorgue seguridad jurídica a través del derecho de acuerdo al espacio y tiempo.

2.3.2. Tipos de familia

En primer lugar, está la familia nuclear o mayormente conocida como familia tradicional debido a que la conformación de sus integrantes está dada solo por “la madre, el padre y los hijos en común” (Guzmán Marín, 2017, p. 5). Este tipo de familia constituía un modelo a seguir, por eso la idea de matrimonio estaba tan ligada con la de familia pues se concebía que una pareja se casa para hacer vida en común y procrear hijos y de ahí que siempre haya gozado de mayor reconocimiento jurídico e incluso social, más aún, por la fuerte influencia de la iglesia católica que el Perú siempre ha tenido.

Así, el modelo de familia tradicional era bien visto, se constituía como un ejemplo a seguir para las parejas jóvenes o que quisieran formar una familia, aún hoy en día cuando se dice “familia” todavía se asocia únicamente a mamá, papá e hijos.

Sin embargo, ello no siempre es tan idealista porque en el transcurrir del tiempo pueden pasar muchas situaciones que hacen del concepto familia uno dinámico. Por ejemplo, la familia

extramatrimonial siempre ha existido y así también otras formas de familia que al ser su aparición tan notoria necesita que el derecho las reconozca como tal y les dé seguridad jurídica.

Otra clasificación responde a la familia extensa o consanguínea, la cual, está conformada por padres e hijos, pero, además “por personas que poseen vínculos consanguíneos con sólo uno de los miembros de la pareja que ha originado esa nueva familia” (Guzmán Marín, 2017, p. 5).

Entonces este tipo de familia, se caracteriza por la convivencia de varios miembros de la familia, por ejemplo, los abuelos, los tíos, sobrinos y en ese entender puede ser también que la crianza o cuidado de los hijos este a cargo de cualquiera de los miembros. Tipo de familia que también siempre ha existido solo que no tenía mucho nombre porque la familia tradicional era la que prevalecía ante cualquier contexto, y porque la idea de familia estaba asociada primordialmente para esta última.

También se encuentra, la familia monoparental la cual está formada por un solo padre o madre e hijo(s), familia que obviamente también siempre ha existido y se caracteriza porque ya sea el padre o la madre son los únicos que se encargan de la crianza de sus hijos.

Este tipo de familia, denotaba una posición muy fuerte con el papel de la mujer en la sociedad por el cual la mujer estaba destinada a los cuidados de la casa y la crianza de los hijos y por eso casi siempre en un divorcio era la mujer quien debía quedarse con ello, empero, puede existir otras causas por las cuales se considera una familia monoparental, por ejemplo, la muerte de uno de los conyugues, pero en primacía se asociaba a la familia monoparental como a la madre divorciada que debiera hacerse cargo de los hijos.

Hoy en día, tal idea ha ido desvaneciéndose porque cada vez son más los casos en los que los hombres se hacen cargo de sus hijos. Además, gracias a las técnicas de reproducción asistida existen madres que han decidido formar familia en solitario.

De estas consideraciones, la familia monoparental ha dejado claro que las definiciones que se tenían de ella anteriormente eran dadas mayormente a los roles de la mujer y el hombre que la sociedad ha impuesto, por eso incluso en el ámbito legal es complicado todavía que un hombre pueda obtener la tenencia si quiera compartida para sus hijos; sin embargo, con el avance de la tecnología y los nuevos conceptos de familia, tal idea poco a poco va perdiendo sustento.

Por otro lado, también existe las familias singularizadas o sin hijos dejando ver que efectivamente la idea de matrimonio para con familia está desfasada porque el matrimonio pierde una de sus finalidades que es la de procrear hijos, es decir, estas personas

deciden casarse y no tener hijos, más aún cuando pueden hacerlo sin casarse, las causas para ello pueden ser variadas, por ejemplo, pueden ser económicas, físicas e incluso psicológicas o emocionales.

Con tales clasificaciones se da cuenta que efectivamente la familia puede ser muy variada y ello no significa que una sea superior a la otra, simplemente una es diferente de la otra y todas necesitan atención del Estado, el derecho y la sociedad.

2.3.3. Contenido de ejercer el derecho a formar familia

El derecho a formar una familia implica aquel derecho de toda persona para principalmente hacer vida en común, lo que viene a indicar el compartimiento de cosas materiales y espirituales, concepto que responde también a la finalidad del matrimonio, por eso se dice que el matrimonio siempre va a desencadenar una familia, pero una familia no siempre va a desencadenar un matrimonio.

Así, con el concepto amplio de familia, el derecho a formar una familia puede darse independientemente de la idea de matrimonio “El derecho a fundar una familia no requiere la existencia de un matrimonio previo; o sea, puede estar o no fundada en un matrimonio” (Badilla, 2008, p. 111).

Entonces, el derecho a formar familia implica el derecho de las personas y las parejas a vivir y compartir sus vidas en un ambiente

de cooperación, amor y ayuda mutua, y dentro de sus estándares de vida tiene total derecho de elegir, por ejemplo, el número y espaciamiento de los hijos, así como el derecho a contar con información sobre planificación familiar.

En ese entender, implica plena responsabilidad y compromiso de ambos padres para hacerse cargo de la crianza de sus hijos en caso decidan tenerlos, de lo contrario el acto de amor y comprensión puede verse fragmentado e incluso romperse para siempre.

Así, de lo ya dicho, este derecho implica decidir con quien compartir su vida, en que espacio, en que tiempo, la forma, entre otros aspectos y en ese sentido no deben existir limitaciones por ningún motivo, pues, como ya se dijo pueden existir muchas formas de familia y es plenamente válido.

Por eso, cuando se hace uso de las técnicas de reproducción asistida con razón de ejercer su derecho a formar familia no constituye un acto ilícito o inmoral pues constituye una manera para acceder a formar familia, lo cual no está penado y más aún debe coadyuvarse a ejercer ello, porque crecer en familia o tener una familia es para las personas un soporte social en tanto que implica un refugio de amor ante cualquier agresión del mundo.

2.3.4. ¿Qué es el matrimonio?

El principal referente para la existencia del matrimonio es la atracción de sexos, pues por la atracción física de las personas, se instituye en un acto formal ya sea legal o religiosa, de la unión de dos personas del sexo opuesto (Vargas, 1988).

En la antigua roma, por ejemplo, el matrimonio se realizaba por la compra de mujeres y luego, por la concertación entre familias para mantener el linaje y para que el patrimonio económico no se viera diluido ni compartido. En la época medieval, fue la iglesia quien tomo la regulación del matrimonio, le otorgo carácter sacramental e indisoluble y tuvo al consentimiento como requisito para poder formalizarse (Pérez Cantó, 2006).

Con la Revolución Francesa se instauro el matrimonio religioso y civil ambos válidos para quienes así lo quisieran, el Perú con el Código Civil de 1852 adopto la forma religiosa, sin embargo, el Código Civil actual adopta la forma netamente civil para desplegar efectos jurídicos.

Así, independientemente de las distintas disciplinas que tratan de dar un concepto sobre el matrimonio, para el derecho viene a ser “un acto jurídico familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos” (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 34).

Precisamente la idea de familia proviene de la consideración de matrimonio como ya se señaló anteriormente, pues esta última trata de una cuestión solemne que involucra a dos personas de opuesto sexo asumiendo compromiso para una convivencia estable y de apoyo mutuo.

Al igual que la familia, existen muchas definiciones de matrimonio pues como dice Pontes de Miranda citado en Mamani Escobar (2012) “Los vientos y atardecer van dándole forma y reforma a esta vieja institución del matrimonio” (p. 52). Hoy en día, ya no es tanto una herramienta para formar familia sino un mecanismo que asegurada ciertas situaciones fácticas y formaliza la situación sentimental de dos personas por libre voluntad.

2.3.5. Contenido del principio de protección del matrimonio en relación a las otras formas de constituir familia

Uno de los principios del derecho de familia es el de promoción del matrimonio, pues esta figura aun con todos los cambios que ha sufrido aún sigue vigente en muchas legislaciones y el Perú no está exenta a ella.

Si bien, la Constitución reconoce otras formas de formar familia a través de su artículo 4 cuando reconoce como tal a las uniones de hecho, no deja de darle primacía al matrimonio, es decir, considera

al matrimonio en primer orden para constituir familia porque le supone mayor estabilidad para los hijos y para la pareja.

Esto no significa que desplace a las otras formas de familia, simplemente las considera secundarias o derivas, ello es así porque el Perú aún recibe influencia de la iglesia católica que considera al matrimonio como un sacramento eterno e indisoluble y la separación casi como un pecado (Abundis Rosales y Ortega Solís, 2010), por esa misma idea, el matrimonio entre personas del mismo sexo aún no ha sido aprobado.

De ahí que, les otorgue mayores derechos a las personas casadas que a los convivientes cuando señala, por ejemplo, que la mujer casada puede pedir alimentos mientras dura el proceso de su divorcio, tiene acceso a los derechos sucesorios sin necesidad de declaración judicial, entre otros aspectos.

Entonces, el contenido de principio de promoción del matrimonio llega solo a la consideración de fuente primordial para el acceso a la familia, pero no es la única, otorga a las autoridades competentes, como el juez de familia, notario e incluso alcalde a promoverla y a que su permanencia no se vea extinguida. Así, cuando una pareja quiere divorciarse, están en el deber de crear mecanismos para que traten de mantener el vínculo, siempre que ambos no estén de acuerdo para el divorcio, podrían, por ejemplo,

crear citas románticas, que hagan a la pareja ver que pueden solucionar los problemas, si así lo quisieran.

2.3.6. Deberes del matrimonio

Los deberes del matrimonio se han establecido a partir de su finalidad, por eso, se dice que el deber de fidelidad, cohabitación y ayuda mutua son las conductas que se persiguen con la figura del matrimonio. El deber de fidelidad responde a la concepción monogamia de las relaciones de pareja, es decir, que el hombre solo tenga una esposa y viceversa, de lo contrario se configura el adulterio porque se fragmenta la relación conyugal y llega incluso al divorcio.

El deber de fidelidad implica básicamente que ambos cónyuges no mantengan relaciones amorosas y sexuales con otras personas, como base en la honestidad y amor que se supone deben tenerse ambos cónyuges.

Por su parte, el deber de cohabitación implica que los esposos compartan un mismo lugar físico para la convivencia que debe coincidir en tiempo, es decir, no es aceptable que una pareja decida unirse para formar familia y esta lo haga por separado y cada uno en momentos diferentes, ello atentaría contra la naturaleza jurídica del matrimonio y la familia.

Esto no quiere decir que, la pareja deba siempre estar junto a la otra físicamente, pues ello sería imposible porque las personas también necesitan desarrollarse por sí mismas y en ocasiones tienen que separarse por motivos de trabajo, de salud, etc.

Finalmente, el deber de ayuda mutua implica que ante cualquier agresión que sufra uno de los cónyuges o ambos, el uno y el otro ande apoyarse completamente para poder restablecer el normal funcionamiento de la pareja, por ejemplo, ante la difícil situación de enfermedad del uno, el otro debe prestar su total ayuda para la recuperación de su cónyuge.

2.4. DERECHOS INVOLUCRADOS CON LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (INSEMINACIÓN HETERÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL PADRE) EN RELACIÓN A LOS INTERESES DEL PADRE

2.4.1. Libre desarrollo de la personalidad del padre

El libre desarrollo del padre es un concepto cuyo significado, al igual que otros derechos y figuras del derecho, puede ser difícil de conceptualizar al menos jurídicamente porque de su propio nombre se da cuenta que para tal caso confluyen aspectos extrajurídicos que pueden ser psicológicos e incluso éticos, por eso, “el desarrollo de la personalidad y la autorrealización está en función de los tres sistemas: el biológico, el psicológico y el sociocultural; de modo que ninguno de los sistemas independientemente resulta suficiente” (García García, 1999, p. 17).

Entonces, una primera aproximación puede estar dada como “el atributo jurídico general de ser persona humana, atributo en el cual se incluyen todos los derechos y características indispensables al status jurídico de persona” (Villalobos Badilla, 2012, p. 65), entre estos puede considerarse, por ejemplo, a un nombre, nacionalidad, etc.

Esta aproximación parece ser sutil, pero deja ver que el derecho al libre desarrollo de la personalidad se funda principalmente en dos pilares fundamentales, el primero, referido a la calidad de persona de cualquier sujeto y el segundo en canto a su dignidad precisamente como persona con sujetos de derechos.

Pero ello, no queda ahí pues la concepción de estatus de persona fundada en su propia dignidad responde también a la confluencia del entendimiento de derechos fundamentales como núcleo básico, ineludible e irrenunciable de ese status al que se hace referencia, y en ese sentido, implica el goce efectivo de todo el sistema de derechos y libertades fundamentales.

el objeto del derecho al libre desarrollo de la personalidad es tutelar, una esfera vital del individuo; es decir, la construcción de su proyecto de vida, pero al mismo tiempo una norma abierta que ampara diversas posibilidades de comportamientos o conductas que pueden ser dispares (Rojas Castillo y Acevedo-Suárez, 2015, p. 69).

Y con esta última cita, se da cuenta de un tercer elemento para la construcción de su definición, porque indica que aparte de proteger

los derechos y cualidades del ser humano como manifestación de sus derechos inherentes también busca tutelar el desarrollo particular de cada individuo como una parte muy intrínseca y personalísima de la persona que hacen de él único e inigualable.

En ese sentido, la definición del derecho a la personalidad quedaría de la siguiente manera:

El atributo jurídico general de ser persona humana, incluye y requiere de todos los derechos y características indispensables al status jurídico de persona, así como el goce efectivo de todo el sistema de derechos y libertades fundamentales. Protege el desarrollo particular individual del propio ser en su realización personal, las características únicas de cada ser humano, su particularización, diferenciación y heterogeneidad, en especial la autodeterminación personal, acorde con cada proyecto de vida individual y a la noción particular de cada quien, en su finalidad de buscar su única y particular felicidad. (Villalobos Badilla, 2012, p. 69)

En este punto converge, también el respeto por la propia autodeterminación de la persona para decidir que quiere y que no quiere hacer en su vida, es decir, implica el respeto de sus propias decisiones, lo cual como dice la propia cita se contempla a partir del proyecto de vida que cada persona tenga.

De todo lo antes dicho, cuando existe una inseminación artificial heteróloga para lo cual el padre no ha prestado su consentimiento este derecho de libre desarrollo de la personalidad se ve vulnerado por el actuar de su cónyuge, porque le estaría imponiendo una responsabilidad para la cual no presto su asentimiento.

Podría argumentarse que al igual que el padre la madre también tiene este derecho a la libertad de su personalidad y por eso se encuentra justificado su actuar, en tanto, que se protege su proyecto de vida para ser madre, para formar una familia y otros, sin embargo, la libertad de decisión sobre qué hacer con nuestra vida tiene un límite y es el respeto de los derechos de las otras personas, es decir, no se puede hacer uso de los derechos para afectar a otros.

En el caso en específico, el padre se vería afectado en sus derechos sexuales y reproductivos, a decidir ser o no padre e incluso afectaría directamente a la relación conyugal evidenciando el quiebre de toda la definición del derecho al libre desarrollo que ostentan las personas, porque el cónyuge no estaría gozando de sus derechos y libertades que se supone el estado le garantiza, tampoco se estaría respetando su esfera individual para manejarse conforme a sus ideales y mucho menos se estaría tomando en cuenta su dignidad asentada en su calidad de persona humana, más aún cuando no existe todavía regulación detallada e idónea para actuar en estos casos.

2.4.2. Filiación

En el seno de las relaciones de la familia, como son los padres a los hijos, de entre hermanos, etc., nace una figura muy importante: la filiación, entendida para el derecho tradicional como “la relación

o vínculo que se establece entre una persona y sus progenitores” (Diez de Ulzurrun Espinoza, 2006, p. 2), evidentemente las bases que consolidan este concepto son puramente consanguíneas, nada más que el vínculo de la sangre para considerar a los hijos como procreación natural de los padres.

Hoy en día, se maneja también el concepto de paternidad socio afectiva, el cual es formada a través del tiempo y las vivencias que las personas tienen en un determinado espacio y tiempo coincidente con otras personas.

En relación a este tema de la filiación, el Código Civil trae a colación algunas presunciones, por ejemplo, se indica que, se reputa como padre del hijo que hubiere nacido dentro del matrimonio, salvo que la madre declare expresamente que no es de su marido (art. 361-362), es decir, basta que una pareja este casado para asumir a los hijos nacidos dentro de tal periodo como hijos del marido, sin necesidad de reconocimiento legal.

Entonces, en el caso concreto de inseminación heteróloga sin consentimiento del padre, al estar las personas casadas automáticamente el niño nacido se computa hijo del cónyuge varón, sin necesidad de declararlo expresamente como su hijo, hasta que la madre no declare lo contrario o el padre no inicie el proceso respectivo para desligarse filialmente del menor.

Ello, no es tan simple como parece pues al tener como presunción que el cónyuge es el padre, automáticamente el niño recibe todos los derechos que le corresponde, por ejemplo, a llevar sus apellidos como manifestación de su derecho a la identidad, los derechos sucesorios, entre otros.

No se va a discutir la preponderancia de los derechos del niño porque finalmente se entiende que es un ser vulnerable y aún no está en la capacidad de poder defenderse, además ello resultaría lesivo porque tendría que tomar partida de algo que no ha propiciado su actuar, empero, con una regulación expresa idónea y suficiente sobre las técnicas de reproducción asistida pueden existir otras alternativas para que ninguna de las partes vea afectado su derecho, es decir, para que la madre ejerza su derecho a serlo y formar un familia; del niño a tener identidad y demás cosas propias para su edad, pero también del padre en tanto que no desea ejercer paternidad de un niño que no es su hijo.

Es decir, la filiación en tanto que significa el vínculo jurídico o biológico e incluso afectivo de una persona a otra no puede darse arbitrariamente bajo el seno de una presunción que además depende del matrimonio, sino que debe hacerse sobre bases objetivas e independientes porque los derechos que involucra son intangibles para la persona y más si existen niños.

Por eso, no se puede obligar a nadie a ser padre, de hecho tampoco nadie sabe cómo serlo, se aprende en el camino, pero eso contiene también una carga emocional para los progenitores porque independientemente de que los niños son muy valiosos para la sociedad es difícil hacerse cargo de un niño más aun en las condiciones de una inseminación heteróloga sin consentimiento del padre porque puede ser tomado como un engaño, un acto deshonesto y arbitrario sin tener en cuenta la opinión del otro progenitor.

2.4.3. Prestación de alimentos

Orto de los derechos que tiene cabida con una inseminación heteróloga sin consentimiento del padre es el de alimentos, pues el Código Civil señala que los padres tienen la obligación de prestar alimentos a sus hijos hasta que cumplan la mayoría de edad salvo excepciones.

Se podría pensar que tal obligación es para el padre y como en una inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del padre el cónyuge no estuvo de acuerdo entonces no es el padre por tanto no le alcanza tal efecto, sin embargo, debido a la presunción de paternidad anteriormente señala el cónyuge tendría que prestar alimentos al hijo nacido dentro de su matrimonio.

Obligación que por demás no termina con el divorcio, porque la relación de padres a hijos es diferente a la de cónyuges por lo que

sería una obligación a largo plazo, acto que también devendría en arbitrario porque todo parte de la filiación como presunción de paternidad.

Alimentos cuyo concepto no se agota en la consideración de fuente alimenticia propiamente, sino que recoge también los conceptos de educación, vestido, salud y demás, para lo sobrevivencia del niño, por lo que, significaría un desgaste económico que el padre no previo pero que está obligado a satisfacer.

Estas cuestiones anteriormente señaladas responden a una deficiencia normativa en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida, pues su ausencia hace que se haga uso de ellas sin más, vulnerando derechos fundamentales e involucrando necesariamente a personas que no deseaban tal situación, por ejemplo, los niños que finalmente se encuentran en el centro de estos dilemas y necesitan protección especial porque ya ser sujetos de derechos.

2.5. EL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN RELACIÓN A LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (INSEMINACIÓN HETERÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL PADRE)

Los derechos del niño han pasado por dos doctrinas para entender los derechos del niño. La doctrina de la protección integral, en un primer momento manejo la categoría de “menor” para referirse a los niños, niñas y adolescentes y en ese sentido su principal característica estaba basada

en la condición económica de los mismos, por eso, el Estado pretendía proteger a aquellos niños, niñas y adolescentes con escasos recursos porque consideraba su situación como irregular.

Esta consideración de niños, niñas y adolescentes en situación irregular legitimo la existencia de legislación, instituciones, juzgados y demás para la tutela de los “menores” en situación irregular, lo cual, significó un avance en el tratamiento de los niños, niñas y adolescentes (Acosta Bentancor, 2016), pues aún con la concepción que se manejaba en ese entonces, el hecho de crear instituciones, juzgados y demás para el tratamiento especial de los “menores” significo un gran avance en cuanto al reconocimiento de sus derechos porque se diferenció las características de los niños, niñas y adolescentes con la de un adulto y consecuentemente se separó su tratamiento jurídico.

Por ejemplo, en el derecho penal, los niños, niñas y adolescentes ya no eran juzgados junto con los adultos, sino que se consideró su edad para ello y fueron separados de los ambientes carcelarios para adultos. Sin embargo, todas estas concepciones todavía seguían entendiendo al niño como un objeto de derecho que por su edad es incapaz de ejercer sus propios derechos.

Por su parte la doctrina de la protección integral, cambia el paradigma de objeto de derecho e instaura la denominación de sujeto de derecho y le otorga total capacidad para el ejercicio de sus derechos, tiene como principal componente la consideración de que los niños son lo mejor que

tiene la sociedad y por eso todas las personas estamos vinculadas al respeto de sus derechos fundamentales y a que sean tratados como verdaderos sujetos de derecho.

Esta concepción sobre su tratamiento como sujetos de derechos se instauro gracias a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989, cuyo documento es el primer tratado vinculante para el cumplimiento de los diversos derechos civiles, políticos, sociales económicos y culturales de la infancia y adolescencia, pues confirió a los niños, niñas y adolescentes el papel principal en la construcción de su propio destino, es decir, otorga capacidad de ejercicio para la defensa y respeto de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se instauro el principio del interés superior del niño.

Así, el principio del interés superior del niño viene a ser un principio inspirador que encierra otros derechos los cuales poseen carácter preexistente a la intervención del ser humano pero que necesitan ser positivados para gozar de legitimidad al momento de accionarlo, es decir, no basta con saber que existen tales derechos sino también dónde existen cuya búsqueda se encuentra en los códigos de las diversas legislaciones pues, su propósito es proteger a los niños debido a su especial vulnerabilidad a causa de la imposibilidad que tienen para conducirse por sí solos.

Toda norma que afecte real o potencialmente a un menor ha de interpretarse a la luz de su interés superior, lo que nos conduce a que el órgano encargado de la aplicación de una norma ha de considerar, de entre todas las interpretaciones posibles, aquella

que nos pueda aportar una norma aplicable a un caso que afecta directa o indirectamente a un niño, hemos de considerar a aquella que satisfaga en mayor medida el interés de este último (García Lozano, 2016, p. 6)

Visto de esta manera, en lo que respecta a la administración de justicia, las decisiones que se vayan a adoptar deben tener siempre como sustento dicho interés superior, independientemente de los intereses de los padres que pasarían a un plano inferior respecto de los niños.

Obviamente, esta consideración no se agota en la administración de justicia, pues el principio del interés superior del niño vincula a cualquier órgano público o privado y en cualquier circunstancia para que cuando exista una disputa en la que esté involucrado un niño, niña o adolescente la solución este orientada siempre a satisfacer los intereses de los niños, niñas o adolescentes antes que de cualquier otra persona.

el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. (Zermatten, citado en Aguilar Caballo, 2008, p. 230)

Entonces, cuando se habla de interés superior del niño necesariamente existe la remisión a la concepción de derechos humanos que cobra mayor realce por el siglo XX para tenerlo como el fundamento de un “sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin discriminación” (Sokolich Alva, s.f.) y más aun

de los derechos del niño, cuyo sistema político es cotejado y fusionado con el paradigma de Estado Constitucional de Derecho.

De ahí que, cuando se hable del interés superior del niño no se está hablando de lo que los demás quieran o piensen, sino de lo que el niño tiene como propios intereses y pensamientos de vida para una o diversas situaciones que le parezcan importantes como correlato de sus derechos humanos. Es decir, su opinión es la arista central para el entendimiento de una verdadera doctrina de la protección integral, que los reconoce como sujeto de derechos, concordado con la concepción de derechos humanos y el principio del interés superior del niño, todos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En ese sentido, dicho principio implica tener por reconocido la capacidad de los niños, su libertad de expresión, su libertad para decidir sobre temas siempre acorde a su edad, el respeto de su vida y a no ser discriminados por posición económica ni por otro motivo, garantías que también constituyen un límite para el ejercicio del poder estatal imponiendo una actuación discrecional.

El principio del interés superior del niño a parte de su regulación en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3) también se encuentra regulado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes Peruano, el cual reafirma la posición de la Convención indicando que es un parámetro de actuación respecto de las instituciones

ya sean públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos en cuanto a que en cualquier asunto en el que se vean involucrados los intereses de los menores estos deben tener siempre como suprema consideración el “interés superior del niño”.

Ahora bien, en el enfrentamiento de derechos de padre, madre e hijo ante la existencia de una inseminación heteróloga sin consentimiento del padre, es claro que la disputa debe orientarse a satisfacer los intereses del niño, sin embargo, puede tenerse en cuenta otras situaciones que hagan al caso particular para poder resolver, sobre todo, de acuerdo a los intereses del niño, pero también tratando de prevalecer los derechos de todas las partes.

Pues, finalmente de eso trata el derecho de prevalecer otorgando seguridad jurídica los derechos de las personas que se asientan en un determinado territorio y se someten a todo un ordenamiento jurídico; derechos que en ocasiones pueden estar uno sobre el otro, pero siempre bajo la tutela de un examen cuidadoso que así lo determine en concordancia con todas las fuentes de derecho que sirvan para su determinación.

Solo que tal situación se ve agravada porque no existe regulación sobre el uso de tales técnicas, lo cual lleva a la incertidumbre jurídica de como decidir frente a tales circunstancias, por eso, el acogimiento de otros derechos o principios resulta fundamental, al menos para este tema, porque permite tener mayor claridad para su entendimiento, pero no es

determinante y no lo será hasta que se haga una regulación expresa con estudios objetivos de la utilización de tales técnicas.

2.6. ACERCA DE LAS PRÁCTICAS DERIVADAS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

El tratamiento jurídico y biológico de las técnicas de reproducción asistida requiere de un estudio multidisciplinario, el cual no se realizará en el presente trabajo; sino que, en este punto se limitará a describir los estudios realizados anteriormente por equipos multidisciplinarios, dentro de los cuales participan abogados, o los estudios realizados por juristas que han obtenido una especialización mayor en el tema bajo comentario; además, se realizará un estudio sobre la evolución de las normas que se han establecido sobre las técnicas de reproducción asistida en el derecho comparado, ya que, como ya se manifestó en el planteamiento del problema, el ordenamiento jurídico peruano aún está dando sus primeros pasos en cuanto al tema en particular.

De lo mencionado en el párrafo anterior, se intuye que las diversas actividades que componen las técnicas de reproducción humana asistida están sistematizadas conforme a cómo han sido aceptadas y reconocidas normativamente en el mundo, ya que, es el aspecto que más le interesa al Derecho, es decir, el reconocimiento y contenido normativo, doctrinario y jurisprudencial a través del desarrollo de sus elementos e implicancias, más no desde el ámbito de la medicina, ya que no existe tal posibilidad.

2.6.1. Inseminación artificial

Una de las técnicas de reproducción humana asistida es la inseminación artificial, esta constituye la primera técnica en ser reconocida y regulada en el mundo del derecho; a pesar de existir testimonios sobre su práctica descontrolada e informal desde épocas remotas (Riesco Aguayo, 2013, p. 12).

El primer país en reconocer e incluir dentro de su ordenamiento jurídico a esta técnica es Suecia, convirtiéndolo también en el primer país en legislar los parámetros sobre técnicas de reproducción humana asistida (Herrera, 2017, p. 1).

El contenido de esta técnica de inseminación artificial parece sencillo, no obstante, con ella se pretende propiciar la fecundación “dentro del seno materno mediante la unión de gametos” (López Peláez, 2017, p. 16), lo que trae como consecuencia múltiples actuaciones de vital interés para el derecho que la regula, ya que, en ciertas ocasiones pueden generar conflictos o incertidumbres jurídicas que deben ser resueltas.

A. Contenido e implicancias de la técnica

La Ley sueca N°1984:1140 (1985) fue la que reguló por primera vez en Europa una técnica de reproducción humana asistida como la inseminación artificial. Esta técnica de reproducción asistida es una técnica de baja complejidad, como nos lo hace saber la Dra. Marisa Herrera (2017), ello debido a que se trata de

un procedimiento sencillo, brindado por el profesional médico, por el que se lleva a cabo la fecundación en el interior del aparato reproductivo femenino; sin embargo, no acaba allí, ya que la inseminación artificial puede tomar diversos matices.

Es la propia historia acerca de esta técnica, la que deja evidencia de mínima complejidad, así como de la antigüedad de su práctica por los profesionales de la salud, incluso antes de su regulación normativa; tan es así que:

El primer reporte de inseminación artificial en un ser humano data de 1799, presentado ante la Royal Society of London por el médico inglés Hunter, quien obtuvo un embarazo utilizando esta técnica. En 1844, se produjo la primera inseminación artificial heteróloga, realizada en Estados Unidos por el profesor William Pancoast, en el Jefferson Medical Collage de Filadelfia. En 1932, los estudios efectuados por Ogino y Knauss permitieron describir el ciclo menstrual de la mujer señalando sus fases y detectando el período fértil de cada ciclo y, en 1945, el biólogo Jean Rostand dio a conocer la posibilidad de congelar semen, debido a que sus observaciones le permitieron evidenciar que los espermatozoides sometidos al frío en presencia de glicerol, podían conservarse por largo tiempo sin que se alterara su viabilidad. (Riesco Aguayo, 2013, pp. 29-30).

Dicha complejidad a la cual se hace referencia en la presente técnica de reproducción humana asistida, por su simplicidad, ha llevado a no ser considerada como tal por cierto sector científico, debido a que “lo característico de éstas sería la intervención médica en el proceso de la fecundación, y, en la inseminación artificial sólo se insemina a la mujer y todo el proceso ocurre

luego naturalmente sin asistencia de ningún tipo” (Riesco Aguayo, 2013, p. 30); no obstante, cabe resaltar que sin esta intervención aunque sea mínima del médico para llevar a cabo la inseminación, la fecundación no sería posible, razón por la cual no puede discutirse, ni minimizarse su carácter asistencial.

La fecundación asistida desarrollada en la doctrina, puede ser de dos tipos: homóloga o heteróloga, “Cuando se emplean células de la propia pareja se habla de técnica homóloga, mientras que cuando las células utilizadas no son las propias del marido o de la pareja nos encontramos ante la heteróloga” (Gete-Alonso y Calera, 2002, p. 60).

De lo mencionado en el párrafo anterior podemos advertir que la inseminación artificial homóloga no ocasiona conflictos de gran envergadura, sino solo los referidos al cuidado de la salud tanto de la madre como del concebido, ello porque la aportación de los padres en el aporte de células o también denominados gametos, coincide con la realidad de la fecundación que se llevará a cabo mediante el mecanismo, utilizado para su configuración, es lo único que lo diferencia, pues todos los demás efectos que se producen en la realidad coinciden con los reconocimientos jurídicos que se hace sobre la persona, la familia, la filiación, entre otras, que forman parte del el ordenamiento civil-familiar.

La problemática se presenta en el otro tipo de inseminación artificial, la inseminación artificial heteróloga, que se realiza con

la cooperación de un donante, ya que, al llevar a cabo la inseminación, es decir, al haber participado en ella, el donante sería considerado un tercero ajeno a la futura relación paterno filial que se pretende con el uso de dicha técnica de reproducción humana asistida, pero que, por el aporte de su célula reproductora mantendría un vínculo biológico que no se puede negar; consecuentemente, existe la posibilidad de ser pasible de derechos u obligaciones respecto del menor, es ahí donde surge el problema.

Cabe hacer referencia que, el artículo 7 de la Ley General de Salud, establece que:

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. (Congreso de la República, 1997)

De la redacción del mencionado artículo podemos advertir que es general, pero claro en colocar dos límites para la realización de las prácticas de las técnicas de reproducción humana asistida, estos son: la coincidencia entre madre genética y madre gestante y la autorización escrita de los padres biológicos; también se advierte que tales limitaciones tienen implicancias en la inseminación artificial heteróloga, debido a que, el donante de los gametos reproductivos viene a ser el padre biológico del

concebido producto de la ejecución de la técnica de reproducción humana asistida.

En el Perú el hecho de requerir el consentimiento de los padres biológicos para llevar a cabo la inseminación artificial hace imposible su práctica por los profesionales de la salud, nos referimos a prácticas formales; así también, aquellas prácticas en las que la identidad del donante se guarda como secreto. La consecuencia principal que deviene de ello es la imposibilidad de creación de una familia monoparental absoluta, puesto que en la normativa peruana la identidad y autorización del padre biológico a quién le pertenece el esperma deben ser conocidas, resultado de ello, dicha persona está en la obligación de prestar la asistencia requerida y, además, cuenta con los derechos de padre correspondientes.

Entonces, se advierte que en el ordenamiento jurídico peruano se admite únicamente el tipo de inseminación homóloga, porque para ella se exige la participación del padre biológico (marido o pareja de la madre, o un tercero). En el caso sea un tercero quien participe, este debe estar dispuesto a afrontar una relación paterno filial con la futura vida, de manera independiente a la relación que guarde con la madre.

De la misma redacción también se advierte que no existe ninguna posibilidad de concebir como donantes de esperma a personas que no se identifiquen o presten autorización para llevar a cabo

la técnica de inseminación artificial (donantes de esperma anónimos); de igual manera, no cabe la posibilidad de que sea solo la madre la titular de una relación paterno filial y la única obligada a prestar asistencia al menor; de la misma manera, no existe ninguna posibilidad que las parejas homo-afectivas puedan o accedan formalmente a la técnica, ya que -como se dijo anteriormente- el hombre que aporta el esperma siempre va a guardar una relación paterno filial con el menor producto de ella, en caso se dé.

Sin embargo, este tipo de prácticas suceden alrededor del mundo y obviamente también en el Perú, es decir, el hecho que no esté regulado no significa que no suceda, pues las personas en su afán de formar familia lo practican, razón por la cual no es reprochable su actuar solo que debería hacerse responsablemente teniendo en cuenta los efectos sociales y jurídicos que ello puede conllevar.

La inseminación artificial está compuesta por dos etapas la obtención del semen y la inseminación propiamente dicha. La primera etapa consiste en el uso de diversos mecanismos para obtener el semen, lo cuales pueden ser: la masturbación, la estimulación de las vesículas seminales, el uso del preservativo de Mails perforado, hasta punciones en el epidídimo en el caso exista la imposibilidad de eyacular. La segunda etapa consiste en la introducción de una cánula en la cavidad vaginal (en el cérvix

o en el útero), durante el periodo fértil de la mujer, es decir, cuando no haya problemas que provoquen infertilidad a consecuencia de los ácidos vaginales (Riesco Aguayo, 2013, p. 31).

De ello se puede advertir que, el procedimiento para la ejecución de la técnica de reproducción asistida denominada inseminación artificial es sencillo, pues consiste prácticamente en la extracción de los gametos masculinos y su depósito en el aparato reproductor femenino; así también que, las variaciones que se puedan presentar en el proceso se dan de acuerdo a las particularidades de cada caso y a las necesidades que tengan ambos padres o padre en específico; de ahí que, surge la posibilidad que de este procedimiento básico se deriven cuestiones con implicancias jurídicas.

Un ejemplo de ello lo constituiría el caso en que se trate de un hombre que quiere tener descendencia, pero no con su pareja necesariamente, sino con una persona desconocida con quien firma un contrato para participar en la procreación; o el caso en que, una mujer quiere ser madre sin la intención de conformar un hogar el donante del esperma.

Otro ejemplo, es aquella pareja donde el hombre es infértil, por lo que deciden realizar el procedimiento con el semen de un tercero donante; así también ocurre con una pareja homo-

afectiva femenina que deciden adquirir el semen de un tercero donante.

Dichos ejemplos, entre otros, tienen implicancias jurídicas como la determinación de la relación paterno filial, el derecho a la identidad de concebido, el derecho de alimentos del concebido, el derecho a la familia del concebido, y muchos más derechos involucrados.

B. Proceder adecuado para la protección de derechos

Lamm (2012), manifiesta que el camino para resguardar los derechos del niño, así como de los intervinientes del proceso de inseminación artificial, definitivamente no es la prohibición de conductas, como la práctica de la misma, ya que ello no impide que su práctica se dé, así sea de manera informal; de manera que, lo que resulta más óptimo para lograr tal fin, es decir, para asegurar la tutela de los derechos fundamentales del niño y los intervinientes es pues la regulación de todas las conductas referentes a la práctica de la inseminación artificial, ya sea de tipo homóloga como heteróloga (Roca Trías, 1999).

De ello, se puede concluir que se debe respetarse la libertad contractual de las personas que forman parte de la técnica de reproducción asistida, así como la integridad del concebido (futura persona); ello depende por lo general de la discusión acerca de la concepción que se tiene sobre familia, además de

los mecanismos para asegurar la integridad física, psicológica y moral del nuevo ser humano que viene en camino; y, el derecho a la intimidad de los padres en pro de quien se lleva a cabo tal procedimiento.

Todo ello, es decir, la protección de los derechos de los padres, el niño, de los que participan en la técnica en cuestión no solo queda ahí, sino que también implica la necesidad de crear figuras jurídicas, direccionadas a asegurar la existencia de una relación paterno filial, la cual no tiene por qué solo derivar del vínculo biológico, pero tampoco hacerse sin consentimiento del padre cuando no estuvo de acuerdo con la realización de dicha práctica heteróloga.

2.6.2. Fecundación in vitro

La técnica de reproducción humana asistida que merece ser tratada en este punto, la fecundación *in vitro*, es una técnica de mayor complejidad que la técnica de inseminación artificial. La complejidad radica básicamente en el procedimiento médico que la técnica de fecundación *in vitro* implica y en cuanto a circunstancias problemáticas que no se encuentran reguladas en el ordenamiento jurídico peruano, las cuales son muchas.

La técnica de fecundación *in vitro* es regulada por primera vez en el ordenamiento jurídico sueco, mediante la Ley N°1987:711 del 06 de junio de 1988 (Poder Legislativo sueco); luego siguió el

ordenamiento jurídico españoles, ya que mediante la ley 14/2006 que derogaba a la Ley 35/1988, trato el tema de la fecundación in vitro (Herrera, 2017, p. 1).

Con la regulación de dicha Ley, en el ordenamiento jurídico sueco se permitió, “bajo ciertas circunstancias, tanto la donación de espermias como la de óvulos en la fecundación *in vitro*” (Stoll, 2008, pág. 15), lo que significó que las parejas no fértiles, a través de la técnica de fecundación in vitro puedan ser padres y así tener la secendencia anhelada, a pesar de no ser necesariamente resultado genético o biológico de ambos, pero sí lo es afectiva y legalmente, pues ello se encuentra permitido.

Ello en nuestro país no existe, ya que, no se encuentra permitido la fecundación in vitro, es más, la Ley General de Salud restringe dicha posibilidad por dos razones: porque exige la identidad materna y, porque requiere necesariamente la autorización de los padres biológicos, aunque la primera de estas razones ha sido debatida en la jurisprudencia peruana con un criterio aceptable indicando que esa anotación de la Ley Genral de Salud quiere decir que cuando se puede hacer la fecundación en la madre biológica y gestante a la vez esta bien, pero cuando no, nada obsta para que este criterio no coincida pues si su finalidad es formar familia no puede ser impedido.

A. Contenido e implicancias de la técnica

El proceso común o natural de la fecundación se da por la unión del espermatozoide con el óvulo, es decir, la unión entre el

gameto masculino y el femenino en el interior del aparato reproductor femenino, el ovario. En la técnica de reproducción humana asistida, denominada fecundación *in vitro*, a diferencia del proceso natural de procreación, ya que, “ésta se produce fuera del seno materno, aplicando técnicas microquímicas para lograr la unión de los gametos masculinos y femeninos e introduciendo los embriones obtenidos en el interior de su útero” (Instituto Bernabéu de medicina reproductiva, 2018).

La fecundación *in vitro* al igual que la técnica de reproducción asistida anteriormente tratada, también se divide en dos tipos: la fecundación *in vitro* homóloga y la fecundación *in vitro* heteróloga. La fecundación *in vitro* homóloga tiene lugar cuando existe coincidencia entre los padres biológicos y los padres asistidos por dicha técnica. Por su parte, la fecundación *in vitro* heteróloga, contrariamente, tiene lugar cuando no existe coincidencia entre uno de los padres biológicos o ambos y los padres o padre asistido (Lamm, 2012, p. 88).

Este procedimiento implica una serie de múltiples y diversos procedimientos realizados en cada caso concreto, con la finalidad de lograr la fecundación del gameto femenino; es por ello que la expresión fecundación *in vitro*, es un:

término genérico que comprende varios métodos médicos que se utilizan para superar algunos tipos de esterilidad. Es una técnica mediante la cual se consigue que un óvulo y un espermatozoide puedan encontrarse en una placa de cultivo de un laboratorio cuando esto no se ha logrado por

el mecanismo natural. (Gómez de la Torre Vargas, 1993, p. 15)

El uso de la técnica bajo comentario se da por diversas causas que impiden que el óvulo y el espermatozoide se unan naturalmente, tales como: poca cantidad de espermatozoides en el semen, la poca cantidad de semen, la acidez en la vagina de la mujer, el síndrome del ovario poli - quístico, entre otras; casos en los que se podría hacer uso de la fecundación *in vitro* homóloga.

No obstante, existen casos en los que en la pareja que quiere concebir, uno o ambos son infértiles; lo que los lleva a tener que valerse de donantes para la realización de la técnica de fecundación *in vitro* y así, poder mediante la misma, lograr la anidación en el útero de la mujer infértil, o, si es necesario el producto puede ser puesto en un vientre de alquiler.

De lo mencionado anteriormente se puede advertir que, el cuerpo humano de cada persona es único y diferente, un universo en sí mismo; por ello, cada uno está compuesto por sus propios sistemas, además, tienen reacciones y falencias diferentes a las de cualquier otro. De ahí que, los procedimientos para resolverlas pueden ser variados; también en el campo de las técnicas de reproducción humana asistida ocurre ello y, la fecundación *in vitro* no es la excepción, pues son muchas las causas que lleven a las parejas a practicar este tipo de asistencia.

B. Procedimientos adecuados para la protección de derechos

Como se mencionó anteriormente en el Perú no existe regulación sobre esta técnica de reproducción humana asistida. No obstante, tampoco está prohibida su práctica, ello se limita a cumplir con los lineamientos generales ubicados en la Ley General de Salud.

Cabe mencionar que, en la doctrina internacional revisada, sí se contemplan parámetros aplicables en los procedimientos que implica la fecundación *in vitro* para una actuación responsable; de ahí que se mencione que:

Tras un tratamiento de FIV quedan embriones que no tienen ese fin reproductivo inmediato que deben ser criopreservados. No se consideran sobrantes hasta que se verifique la gestación. Los embriones solo pueden permanecer unos días *in vitro*, por lo que todos aquellos que no son transferidos son criopreservados. Con la criopreservación se logra que un ciclo de estimulación hormonal provea a la pareja de más de un ciclo de transferencia, aumentando así las posibilidades de embarazo extendidas en el tiempo con la ventaja de que la paciente no debe someterse nuevamente a los riesgos de la estimulación ovárica y a la captura folicular bajo anestesia. El destino de embriones criopreservados es la utilización de la propia pareja en otro ciclo, donación con fines reproductivos, donación con fines de investigación o cese de su conservación sin otra utilización. Las ventajas de un programa de congelación son, según la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, que aumentan las tasas de gestación por ciclo de tratamiento y reduce el riesgo de multigestación extrema, con el consiguiente beneficio para la mujer, los fetos y los niños y, finalmente, no representa un riesgo para los cigotos con potencial vital. Los embriones supernumerarios son una consecuencia inevitable de FIV. (Bagnarello González, 2017, p. 225)

Se puede advertir que, por lo general en la doctrina internacional se concibe con total naturalidad este tipo de técnica de reproducción humana asistida y todo lo relacionado a ella, al hablar de la congelación de óvulos fecundados con la finalidad de preservarlos para un futuro; así como, la donación de gametos con fines científicos, donde se analiza de conformidad con las teorías sobre el inicio de la vida; ya que si se considera la fecundación el inicio de la vida, se convierte en imposible tratar a un óvulo fecundado como objeto de prácticas científicas, pues se trataría de un sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

Hay que tener en cuenta que estas situaciones se pueden someter a discusiones, ya que cada ordenamiento jurídico tiene sus propias regulaciones al respecto, pero el enfrentamiento de las distintas teorías que de ellos devienen, pueden dar la fórmula que sea más adecuada para complementar la regulación nacional sobre la técnica de fecundación *in vitro*.

Zegers-Hochschild (2012) menciona que la infertilidad, es un ejemplo de por qué una pareja acude a la técnica de la fecundación *in vitro*, en este caso en particular, es el derecho a tener una familia (biparental o monoparental) el que prima y del cual puede hacer uso para hacer valer el derecho de acceder a esta técnica de reproducción humana asistida; ya que, de manera natural se encuentra imposibilitado.

Así, la Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica (2012), diferencia entre lo que se considera concepción y lo que considera fecundación, ya que, lo que protege la Convención es en la concepción, la cual menciona que se origina en el interior de la madre y la fecundación puede generarse en el exterior sin la protección de la madre; al respecto indica:

se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales. (p. 69).

Se entiende que, así el óvulo sea fecundado sin la intervención de la madre no puede ser concebido como vida viable, de ello se desprende que no es objeto de protección al igual que el concebido. Cabe indicar que un recién nacido, por sí solo tampoco puede ser entendido como vida viable, ya que para su subsistencia requiere la intervención de ambos padres, en los cuales recae la responsabilidad de protegerlo, alimentarlo y brindarle todos los cuidados que necesita. Sin embargo, no podría afirmarse que no es objeto de protección por la imposibilidad de sobrevivir solo, como se afirmó en el caso del óvulo fecundado.

A ello se denomina viabilidad de la vida, en la que se basa para afirmar si se debe o no proteger al recién nacido o al óvulo fecundado, no es simple, al contrario, se debe reconocer la obligación que importa el llamado deber de cuidado, ya que, al ser los seres humanos racionales, son capaces de prestar cuidados otro ser que lo requiera y, es la que obliga tanto moral como jurídicamente a actuar de tal manera.

2.6.3. Reproducción a través de vientre de alquiler

Se sabe que, una máxima en el derecho en general es que todo lo que no está prohibido por norma expresa se encuentra permitido (Congreso Democrático Constituyente, 1993, art. 2, num. 2, lit. a); es más, por así mencionarlo, en el ámbito penal no hay crimen ni pena sin previa tipificación (principio de legalidad) (art. 2, num. 2, lit. d). En ese orden de ideas, refiriéndonos a la procreación por medio del uso del vientre de alquiler no hay en nuestro ordenamiento jurídico norma expresa que lo prohíba, eso quiere decir que puede ser practicada; no obstante, dicha práctica debe hacerse respetando estrictamente los derechos del concebido y también de los padres (Caso Isabel Zenaida Castro Muñoz, 2011).

La procreación haciendo uso del vientre de alquiler es una técnica que deriva de la fecundación *in vitro* que puede ser practicada en aquellos casos donde la madre biológica, puede aportar el gameto femenino, pero no puede anidar en su útero al óvulo fecundado; en otras palabras, los gametos que constituyen el embrión pertenecen

a los padres biológicos que se someten a dicha técnica, no obstante, la anidación se puede realizar dentro de la madre genética o en caso de que ella no pueda llevar a cabo este procedimiento -como se mencionó- en el útero de una tercera persona. En el Perú el Caso Carla Monic See Aurich (2009), por impugnación de maternidad, evidencia que en la realidad peruana al igual que otros países, también se viven las circunstancias relativas al denominado vientre de alquiler o maternidad subrogada, a pesar de no estar regulado taxativamente.

De ahí se genera una discusión más, referida a quién corresponde la titularidad del derecho a la filiación, si son titulares quienes aportaron sus gametos o quien llevó al concebido dentro de su vientre.

A. Contenido e implicancias

La ciencia avanza y con ella también la protección de los derechos fundamentales para el desarrollo del ser humano, el cual debe darse en uso de su libertad y los derechos que de la misma se desprenden. Así, la fecundación in vitro proporciona a las personas imposibilitadas biológicamente para concebir, una herramienta por medio de la cual pueden alcanzar ese objetivo, concebir; ello, los coloca a un mismo nivel el de igualdad con las personas que no tienen ninguna dificultad biológica para la concepción.

Ese es el sentido, desde el cual debe concebirse a la fecundación in vitro, de manera que otro uso distinto debe ser restringido.

Así también, se presentan el caso en que la mujer deseosa de ser madre se halla imposibilitada biológicamente para anidar en su útero al producto de la fecundación; aquí interviene la denominada maternidad subrogada, o, también conocida como: “alquiler de vientre, alquiler de útero, arriendo de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación por sustitución, gestación subrogada, maternidad suplente, maternidad de alquiler, entre otras” (Del Águila Tuesta, 2009, p. 31).

Tales denominaciones evidencian el carácter contractual que tiene el vientre o útero que anidará el óvulo ya fecundado y crecerá el feto en él hasta su nacimiento.

En ese orden de ideas, de acuerdo con Fiestas Chunga y Chanduví Cornejo (2017), la maternidad subrogada implica aquel acto que “genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso, mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de una pareja que figurará como padres de este” (p. 205).

Una definición específica de la maternidad subrogada o vientre de alquiler es la siguiente:

práctica por la que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso

de, una vez llevado a término el embarazo, entregar al recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquélla a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo gestado. Se trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida tradicionales (inseminación artificial [IA] o fecundación in vitro [FIV]). (Sánchez, 2018)

Esta técnica de reproducción asistida viene a ser la solución a aquella imposibilidad de la mujer que desea ser madre, pero que no puede anidar el óvulo fecundado en su útero por alguna razón biológica o patológica. Razón por la cual, puede constituirse normativamente, ya que, como hemos visto en la realidad social se presenta, siendo la madre biológica la que aporta sus óvulos para realizar la fecundación in vitro.

No obstante, cabe mencionar que también existen casos en los que las mujeres realizan este procedimiento con la única intención de evadir los estragos o consecuencias que causaría en su cuerpo un embarazo, es decir que, por motivos estéticos u otro diferente a la imposibilidad biológica prefieren optar por una fecundación in vitro y por ende en la maternidad subrogada.

Estos últimos casos son precisamente, en lo que debe prohibirse la práctica de tales técnicas, ya que, el objeto no tiene la suficiente importancia para realizar un procedimiento de gran magnitud y significancia. Por ello, es importante que en la norma se especifique a los intervinientes, los supuestos y las

prohibiciones en esta práctica importante y a la vez peligrosa de ser mal utilizada.

B. Sujetos participantes y sujetos de derechos

A pesar de la definición específica que se brindó en el acápite anterior, este no es suficiente, ya que no abarca todas las circunstancias que rodean la puesta en práctica de la maternidad subrogada o vientre de alquiler, debido a que:

No se especifica qué tipo de mujer va a ser la subrogante, ni quién va a ser la subrogada. (...) Es decir, qué mujer es la que puede solicitar la maternidad subrogada y qué mujer puede fungir como madre subrogante (mujeres casadas, solteras, convivientes, heterosexuales, homosexuales), qué procedimientos son los que debe utilizar y a qué ambiente pertenecerá el niño al nacer. (Arámbula, 2008, p. 34)

De lo mencionado anteriormente, podemos decir que los intervinientes en la relación contractual que supone la técnica de maternidad subrogada, deben ser la pareja o de ser el caso la madre que presenta la imposibilidad biológica o patología para anidar el embrión en su útero y la mujer que, en calidad de tercero, presta o da en alquiler su vientre para que el embarazo se lleve a cabo.

Cabe aclarar que, si bien la mujer que interviene como tercero anida en su útero al embrión fecundado, no debe entenderse madre, pues, para todos los efectos se concibe que la madre es aquella mujer que proporcionó su gameto para la fecundación y no aquella mujer que anidó el embrión fecundado.

En este supuesto, el uso del término madre subrogada a pesar de ser descriptivo de las circunstancias que le dan origen -la maternidad por cuenta de terceros- es equívoco, ya que en realidad esta mujer es la madre a todos los efectos, y no puede sustituir a quien en realidad no lo es... (Arámbula, 2008, p. 45)

Se advierte la existencia de un contrato, donde interviene una mujer en calidad de tercero, prestando su útero para el desarrollo del embrión que va a ser anidado en él, y que a la vez no guarda identidad genética con el mismo; es evidente que se trata de un medio para que el anhelo de familia y de contar con una relación paterno filial de la pareja o de la madre imposibilitada biológicamente se haga realidad.

2.6.4. Asistencia de la infertilidad estructural y social

En el Perú, constituye un tema polémico, por ende, está abierto a grandes debates. La maternidad subrogada o vientre de alquiler es una práctica que se lleva a cabo generalmente en países donde se admite normativamente que las parejas del mismo sexo sean titulares de todos los derechos que le asisten a las personas

heterosexuales, en virtud del derecho-principio de la igualdad; tal nivel de desarrollo normativo aún no ha sido alcanzado por nuestro país, ello trae como consecuencia que no pueda ser invocado como parte del principio-derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Dicha consecuencia surge a partir de la concepción que “las parejas del mismo sexo no tienen problemas de infertilidad médica, sino que se lo conoce como infertilidad estructural o social” (Herrera, 2017, p. 2); es decir, que al no contar con la facilidad natural con la que cuentan las mujeres a razón de su naturaleza de tal, para tener una relación paterno filial, acuden a las técnicas de reproducción humana asistida.

Si bien, tal práctica no se halla taxativamente prohibida en el ordenamiento jurídico peruano, esta podría imputarse como impropia por el hecho de contravenir al concepto que se tiene de familia de acuerdo al Código Civil; específicamente de matrimonio por el cual solo un hombre y una mujer pueden unirse con fines procreativos; aunque, el matrimonio no es lo mismo que la familia, por la diversidad de éstas, las mismas inician por la procreación y esta se da por la unión de un gameto masculino y un gameto femenino.

2.7. MARCO NORMATIVO AL RESPECTO

En el ámbito internacional la consideración más próxima a la que se llega con respecto a las técnicas de reproducción asistida está ligada al ámbito familiar, es decir, no hay tratados en específico que den siquiera parámetros generales sobre el asunto, menos de manera específica sobre la técnica de reproducción asistida – inseminación heteróloga sin consentimiento del padre – todo lo que hay son normas relativas al derecho de familia.

Así, por ejemplo, en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y haciendo una interpretación extensiva de este artículo se tiene que la Convención no señala a que tipo de familia se debe proteger por lo que la consideración es para cualquier tipo de familia incluyendo a las familias de parejas del mismo sexo.

En igual sentido, lo hace la Declaración Universal de los derechos Humanos (1948) a través de su artículo. 16 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) en su artículo art. 23.

En el ámbito nacional, al igual que en el ámbito internacional, la Constitución Política del Perú reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad (artículo 4) hasta ahí pareciera que también se protege a la familia independientemente de su formación, es decir, a cualquier tipo de familia, sin embargo, de la lectura del artículo 5 donde se hace referencia a las uniones de hecho pero siempre que se trate

de un hombre y una mujer y que además estén libres de impedimento matrimonial se da cuenta que la familia para el Estado Peruano debe cumplir con ciertas características para ser protegida y considerada como tal, al menos en el ámbito legal.

Es decir, las familias de personas del mismo sexo no están dentro de su categoría como familia, tampoco las familias formadas por uniones de hecho impropias, familias homoparentales menos aun si han sido formadas gracias a las técnicas de reproducción asistida como sería el caso de una madre que ha concebido con los gametos de una persona diferente a su esposo, más aún porque tampoco a nivel constitucional se dice nada sobre el uso de estas técnicas pues la consideración máxima entorno a este tema gira con respecto al derecho de familia que incluso lo hace limitado.

Cuando se mira al Código Civil, la problemática persiste porque de igual modo, no existe regulación sobre el tema, sin embargo, existe normas que pueden traer confusión al momento de resolver algún caso, por ejemplo, está la presunción de paternidad por la que parte todo, se dice que se presume como padre al hijo nacido dentro del matrimonio, es decir, en un caso en concreto en el que la madre haya recurrido unilateralmente a la inseminación heteróloga, se va a presumir como padre a su conyugue y ese vínculo aun cuando no sea genético es legal, al menos hasta un proceso de impugnación de paternidad – por lo que el padre está obligado a brindarle sus apellidos, alimentos e incluso derechos sucesorios.

Pero ello, no queda ahí porque también se encuentra los derechos del niño que ya tiene, incluso desde que está en el vientre de la madre y también los derechos de la propia madre a ejercer su derecho a formar familia, implicancias que el Poder Legislativo aún no tiene en cuenta y por eso aún no existe regulación sobre ello.

Lo más cercano que se tiene en este tema, es a través del artículo 7 de la Ley General de Salud porque se menciona que para hacer uso de estas técnicas debe existir el consentimiento expreso de los padres, lo cual es deficiente porque no cubre gran parte de las implicancias anteriormente expuestas ni siquiera en términos generales.

Finalmente, en el Anteproyecto del Código Civil se da luces de este controversial tema, se asume que cualquier técnica debe contar con el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a su uso y debe estar sustentada en la voluntad pro - creacional (art. 415), además indica que, los embriones de un cedente anónimo no dará lugar al establecimiento de una relación paterno filial entre el cedente y quienes nazcan producto de estas técnicas, ni generará vínculo jurídico alguno, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales (art. 415 C), tienen también aptitud sucesoria como legitimarios los nacidos por la aplicación de una técnica de reproducción asistida a condición de que nazcan dentro de los cuatro años del fallecimiento del causante. A tal efecto, tal persona debe (art. 735 B, inc. 3).

Aún con tal salvedad, la regulación todavía parece deficiente porque no se indica específicamente cada técnica de reproducción y sus posibles implicancias y tampoco se hace una regulación específica de cada una de ellas para saber cómo actuar. De la técnica de inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del padre, por ejemplo, no se dice nada ¿Qué hacer? ¿Si el padre no desea hacerse responsable del niño, además como proteger los derechos del niño y de la madre que también están en juego, prevalece ahí el derecho a la identidad del niño porque si su padre legal no quiere hacerse cargo de él entonces en tal caso si procedería la búsqueda genética de su donante para saber su identidad, y el donante cómo quedaría? Son interrogantes que surgen a partir de la problemática de ausencia de normas respecto a este punto.

2.8. CASUÍSTICA AL RESPECTO

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

Los hechos que dieron lugar al presente expediente se empiezan narrando así: Aurora Nancy Ballesteros Verau y Francisco David Nieves Reyes utilizaron el método de vientre subrogado para poder ser padres. Es así que, con la ayuda de Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, casados, la primera de las nombradas aceptó someterse a la técnica de vientre subrogado heterónimo, es decir, la implantación de un cigoto conformado por óvulos donados y espermatozoides del demandante Nieves Reyes. Para ello, las dos sociedades conyugales suscribieron el llamado “acuerdo privado de útero subrogado.

No obstante, pese a tal acuerdo, cuando nacieron los niños, el médico tratante, al momento de efectuar el certificado de nacido vivo inscribió como madre a ésta última y como padre a Francisco David Nieves Reyes, por ello, RENIEC realizó el registro en las Actas de Nacimiento N°79400620 y N°79400640, siendo que contra tales actas se ha interpuesto recurso de amparo.

De entre los fundamentos se señalan que, 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, sustentado en el artículo 7 de la Ley General de Salud.

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

Tienen el derecho a fundar una familia, acudiendo a los métodos científicos y legales que permite el ordenamiento jurídico peruano, por lo que el RENIEC no puede cuestionar u obstruir la manera en

que se constituye y estructura esta familia, debiendo, por el contrario, facilitar los medios para que esa familia sea precisamente instituida como tal, junto con sus hijos

Declararon fundada la demanda de amparo

Del expediente en comento, se tiene que la demanda de amparo es dirigida contra la RENIEC para dejar sin efecto las Resoluciones Registrales N°29 9-2016-OSBORJ-JR10LIMGOR/RENIEC y n° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC que declaran como padres a Francisco David Nieves Reyes y Evelyn Betzabé Rojas Urco respecto de las menores de iniciales L.N.N.R. y C. D. N. R; siendo que, la pareja de esposos Francisco David Nieves y Aurora Nancy Ballesteros han recurrido a la técnica de alquiler de útero para poder ser padres, pero cuando nacen los niños se atribuye como madre a la señora Evelyn Betzabé Rojas Urco y a Francisco David Nieves Reyes como padre evidenciando el conflicto suscitado.

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

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

2.8.2. Fecundación in vitro y Maternidad Subrogada: Sentencia del décimo quinto Juzgado de Familia. Expediente N°183515-2006-00113

En este caso se interpone demanda de impugnación de maternidad a efectos de que se declare que la menor concebida por la accionante y su cónyuge, pero gestada bajo el procedimiento de maternidad subrogada, es suya por ser la madre biológica.

Los puntos que se analizan son las características de la maternidad, técnicas de reproducción asistida, el desarrollo del procedimiento al que fue sometida la madre subrogada y el destino de los embriones fecundados sobrantes que se encuentran congelados en el laboratorio de la Clínica en la cual la recurrente fue sometida al tratamiento correspondiente.

Ante ello se declara fundada la demanda, en consecuencia “se declara que la menor es hija de la accionante, se ordena dejar sin efecto la inscripción de reconocimiento como madre de la niña, la rectificación del apellido de la menor (Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, 2009). Asimismo otorga un plazo de dos años a efectos de que tanto la “recurrente como su cónyuge hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los tres embriones concebidos producto de la fecundación in vitro de sus ovocitos y espermatozoides que se encuentran congelados en la Clínica” (Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, 2009).

CAPÍTULO III: DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. DISCUSIÓN

3.1.1. Identificar las consecuencias de la reproducción asistida heteróloga en la coherencia de los principios de promoción del matrimonio y protección de la familia

La reproducción asistida heteróloga, tiene sus consecuencias a nivel constitucional, en los principios de promoción del matrimonio y protección de la familia, teniendo ello implicancia directa en su desarrollo normativo; esto es, el cuerpo normativo que los regula específicamente, el Código Civil, en temas relacionados con la filiación, identidad, derechos sucesorios, alimentos, etc.

Ello, en tanto, la legislación esta esquematizada o pensada para proteger y promover de manera restringida un tipo de familia; vale decir, la familia nuclear, que, tiene su esencia o se desprende del matrimonio, institución jurídica que se promueve a nivel constitucional en su artículo 4, donde se establece que: “La comunidad y el Estado (...) También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

Regulación que no se condice con la realidad actual que rodea a la sociedad, pues, con el pasar del tiempo esta ha ido cambiando y con ella han cambiado también las formas de constituir o formar una familia.

Por ello, tienen razón Oliva Gómez y Villa Guardiola (2014), cuando sostienen que se ha ido desligando la idea de familia unida únicamente al matrimonio, porque esa idea suponía el otorgamiento de mayor estabilidad social para la pareja y es en ese sentido que solo reconocía a la familia matrimonial; es decir, familia era igual a matrimonio, este último le otorgaba la cuota de legitimidad para ser considerada como tal.

Así, se tiene una evolución en el concepto tradicional de familia, definida por los miembros que lo conforman y el vínculo consanguíneo de estos; vale decir “la madre, el padre y los hijos en común” (Guzmán Marín, 2017, p. 5). A un concepto más amplio, que no solo abarca lazos de parentesco consanguíneo, sino que amplía sus miembros en consideración al afecto que entre estos se tengan; esto es, “el conjunto de individuos que comparten una vida bajo la misma escala de valores en la cual el afecto es su principal razón de integración” (Varsi Rospigliosi, 2012, p. 12).

Sin embargo, con la regulación y el esquema que sigue el ordenamiento jurídico peruano, que de manera restringida protege y promueve a la familia tradicional, deja vacíos normativos ante las diversas formas de conformación de una familia que en la sociedad se adopte.

Uno de esos vacíos que genera incertidumbre jurídica y por supuesto desprotección es en el uso de técnicas de reproducción humana asistida, dentro de esta, la inseminación artificial que, (...) constituye

la primera técnica en ser reconocida y regulada en el mundo del derecho; a pesar de existir testimonios sobre su práctica descontrolada e informal desde épocas remotas (Riesco Aguayo, 2013, p. 12).

El contenido de esta técnica de inseminación artificial parece sencillo, no obstante, con ella se pretende propiciar la fecundación “dentro del seno materno mediante la unión de gametos” (López Peláez, 2017, p. 16), que da por resultado, a un ser humano, y con ello, una familia.

Sin embargo, la referida técnica tiene implicancias, pues, la madre, cuando se somete a la referida técnica, primero, al ser realizada por especialistas de la salud, deberá contar con los recursos necesarios para la inseminación y para afrontar los riesgos que implica, ello en el ámbito de la salud de la madre, que tiene consecuencias directas en el ámbito jurídico.

Ya que, al no haber regulación al respecto no existen centros autorizados para su práctica, protocolos y demás recursos necesarios para salvaguardar la integridad e incluso la vida de la madre que requiere su práctica.

Ahora, dentro de la inseminación artificial existen dos tipos, la heteróloga, que a diferencia de la homóloga en la que se emplean células de la pareja, “(...) las células utilizadas no son las propias del marido o de la pareja (...)” (Gete-Alonso y Calera, 2002, p. 60).

Cuando se trata de la inseminación artificial homóloga en la que se emplean células de la pareja, es porque hay acuerdo y decisión de ambos en recurrir a la referida técnica, de manera que se pueden obtener sus células sin problema alguno.

Técnica que no ocasiona conflictos de gran magnitud, sino solo los referidos al cuidado de la salud tanto de la madre como del concebido, ello porque la aportación de los padres en las células o también denominados gametos, coincide con la realidad de la fecundación que se llevará a cabo mediante tal mecanismo, utilizado para su configuración, es lo único que lo diferencia, pues todos los demás efectos que se producen en la realidad coinciden con los reconocimientos jurídicos que se hace sobre la persona, la familia, la filiación, entre otras, que forman parte del el ordenamiento civil-familiar.

Sin embargo, la problemática se presenta en el otro tipo de inseminación artificial, vale decir, la inseminación artificial heteróloga, que se realiza con la cooperación de un donante, ya que, al llevar a cabo la inseminación, es decir, al haber participado en ella, el donante sería considerado un tercero ajeno a la futura relación paterno filial que se pretende con el uso de dicha técnica de reproducción humana asistida, pero que, por el aporte de su célula reproductora mantendría un vínculo biológico que no se puede negar; consecuentemente, existe la posibilidad de ser pasible de

derechos u obligaciones respecto del menor, es ahí donde surge el problema.

En esa línea, en el supuesto de que la madre recurra a la inseminación artificial heteróloga sin el consentimiento del padre, los problemas se acrecientan, pues, no existe el apoyo económico del marido, el apoyo emocional, por lo que la madre al recurrir a la técnica deberá estar preparada económicamente como emocionalmente.

En lo que se refiere a la parte jurídica, desde ya se crea una incertidumbre jurídica, desde el considerar o no familia, ya que solo la conformarían la madre y su hijo fruto de la inseminación artificial heteróloga.

Supuesto que se contrapone con el sistema jurídico, desde el uso de la referida técnica al no haber regulación y por ende los medios para proteger y salvaguardar la vida e integridad de la madre y del fruto de la inseminación, teniendo implicancias posteriores, en lo que concierne a los derechos del niño en las diversas instituciones del derecho de familia, como la filiación, alimentos, etc., consecuencias que además se extienden al cónyuge de la madre que practica la técnica y el tercero donante, ya que biológicamente este sería su padre.

3.1.2. Determinar los efectos de la técnica de reproducción heteróloga sobre los contenidos de los derechos de los cónyuges

Los efectos de la técnica de reproducción heteróloga, como se ha sostenido, tienen implicancias de forma directa en los derechos de los cónyuges, tanto de la madre como la del padre.

Así, se puede verificar consecuencias en el derecho de libre desarrollo de la personalidad, el cual es definido como:

El atributo jurídico general de ser persona humana, incluye y requiere de todos los derechos y características indispensables al status jurídico de persona, así como el goce efectivo de todo el sistema de derechos y libertades fundamentales. Protege el desarrollo particular individual del propio ser en su realización personal, las características únicas de cada ser humano, su particularización, diferenciación y heterogeneidad, en especial la autodeterminación personal, acorde con cada proyecto de vida individual y a la noción particular de cada quien, en su finalidad de buscar su única y particular felicidad. (Villalobos Badilla, 2012, p. 69)

Definición que está estructurada en función a otros derechos, tales como es la autodeterminación personal que otorga a la persona la libertad de decidir lo que quiere hacer o no con su vida; vale decir, el respeto de sus propias decisiones, concepto que se funda a partir del proyecto de vida que cada persona tenga.

Así, la libertad de la madre y del padre, cuando mutuamente recurren a la técnica de inseminación artificial heteróloga, es mediante el ejercicio de su derecho de libre desarrollo de personalidad, la libertad de decidir de ser padres, cuando serlo y la

libertad de adoptar una forma de hacerlo, incluyendo así, la libertad de constituir una familia y el derecho de formarla.

En el mismo ejercicio del referido derecho, se tiene la libertad de decidir de forma negativa, cuando un padre se niegue a tener una familia cuando la madre si lo desea, estando así frente a una incongruencia de voluntades, y las cuales deberían ser respetadas y no desprotegidas.

De igual modo pasa, cuando unilateralmente la madre, ávida de tener un hijo (a), de constituir una familia recurre a la técnica de inseminación artificial heteróloga, ya sea porque no puede tenerlo de forma natural, incluso porque su cónyuge o pareja no quiere tenerlo u otros motivos, haciendo ejercicio positivo de su derecho de libre desarrollo de personalidad -libertad de decidir-, recurre al referida técnica, decisión que debe ser reconocida legislativamente, otorgándole a la madre o a quien recurra a la referida técnica la seguridad de que la van a realizar los profesionales habilitados para practicarla, protegiendo así la salud de la madre.

De lo contrario, pese a no estar autorizada la referida técnica, la madre de igual modo va a recurrir a que se le practique la inseminación, la misma que se realizará de manera clandestina, informal, exponiendo así su salud e incluso hasta su vida.

En esa línea, en el supuesto de la madre que recurra unilateralmente a la técnica de inseminación artificial heteróloga sin el consentimiento de su cónyuge, este de forma negativa está haciendo ejercicio de su derecho del libre desarrollo de su personalidad, libertad que implica el momento de tener un hijo (a), con quien tenerlo y la forma en la que quiera tenerlo.

Supuesto, que entra en colisión no solo con el derecho de libre desarrollo de la personalidad del padre, sino con una serie de situaciones, desde considerarlo padre del menor por la presunción *iuris tantum* de paternidad que se extrae del matrimonio, ya que, al estar casados, el hijo, que es fruto de la técnica de inseminación artificial heteróloga, que no es consentida por el padre va a nacer dentro del matrimonio, y por ende se computara hijo de los cónyuges, esto es, de la madre que deseo tener el hijo y del padre que no deseo tenerlo.

Presunción que trae consigo diversas obligaciones respecto del padre hacia el menor, por ejemplo, la obligación de pasarle alimentos, hasta que el menor adquiera la mayoría de edad, norma que a todas luces es injusta para el padre que desde un inicio no dio su consentimiento para que la madre recurra a la técnica de inseminación artificial heteróloga, pero que por una presunción derivada del matrimonio está en la obligación de pasar los alimentos, misma que además, no culmina con el divorcio, ya que

el vínculo generado por la presunción es entre el padre y el hijo, por lo que en nada afectaría el divorcio de los padres del menor.

La salida que le queda al padre es atacar a la presunción de paternidad, probando mediante una prueba de ADN que efectivamente no es el padre del menor y que además no dio su consentimiento para la inseminación artificial heteróloga, mientras dure el proceso, el padre, por el interés superior del menor deberá seguir pasando alimentos al menor.

Como se advierte, al padre se le está adjudicando obligaciones, lo que hace ver que tal obligación es una sanción para aquella persona que hace ejercicio negativo de su derecho de libre desarrollo de su personalidad, lo cual debe ser objeto de análisis del legislador.

Contrario sensu el uso de las técnicas de reproducción asistida, en específico la técnica de inseminación artificial heteróloga sin el consentimiento del padre más allá de ser una salida para aquellas personas que no puedan tener una familia de forma natural, y de ese modo ser vista como una oportunidad de formar una familia, genera la vulneración de derechos fundamentales e involucrando innecesariamente a personas que no deseaban tal situación.

En esa línea, la presunción de paternidad *-iuris tantum-* no solo genera la obligación de pasar alimento del padre, sino que trae

consigo otras obligaciones, por lo que el padre, más allá de la buena voluntad que tenga de pasar alimento al menor, pero que no quiera tener el vínculo paterno filial con el menor, deberá ir en contra de la presunción de paternidad y probar ante un juez, mediante la prueba de ADN que no es el padre biológico del niño (niña) y que tampoco lo es afectivamente, ya que el padre desde un inicio no dio el consentimiento, pues, al ser una presunción *iuris tantum* y que por ende admite prueba en contrario, esta rompe la relación paterno filial formal y material.

Así, habiendo demostrado no ser el padre biológico del menor, se podría argumentar que hay un vínculo afectivo enmarcándose tal supuesto en la paternidad socioafectiva, no obstante de ser indispensable para ello la congruencia de voluntades de ambos padres, esto es, que ambos padres tengan la voluntad y el afecto para con el menor, voluntad que en el caso del padre no la hay, pues éste, decidió haciendo ejercicio de su derecho al libre desarrollo de su personalidad no tener un hijo, menos mediante el mecanismo al cual la madre recurrió.

No obstante, el menor, al ser una persona tiene derechos que deben ser reconocidos, lo cual va hacer que la madre recurra al poder judicial en busca de la tutela de los derechos del menor, sin embargo, el proceso por la carga de los juzgados en tanto haya un pronunciamiento del juez va a pasar un lapso de tiempo, en el cual,

el más perjudicado va a ser el menor, de ahí que urge un estudio serio y posterior regulación en el tema.

Otra de las consecuencias que se generan respecto de la afectación de derechos del cónyuge que no está de acuerdo con que la madre recurra a la técnica de inseminación artificial heteróloga, es la que se deriva de la institución del matrimonio, el padre al no querer tener un hijo por las diversas razones que tenga, seguramente va a querer disolver el vínculo conyugal, para lo cual se deberán analizar las causales del divorcio, previstas en el artículo 333 del Código civil, no obstante de no encontrar causal específica, por lo que se deberá de recurrir a la causal prevista en el numeral 11 del art. 333 del Código Civil; esto es, “la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial”, o también podría argumentarse una conducta deshonrosa o injuria grave.

El padre, entonces, tendrá que recurrir al órgano jurisdiccional - con todo lo que ello implica- a fin de disolver el vínculo matrimonial, por algo que él no ocasionó, por hacer ejercicio negativo de su derecho de libre desarrollo de la personalidad, en específico, por no querer tener un hijo con su cónyuge, valiéndose de la técnica de reproducción asistida heteróloga.

Ahora, para invocar la causal antes referida, el presunto padre tendrá que probar la imposibilidad de hacer vida en común con su

cónyuge o la que resulte idónea, se tendrá que considerar además de invocar a la causal, el interés superior del niño, el derecho del menor a crecer dentro de una familia, los derechos de la madre que recurrió unilateralmente al uso de la técnica de inseminación artificial.

Estando de ese modo no solo yendo en contra del principio de protección de la familia, ya que se estaría haciendo lo contrario, desprotegiendo a una familia, generando que personas que decidieron contraer nupcias estas busquen romper el vínculo matrimonial, más allá de promover el matrimonio y proteger la familia, más allá de solucionar problemas, el silencio e incertidumbre jurídica que genera tal supuesto fáctico genera conflictos entre los cónyuges, generando además la vulneración de derechos fundamentales del menor.

En el caso que la pareja no tengan vínculo matrimonial, pero que, se les ha reconocido su unión de hecho, ya sea de forma notarial o judicial, y la madre sin el consentimiento de su conviviente recurre a la técnica de inseminación artificial heteróloga a fin de tener una familia, obviamente que está en su derecho de formar una familia y así la referida técnica no este autorizada ésta va a recurrir a practicarse la referida técnica, si bien, en el referido supuesto no se presume que el hijo nacido sea del conviviente como sucede en el matrimonio, por lo que ambos padres, de forma voluntaria deberán

de reconocer al menor, ya sea en el registro de nacimiento, en escritura pública, en testamento o ante el juez.

Caso contrario, cuando uno de los convivientes consienta que su cónyuge recurra a la técnica de inseminación artificial heteróloga, pero pese a ello, la madre recurre unilateralmente, el padre seguramente no quiera reconocer al menor, en tal supuesto, la madre tendrá que iniciar un proceso de declaración judicial de filiación extrajudicial, pues, así se establece en el art. 402, inciso 3 del Código Civil.

Para ello, se deberá probar la paternidad del padre mediante una prueba de ADN, por lo que desde ya no será posible el reconocimiento del menor, es más que evidente que va existir prueba de ADN que acredite el vínculo consanguíneo del menor con el padre, ya que fue un tercero el que aportó las células para que se realice la inseminación artificial heteróloga.

Visto de ese modo, y ante la imposibilidad de probar que el conviviente que no dio el consentimiento es el padre, el principal perjudicado, es el menor, ya que el padre está en todo su derecho de no querer reconocerlo como su hijo, pues biológicamente no lo es, y desde un inicio mostró su disconformidad de serlo, quedando el menor en incertidumbre jurídica respecto de sus derechos que jurídicamente le asisten, pero que devienen en ineficaces.

En el último supuesto, además, al haber un reconocimiento de la unión de hecho, el conviviente que no consintió la técnica de inseminación artificial querrá por ejemplo disolver la unión de hecho, para tal caso, tendrá que realizarlo unilateralmente, justificando al igual que en el matrimonio la imposibilidad de hacer vida en común, pues los proyectos de vida entre convivientes no son compatibles.

Siendo así, se verifica la vulneración de derechos del cónyuge o conviviente que no da el consentimiento haciendo ejercicio negativo de su derecho al libre desarrollo de su personalidad, derecho que debería ser atendido y protegido, ya que en su ejercicio no hay abuso de tal derecho, no hay mala fe del titular del derecho, ya que desde un inicio mostró su inconformidad con que su cónyuge o conviviente recurra a la técnica de inseminación heteróloga para así formar una familia.

Por lo demás, se aprecia también que se deja en incertidumbre jurídica al menor, que siendo persona se deben respetar sus derechos y sobre todo su dignidad, pues, el menor es el más perjudicado.

Respecto de la madre, se está desconociendo su derecho a formar una familia, incluso al haber silencio de parte del órgano competente a legislar se está discriminando a aquellas personas que por su condición no puedan tener hijos de forma natural y

recurran a la ciencia y tecnología para tener una familia, más aún, habiendo recurrido no permitirle formar una familia entre quien lo practica y el menor.

Tal como se ha sostenido en líneas anteriores, el vacío normativo respecto del uso de la técnica de inseminación artificial heteróloga, la cual debería ser vista como una oportunidad de tener familia para aquellas personas que no la pueden tener de forma natural, genera diversos conflictos e incertidumbre jurídica, además de ello, vulneración de derechos de quienes intervienen, de la madre, al estar desprotegida desde el momento en que se somete a la técnica de forma clandestina, el no reconocerle su derecho a tener una familia, al padre al ser aquel que mediante la presunción de paternidad va a requerir obligaciones que no buscó y negó desde un inicio, y sobre todo el menor, su estatus jurídico entra en incertidumbre jurídica, deviniendo en ineficaces los derechos que le deberían asistir como a cualquier niño (a).

3.1.3. Determinar el efecto de la técnica de reproducción heteróloga sobre los contenidos de los derechos del hijo y el cónyuge

Los efectos o alcances de la técnica de reproducción heteróloga sobre los contenidos de los derechos del hijo y el cónyuge están sujetos a una diversidad de criterios que, en el presente punto se trata de unificar, sentando posición acorde con el respeto y tutela de

los sujetos involucrados, en especial el hijo y el padre que no ha prestado consentimiento para la práctica de dicha técnica.

Pues, como ya hemos mencionado en el desarrollo del marco teórico resulta lesivo para el ordenamiento jurídico de nuestro país porque vulnera diversos derechos del padre, pone de manifiesto los derechos de la cónyuge para ser madre y formar familia y también los derechos del hijo.

Para ello, se debe partir del concepto de familia, ya definido en el marco teórico, como un conjunto de individuos que comparten su vida y por tanto la misma escala de valores, cuya principal razón de integración es el afecto; tal definición, no desplaza a la definición tradicional o con sentido biológico de la familia sino más bien la adapta a la realidad social en búsqueda de una mayor protección jurídica.

Una forma de darle mayor protección jurídica es el reconocimiento del derecho a formar una familia, que en un primer momento estuvo ligada a la idea del matrimonio, es decir, no se podía concebir el hecho de formar una familia sin previamente haberse unido por este vínculo religioso y/o legal, por eso incluso se promovía al matrimonio manifestándose como uno de los principios del derecho de familia. No obstante, la Constitución reconoce otras formas de formar familia a través de su artículo 4 cuando reconoce como tal a las uniones de hecho, por ejemplo, claro está que no deja de darle primacía al matrimonio.

De ahí que, se considere al matrimonio como la forma principal para constituir familia, en razón a la mayor estabilidad social y jurídica que supone, pero no es la única. Por eso, cuando se hace uso de las técnicas de reproducción asistida con razón de ejercer su derecho a formar familia no constituye un acto no lícito o inmoral, sino que también constituye una manera para acceder a formar familia, lo cual no está penado dentro de del sistema jurídico peruano; más aún, debe coadyuvarse a ejercer ello, porque crecer en familia o tener una familia es para las personas un soporte social en tanto que implica un refugio de amor ante cualquier agresión de la sociedad en la que se desarrolla a lo largo de su vida.

Sin embargo, estas técnicas de reproducción asistida, en especial la que es materia de la presente investigación, inseminación heteróloga sin consentimiento del padre; es decir, cuando la mujer ha obviado tener en cuenta el consentimiento de su pareja (futuro padre de hecho del niño) y de manera unilateral ha acudido a la realización del procedimiento para ser madre, no solo pone en riesgo las relaciones personales que debería existir dentro de cada familia en cuanto al vínculo entre cónyuges, sino también la relación socio afectiva entre padres e hijos nacidos bajo dicho método, ya que se encuentran involucrados derechos como, el derecho del padre al reconocimiento de filiación y a la prestación de alimentos de un sujeto que no es su hijo (implicaría su cuidado, educación, vestimenta, etc.) y de otro lado se encuentra el derecho del niño a crecer en familia, tener un apellido, a saber su identidad, entre otros.

Estos derechos son los derechos que se ponen en juego con la práctica de la técnica de reproducción heteróloga sin consentimiento del padre. Dentro de ellos, el que más se tiene en cuenta en el ordenamiento jurídico peruano por los jueces, al momento de resolver este tipo de casos, es el derecho a percibir alimentos; pues el Código Civil señala que los padres tienen la obligación de prestar alimentos a sus hijos hasta que cumplan la mayoría de edad salvo excepciones.

De ahí que, únicamente muestren interés porque el niño tenga alimento para su subsistencia, obligando a los hombres a figurar como padres solo para brindarles alimentos.

Esto sucede porque en el ordenamiento jurídico peruano no se regula ni de manera general ni específica las implicancias que acarrearán la utilización de técnicas de reproducción asistida, por ende, no se regula las implicancias que supone la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre. No obstante, contempla aspectos que surten efectos dentro de la relación conyugal, ya que se presume como padre del hijo que nace dentro del matrimonio al marido, así como, la filiación y la obligación alimentaria (artículo 287 y 342 del Código Civil).

Se podría pensar que la obligación de pasar alimentos es para el padre, debido a la presunción de paternidad anteriormente señalada. Sin embargo, se debe entender que, más allá de tener un sustento económico que permita alimentar al niño, sin desmerecer la

importancia de este y la tutela que se le debe otorgar todos los ordenamientos jurídicos, también es necesaria la creación de una relación socio-afectiva entre padres e hijos.

Además, se estaría afectando el derecho del libre desarrollo de la personalidad del padre que no ha prestado su consentimiento, pues se le está imponiendo una responsabilidad que no le corresponde por el hecho de no haber conocido la decisión de su pareja y no haber mostrado su acuerdo para ello. Toda persona es libre de decidir sobre su propia vida, dentro del margen de la ley y siempre y cuando no afecte derechos de otros individuos, de ahí que tenga el pleno derecho de decidir ser o no padre, la manera y el momento en cómo lo será. Ello es así porque, la libertad de decisión sobre qué hacer con nuestra vida tiene un límite y es el respeto de los derechos de las otras personas, no se puede hacer uso de los derechos para afectar a otros.

Entonces, se puede decir que el derecho a percibir alimentos es sumamente importante y por eso merece ser tutelado, no obstante, se debe poner atención -además de ello- a otros derechos tales como la integridad física y psicológica del niño, como producto de la creación socio-afectiva entre el niño y el padre que no ha prestado su consentimiento para la inseminación heteróloga, puesto que se trata de una relación bilateral, recíproca, que no se crea solo con el hecho de pasar una pensión alimenticia.

Lo que se genera a partir de la imposición de la obligación de pasar alimentos y no solo eso, recordemos que el concepto de alimentos abarca también los conceptos de educación, vestido, salud y demás, para la sobrevivencia del niño, es un desgaste económico que el padre no previó pero que está obligado a satisfacer.

Hay que tener en cuenta que, la madre al optar por la práctica de la técnica de reproducción asistida denominada inseminación heteróloga sin consentimiento del padre, es consciente que no va a necesitar de un hombre que le provea alimentos y que será la responsable de todo lo que el resultado de dicha práctica necesite a lo largo de su vida. No puede exigir o hacer uso de derechos cuando tomó una decisión sin previa consulta y consentimiento de su pareja. De ser así, se vulneran derechos fundamentales e involucra necesariamente a personas que no deseaban tal situación.

Otro derecho que es de suma importancia es el derecho a la identidad del menor, basada en el libre desarrollo y el bienestar del mismo, no una identidad basada en la obligación de llevar un apellido de una persona que no quiere hacerse cargo de él o que nunca conoció. No puede darse arbitrariamente bajo el seno de una presunción que depende del matrimonio, sino que debe hacerse sobre bases objetivas e independientes porque los derechos que involucra son intangibles para la persona y más para los niños, que son los que al fin y al cabo se encuentran en el centro de estos conflictos y necesitan protección especial.

De lo contrario se entendería que:

sin el consentimiento de su esposo, estamos ante la ausencia del elemento genético y del volitivo, es decir, no hay constancia del deseo del marido de aceptar al futuro ser que pueda nacer. La filiación del niño dependerá del momento de su nacimiento. Si nace dentro de los plazos previstos por la presunción de paternidad, el hijo será matrimonial y la paternidad será atribuida al marido, aun cuando sea posible la impugnación de dicha paternidad. (Pérez, 2002, p. 151).

La solución que se le ha pretendido dar es el denominado consentimiento informado del sometimiento a la técnica de reproducción heteróloga, consistente en informar de la manera debida a las personas que recurren a la práctica de dicha técnica y todo lo que ella involucra “las razones que justifican el recurso a la dación de gametos, las consecuencias para los hijos y para ellos mismos, riesgos, beneficios y toda otra información que refiera al tema” (Lafferrière, 2010, p.142).

Pero, ello sucede en el supuesto que una pareja busque de común acuerdo ser padres, bajo la elección de dicha técnica. En el caso que, solo la mujer en su afán de ser madre se somete a la técnica de reproducción heteróloga sin consentimiento de su pareja, ya que la fecundación heteróloga que se practica con conocimiento y asentimiento del padre lo inhabilita para demandar por la impugnación de la paternidad. En ese supuesto específico, no se le puede exigir a la pareja a hacerse responsable de un ser humano con el cual no tiene lazos biológicos, ni mucho menos socioafectivos, puesto que no tuvo conocimiento ni estuvo de acuerdo con traerlo al

mundo y esto es conocido por la madre que decide someterse a tal técnica sin conocimiento de su pareja.

3.1.4. Delimitar el contenido del derecho a la dignidad como consecuencia de la práctica de inseminación asistida heteróloga en los derechos de los cónyuges y del hijo

Como se indicó en la parte del marco teórico, el hacer uso de las técnicas de reproducción asistida con razón al ejercicio de su derecho a formar una familia, no constituye un acto ilícito o inmoral sino constituye una forma para acceder a conformarla, lo cual implica que tanto cónyuges como del hijo, debe prevalecer su derecho a la dignidad.

El derecho a la dignidad regulado en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, es uno de los fines de la sociedad y del Estado, pretendiendo la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es así, que nuestro texto constitucional regula la promoción de llevar una digna calidad de vida entre sus ciudadanos como un auténtico deber jurídico.

El referido artículo, se puede analizar desde una concepción clásica de los derechos del hombre, tal como lo postula Landa (2016), entendida como aquella defensa de la persona humana en su status negativo o estático, vale decir, que frente a las posibles violaciones del Estado o agentes de la sociedad estos deben abstenerse de intervenir en su libre desarrollo de la persona.

Esta concepción postula que las autoridades del Estado deben autolimitarse y no intervenir en la esfera de los derechos y libertades personales. Mientras que, desde una concepción contemporánea de los derechos, la dignidad entendida desde un status positivo o humanístico, busca el reconocimiento de todas las personas que gozan de las mismas capacidades y posibilidades para su plena realización, así como cuentan con el apoyo, promoción y defensa de los poderes públicos y privados.

La dignidad, en palabras de García (2018) “conlleva al derecho irrefragable a un determinado modo de existir, de allí que, “por efecto de su dignidad se le garantice el amplio desarrollo de su personalidad.” (p.15). Entendiéndose como aquel atributo básico que goza indubitablemente el ser humano y le permite ser capaz de organizar su vida de manera responsable, siendo que cada persona es portadora de estima y apoyo en todos los aspectos de su vida de acorde a su condición de humano, de modo que todo ser humano tiene la capacidad de decidir libremente y racionalmente, de determinar su identidad y forjar su proyecto de vida; asimismo tiene exigencias como respeto, protección, promoción y defensa.

El mayor interprete de la Constitución ha señalado en su senda jurisprudencia que: “El derecho a la dignidad constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquella sea un mero objeto del

poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. (...)" (STC N° 02101-2011-PA/TC, fund. 4)

Del mismo modo, en el STC N° 02273-2005-HC, en Tribunal Constitucional reconoce a la dignidad humana como un derecho constitucional e internacional donde sus alcances jurídicos alcanzan un soporte axiológico y estructural, que todo ordenamiento jurídico debe respetar, defender y promover. De este reconocimiento, se establece que:

la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que lo poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía. (STC N° 02273-2005-HC, fundamento 8)

Pues bien, el alcance del derecho a la dignidad conforme a lo establecido en la Constitución Política del Perú no solo representa un valor supremo que se justifica con la existencia del Estado, sino que constituye como fundamento esencial de todos los derechos que regula el ordenamiento.

En ese sentido, lo mencionado tiene relevancia y produce determinadas consecuencias jurídicas, tal como se manifiesta en la STC N°02273-2005-HC que la dignidad vista como principio, implica actuar a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, tales como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial

constitucionalmente protegido de determinados derechos, en los casos que el derecho deviene una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; hasta se extiende a particulares.

Por otro lado, la segunda consecuencia es vista a la dignidad como derecho fundamental que se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo; a partir del ordenamiento jurídico que lo exige y lo ejecuta, es decir, que el individuo se encuentre en la posibilidad de ser legitimado y exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, y en el caso la práctica de inseminación asistida heteróloga debe ser concebida como una forma de conformar una familia y que merece tutela y protección del derecho a la dignidad de sus miembros como lo son cónyuges e hijos procreados.

Es de esta forma como el derecho a la dignidad permite consagrar la promoción de una calidad de vida digna, independiente de la forma de procreación como es el caso de la práctica de inseminación asistida heteróloga, en la que, los derechos de los cónyuges y del hijo debe primar y el Estado es el encargado de tutelarlos en atención al principio de individualidad de los derechos fundamentales.

Es menester, indicar que el derecho a la dignidad no solo comprende como un valor y un principio, sino también un concepto dinámico, tal

como lo establece el Tribunal Constitucional en el STC N° 10087-005-PA:

pero la dignidad también es un dinamismo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos". (fund. 5)

Como se puede apreciar, la dignidad como derecho comprende todas aquellas actuaciones positivas que permiten la realización de la dignidad humana, y que esta no solo se satisfaga en la mera técnica positivización por el Derecho, sino que los poderes públicos y particulares intervenga en garantizar el goce de todas las garantías que implica para su protección.

3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.2.1. La afectación del principio de promoción del matrimonio enfrentado al principio de protección de familia y el derecho de formar y vivir en familia.

Como se aprecia, la familia nuclear ya no es la única forma de constituir una familia, de las técnicas de reproducción asistida se desprenden otros tipos, pues, los integrantes que lo conforman, premunidos de afecto, sienten y son vistos por la sociedad como una familia.

Así se tiene, por ejemplo, la denominada familia monoparental, conformada por un solo padre o madre e hijo(s), familia que ha existido incluso antes de las técnicas de reproducción asistida y se caracteriza porque ya sea el padre o la madre son los únicos que se encargan de la crianza de sus hijos. Supuesto que se enmarcaría con la técnica de reproducción asistida-heteróloga.

Ahora bien, en el caso que la madre recurra a la técnica de reproducción asistida heteróloga sin el consentimiento de su cónyuge o pareja, el resultado de tal técnica va a ser un ser humano que al igual que todos tiene derechos, el ser fruto de la referida técnica no lo hace diferente, tendrá derechos, por ende, a tener un padre, una madre, un nombre, a ser reconocido por sus padres, a ser alimentado, a tener una familia, etc.

Sin embargo, los referidos derechos del niño se contraponen o entran en colisión con los del padre que no estuvo de acuerdo con la decisión de la madre de recurrir a la referida técnica, por ejemplo, su libertad de decidir de tener o no un hijo, al negarse tenerlo, ¿el menor aún se computará hijo del padre al haber nacido dentro del matrimonio?, ¿el padre está en la obligación de reconocerlo como su hijo?, ¿tendrá la obligación de pasarle alimentos?

Problemas que hoy en día se dan en el mundo fáctico, pero que son obviados por el mundo jurídico, que además de desproteger a la madre ya que tendrá que someterse a la referida técnica de forma clandestina, de forma informal, tiene que cargar el peso de

recurrir al poder judicial a fin de que se reconozcan los derechos de su hijo, que está demás decir, al ser persona tiene el derecho a ser protegido y que se respete su dignidad tal como se señala en el artículo 1 de la Constitución, situación que implica un gasto para la madre y pretensión que al final – posiblemente - no tendrá el resultado que la madre espera.

En esa línea, habiéndose advertido la problemática que genera la inseminación artificial heteróloga, es que merece un análisis serio del supuesto fáctico y reconocer dándole contenido -sustantivo- a los principios constitucionales de protección de la familia, tal como se consagra en el artículo 4 de la Constitución.

De eso modo, es que se coincide con lo que sostiene Lamm (2012), quien manifiesta que el camino para resguardar los derechos del niño, así como de los intervinientes del proceso de inseminación artificial, definitivamente no es la prohibición de conductas, como la práctica de la misma, ya que ello no impide que su práctica se dé, así sea de manera informal; de manera que, lo que resulta más óptimo para lograr tal fin, es decir, para asegurar la tutela de los derechos fundamentales del niño y los intervinientes es pues la regulación de todas las conductas referentes a la práctica de la inseminación artificial, ya sea de tipo homóloga como heteróloga (Roca Trías, 1999).

De ese modo, se estaría no solo protegiendo la salud de la madre sino también se estaría dando la posibilidad de que personas que,

ya sea por su condición no pueden tener hijos con su pareja de manera natural, o aquellas personas que, sin tener parejas, sin haber contraído matrimonio por diversas razones, deseen tener una familia mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga y la tengan de manera segura, sin miedos.

Pues, con la regulación y autorización del empleo de la referida técnica el Estado tendrá que implementar protocolos y todas las medidas posibles que garanticen no solo la salud física y emocional de quien la practica sino también del concebido, que como se establece en el Código Civil es sujeto de derechos en todo en cuanto le favorezca. Regulación que además estaría encaminada coherentemente con uno de los principios-derechos, como es la protección de la familia.

Principio que no se condice con su contenido sustantivo, puesto que la regulación vigente, solo admite o reconoce de manera restringida y hasta discriminatoria solo a un tipo de familia, no quepa duda por lo demás que el principio de promoción del matrimonio otorga seguridad, incluso estabilidad a una familia, sin embargo, prohibir o restringir a un solo tipo de familia es hasta contradictorio con la disolución del vínculo matrimonial, con la tenencia, etc.

Pues, al separarse los cónyuges, los hijos -de haberlos- van a pasar a vivir con uno de los padres, o incluso sin darse el divorcio, cuando ya sea que el padre o la madre fallece la familia se va a

constituir solamente entre el cónyuge supérstite y el hijo, y no dejan de ser familia por ello, o por ejemplo, en el caso de la adopción no hay vínculo consanguíneo pero se considera una familia por el vínculo afectivo que se tienen sus integrantes.

Siendo así, es indispensable una regulación en el tema en discusión no solo por lo que son supuestos fácticos que con el avance de la ciencia y la tecnología se da la posibilidad a personas con ávido de tener una familia y que de forma natural les es imposible, sino porque el Estado está en la obligación de proteger a la persona, de proteger su dignidad, y una forma de hacerlo es reconociendo los derechos, dándoles contenido a un principio como lo es el de promoción de la familia, y de esa forma salvaguardar la salud física y emocional de personas que recurren a la ciencia y tecnología con el objetivo de tener una familia, y darles además seguridad jurídica.

3.2.2. La necesidad de proteger los derechos de la madre respecto al derecho de constituir familia y a la libertad reproductiva frente al libre desarrollo de la personalidad del padre al momento de decidir la filiación y la obligación alimentaria a fin de afectarlos materialmente.

Como se mencionó en anteriores oportunidades, el derecho a formar familia es un derecho que implica preferentemente el hecho de hacer vida en común, por lo tanto, involucra conceptos materiales y espirituales entre las personas que participan de ella.

comprenden el derecho básico de toda pareja y de toda persona de decidir libre y responsablemente sobre el número, el espaciamiento y la oportunidad de tener hijos/as y de tener la información y los medios de hacerlo, así como acceder plenamente a los métodos para regular la fecundidad. Asimismo, comprenden contar con servicios de calidad para el cuidado de las gestantes y recibir atención de emergencia y contar con todos los insumos para garantizar la maternidad saludable y segura. (Guevara, 2020, párr. 7)

Ello, está ciertamente relacionado con la finalidad del matrimonio, constituir familia, no obstante, ya ha quedado claro que no es la única forma de formar una familia en la actualidad.

De ahí que, este derecho permita a las personas decidir también el número y espaciamiento de los hijos, así como el derecho a contar con información sobre planificación familiar, ya que evidentemente implica responsabilidad y compromiso para con la crianza de los hijos, crianza que va desde el otorgamiento de alimentos, vestimenta y otros, hasta el proporcionamiento de un ambiente sano emocionalmente para su desarrollo.

Por eso, cuando se hace uso de la técnica de reproducción asistida como la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre, teniendo como base el derecho de la madre de formar una familia no constituye un acto ilícito, contrario a las buenas costumbres, al menos dentro de nuestro ordenamiento jurídico no lo es, como tampoco lo es en otros ordenamientos jurídicos, que contrariamente al nuestro sí regulan y le dan mayor protección a la formación de familias a partir de las técnicas de reproducción asistida.

En el Perú, no se encuentra prohibido el uso de las técnicas de reproducción asistida, pero tampoco están reguladas, he ahí la necesidad de tutela ante la presencia de su práctica. Esto es así, por el mismo cambio de la realidad social, el uso y reconocimiento de nuevas formas de constituir familia.

En ese sentido, se tiene que la mujer que decide unilateralmente ser madre, lo hace en pleno uso de su derecho a formar familia y a su libertad reproductiva y lo hace consciente de los efectos que acarrearán respecto de la manutención, cuidado y estabilidad emocional del hijo que ha decidido traer al mundo con ayuda de la referida técnica de reproducción asistida. Lo cual, no debería constituir una obligación para el donador de gametos, o para la pareja de la mujer que se ha sometido a su práctica, en el caso que tengan un vínculo matrimonial o convivencial, puesto que, como efectivamente se recalca, la práctica de la inseminación heteróloga en el caso específico es sin conocimiento y consentimiento de la pareja de la mujer que decide hacerlo.

Si no se tiene en claro ello, se podría afectar el derecho al libre desarrollo de la persona a la cual se le computaría como padre, cuyo objeto es tutelar la esfera de vida del individuo, por ser un sujeto de derechos, de ahí que, busque proteger el proyecto de vida del mismo, así como sus diversos comportamientos y cualidades, con la finalidad de alcanzar la felicidad. Dentro de los cuales se

encuentra comprendida la autodeterminación de la persona para decidir lo que quiere o no hacer en su vida.

El derecho del libre desarrollo de la personalidad y dentro de este también sus derechos sexuales y reproductivos, se estarían vulnerando en este caso, puesto que, se impondría una responsabilidad para la cual no prestó su asentimiento. Por eso, es importante tener en cuenta que el ejercicio de todo derecho tiene límites, los cuales son constituidos por los derechos de otros individuos. Es decir, no se puede ejercer derechos en afectación de otros.

Es por eso que, en el momento que una mujer decide ser madre mediante el uso de la inseminación heteróloga sin consentimiento de su pareja, ya sea dentro de una relación matrimonial, convivencial o no como forma de constituir familia; debe ser consciente que no puede obligar o exigir derechos respecto del individuo que vendrá en camino producto de la práctica de dicha técnica de reproducción asistida.

Como se mencionó no se puede obligar a una persona a hacerse responsable de prestar alimentos, educación, vestido, salud y demás, para la sobrevivencia de un niño, respecto del cual no estuvo de acuerdo, y no deseaban encontrarse inmersos en tal situación. Lo que se generaría, al atribuir la responsabilidad al padre, por el hecho de ser propietario de la carga genética o porque

el niño nació dentro de una relación reconocida legalmente, no sería más que una carga económica para el padre.

El vínculo que se debe establecer entre padres e hijos, va más allá de compartir la misma carga genética, va más allá de un vínculo biológico. Hoy se debe hacer prevalecer el concepto de paternidad socioafectiva, formada por las vivencias a través del tiempo compartido. Con ello se pretende evitar, por ejemplo, que cuando el niño nazca dentro del matrimonio, como producto de una inseminación heteróloga sin consentimiento del padre, se repute como hijo del cónyuge, sin necesidad de declararlo expresamente como su hijo, hasta que la madre no declare lo contrario o el padre no inicie el proceso respectivo para desligarse filialmente del menor. Esto, en función a que la filiación no se otorgue en base a meras presunciones, pues a partir de ella se involucran otros derechos, como la identidad del menor, derechos sucesorios, entre otros.

De esta manera el Estado puede garantizar los derechos y libertades de las partes involucradas, por ello, la regulación tiene que ser detallada e idónea para actuar en casos específicos.

3.2.3. La consideración del carácter dinámico del interés superior del niño, así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad del padre al momento de decidir la filiación y obligación alimentaria.

Como bien se ha mencionado, el interés superior del niño como principio se instauró a partir de la doctrina de protección integral de los derechos del niño y su reconocimiento como sujetos de derecho por la Convención sobre los Derechos del Niño. Desde ese momento los niños, niñas y adolescentes tienen capacidad de ejercicio para la defensa y respeto de sus derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta que, el principio del interés superior del niño vincula a cualquier órgano público o privado y en cualquier circunstancia para que cuando exista una disputa en la que esté involucrado un niño, niña o adolescente la solución este orientada siempre a satisfacer los intereses de los niños, niñas o adolescentes antes que de cualquier otra persona; nos damos cuenta que su finalidad última es protegerlos debido a su especial vulnerabilidad a causa de la imposibilidad que tienen para conducirse por sí solos.

En ese sentido, se debe tener en cuenta siempre lo que el niño tiene como propios intereses y pensamientos de vida para una o diversas situaciones que le parezcan importantes como correlato de sus derechos humanos, siempre acorde a su edad, el respeto

de su vida y a no ser discriminados por posición económica ni por otro motivo.

No obstante, ante la práctica de la inseminación heteróloga sin consentimiento del padre, este principio de interés superior del niño se ve enfrentado al derecho al libre desarrollo de la personalidad del padre, que como ya se ha explicado en anteriores oportunidades busca proteger los derechos y cualidades del ser humano como manifestación de sus derechos inherentes, el desarrollo particular de cada individuo como una parte muy intrínseca y personalísima de la persona que hacen de él único e inigualable; es decir, implica el respeto por la propia autodeterminación de la persona para decidir qué quiere y que no quiere hacer en su vida, en ese sentido, forma parte la decisión del padre del momento de decidir la filiación y obligación alimentaria.

Ante la evidente disputa, a simple vista se puede decir que la solución debe orientarse a satisfacer los intereses del niño, como manifestación del principio del interés superior del niño. Sin embargo, debe tenerse en cuenta otras situaciones del caso en concreto, tratando de prevalecer los derechos de todas las partes, en especial los del padre que no ha prestado su consentimiento. Ello otorgará mayor seguridad jurídica a las personas que pertenecen y se someten a un determinado ordenamiento jurídico.

Pues, al carecer de una relación jurídica reconocida, no se le puede exigir el cumplimiento de obligaciones legales, como los alimentos, u otorgar derechos derivados como la trasmisión sucesoria o deberes naturales como el reconocimiento. Ya que, el consentimiento es el que lo ligaría a la voluntad de ser padre, así como a una responsabilidad pro-creacional y asunción de un rol paterno; pues ello vendría a ser como un efecto jurídico de reconocimiento.

En el caso, la utilización de la técnica de inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del padre, al no existir el acuerdo o voluntad del mismo, y, además, no existir el vínculo biológico, haría viable la impugnación de la paternidad, ello “por no haber asumido la condición de padre respecto de esa concepción” (Correa, 2017, p. 96).

De ahí que, la madre que decidió hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida deberá ser la única responsable del cuidado, alimentos, vestido y otros necesarios para el la subsistencia y desarrollo del hijo nacido producto de una inseminación artificial heteróloga.

Si el padre que no ha prestado conocimiento, al conocer -valga la redundancia- que su hijo es producto de una inseminación artificial heteróloga, está conforme por la socio-afectividad que pudo crear en el tiempo de embarazo y posterior nacimiento, no acarrearía

ningún tipo de problema legal, puesto que estaría de acuerdo en las responsabilidades filiatorias, alimentarias, patrimoniales y de cualquier otro tipo que se deriven de tal relación.

El hijo nacido de una inseminación heteróloga, donde no se ha prestado el consentimiento del padre perdería legitimidad para impugnar la filiación paterna, puesto que no existiría vínculo alguno, contrario a lo que sucede cuando sí existe dicho consentimiento.

Respecto del donante del semen (un tercero), es claro que no se tendría acción de impugnación de paternidad, ya que la única finalidad de este es ayudar a quién no puede procrear de manera natural, desligándose de cualquier tipo de responsabilidad que le pueda ser exigida por el vínculo biológico que pueda existir con el niño. Ello, debe constar en un documento legalmente reconocido.

Cabe aclarar que, en virtud del carácter dinámico del interés superior del niño, respecto a conocer su identidad biológica -tal como en la legislación comparada- el hijo tendría derecho a conocer la identidad del donante de los gametos masculinos (semen) a partir de los 18 años de edad si así lo quiere y cree necesario, sin que de dicho conocimiento se pueda crear un vínculo de filiación y demás derechos que de él deriven. Con ello, se estaría respetando el derecho del niño a conocer su identidad biológica paterna.

Además, se evitaría lo siguiente:

ciertas intromisiones del dador en la vida familiar de la pareja asistida, para evitar el desaliento a la dación que se generaría con la individualización de su identidad y por último se fundamenta teniendo en cuenta las posibles perturbaciones psicológicas y emocionales que le podría acarrear al niño nacido por fertilización asistida, conocer su identidad biológica, siempre dejando la posibilidad de acceder a esta información en caso de necesidades terapéuticas. (Correa, 2017, p. 88)

Aquí, la presunción debería ser que todo hijo nacido durante el matrimonio o una relación convivencial reconocida tiene como padre al marido o conviviente de su madre, cuando ha prestado su consentimiento, sino sería arbitrario imponerle responsabilidades que de tal situación se deriva, como la filiación, prestar alimentos, derechos hereditarios y otros.

3.2.4. El quebrantamiento del derecho a la dignidad frente a los derechos involucrados de los cónyuges y del hijo como consecuencia de la práctica de reproducción asistida heteróloga.

Es importante recalcar que el ordenamiento jurídico peruano, protege y promociona todo tipo de familia, ello implica que el hacer uso de las técnicas de reproducción asistida con razón al ejercicio de su derecho a formar una familia, no constituye un acto ilícito o inmoral sino constituye una manera para acceder a conformar una familia.

El formar una familia implica plena responsabilidad y compromiso de ambos padres para hacerse cargo de la crianza de sus hijos en caso decidan tenerlos, independiente de la forma de procreación como es el caso de las técnicas de reproducción asistida, por ello, cuando se hace uso de esta forma de procreación con razón de ejercer su derecho a formar familia no constituye un acto ilícito ni mucho menos inmoral pues funda una manera para acceder a conformar familia; en nuestro ordenamiento no está prohibido ni penado sino que protege a toda forma de familia por lo que debe coadyuvarse a ejercer ello, porque crecer en familia o tener una familia es para las personas un soporte social y personal.

El negarse a optar por los derechos involucrados de los cónyuges y del hijo como consecuencia de la práctica de reproducción asistida heteróloga quebranta indefectiblemente el derecho a la dignidad, sobre todo de aquella persona que en uso de su libre personalidad pretende convertirse en padre o madre y formar un hogar.

Pues bien, la Constitución Política del Perú en el artículo 1 señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, si esto es así, el deber jurídico del Estado es la promoción de llevar una calidad de vida digna donde se brinde el reconocimiento a todas las personas a gozar de las mismas capacidades y posibilidades para su plena realización, como persona fundada en su propia dignidad

corresponde también a esa confluencia del entendimiento de derechos fundamentales como núcleo básico, necesario e irrenunciable al que se hace referencia, y en ese sentido, implica el goce efectivo de todo el sistema de derechos y libertades fundamentales como el objeto de tutela a esa esfera vital del individuo.

Lo mencionado tiene relevancia, a partir de la construcción de la dignidad, vista desde la perspectiva de la moral crítica o ideal, es decir, con un razonamiento moral de la persona que no se guía por las reacciones sociales, sino a partir de sus principios obtenidos racional y reflexivamente; entonces si entendemos a la dignidad como el deber de proteger los derechos y cualidades del ser humano como manifestación de sus derechos inherentes, y tutelar el libre desarrollo de cada individuo como un ser único e inigualable se estaría prevaleciendo la libertad del padre y la madre de ejercer su derecho a la libertad de su personalidad para procrear a un hijo mediante las técnica de reproducción asistida heteróloga, lo cual se encuentra justificado su actuar; toda vez que se protege su proyecto de vida para ser padre o madre, para formar una familia y otros, no obstante, esta libertad de decisión sobre qué hacer con nuestra vida tiene como límite, y es el respeto de los derechos de las otras personas sin afectar sus derechos.

En el caso en específico, quedarse con una concepción sesgada de procreación del ser humano, no contribuye a la concepción

contemporánea de dignidad humana, como estableció el Tribunal Constitucional en la STC N° 02101-2011-PA/TC:

la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano. Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, [...], que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que les es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista. (fundamento 4)

Siendo así, el padre no se vería afectado en sus derechos sexuales y reproductivos, el decidir ser o no padre mediante la práctica de reproducción asistida heteróloga es una decisión netamente de la persona dentro del marco de su derecho al libre desarrollo que ostentan las personas, al aceptar y conformar un hogar para manejarse conforme a sus ideales adoptándose a una paternidad socio afectiva, el cual es formada a través del tiempo y conforme a las vivencias que las personas tienen en un determinado tiempo y espacio.

Ahora bien, el artículo 361 y 362 del Código Civil, trae a colación algunas presunciones, tal como se reputa como padre del hijo que hubiere nacido dentro del matrimonio, salvo que la madre declare expresamente que no es de su marido, es decir, basta que una pareja este casado para asumir a los hijos nacidos dentro de tal

periodo como hijos del marido, sin necesidad de reconocimiento legal.

En ese sentido, en el caso de inseminación heteróloga sin consentimiento del padre, al encontrarse casadas las personas automáticamente el niño nacido se computa hijo del cónyuge varón, sin necesidad de declararlo expresamente como su hijo, desplegándose automáticamente frente al niño todos los derechos que le corresponde, tales como, a llevar sus apellidos como manifestación de su derecho a la identidad, alimentos, derechos sucesorios, entre otros.

Es así que, la finalidad de hacer realidad lo que se postula, quien no cuestione dicha paternidad y decida conformar una familia a través de este método, desprende los deberes que se competen como tal, pues mediante su derecho de su libre personalidad que se desprende del derecho a la dignidad se está aceptando ser padre de un hijo concebido de tal forma, confluyendo por una paternidad socioafectiva.

En cuanto al niño que fue creado mediante la práctica de reproducción asistida heteróloga, también es un ser humano que goza de dignidad y que al ser parte de una familia debe brindarse todas las atenciones propias de su condición de hijo, en tanto se debe prevalecer el principio del interés superior del niño, este viene a ser un principio inspirador que encierra otros derechos los cuales poseen carácter preexistente a la intervención del ser humano y que

no basta con saber que existen tales derechos sino también dónde existen, cuya búsqueda se encuentra en los códigos de las diversas legislaciones.

Por ejemplo, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; asimismo, en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes Peruano, el cual reafirma la posición de la Convención indicando que es un parámetro de actuación respecto de las instituciones ya sean públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos en cuanto a que en cualquier asunto en el que se vean involucrados los intereses de los menores estos deben tener siempre como suprema consideración el “interés superior del niño”.

Visto de esta manera, toda norma que afecte real o potencialmente a un menor ha de interpretarse a la luz de su interés superior, lo cual, entre todas las interpretaciones posibles, aquella que nos pueda aportar una norma aplicable a un caso que afecta directa o indirectamente a un niño, se debe considerar a aquella que satisfaga en mayor medida al menor.

Evidentemente, cuando confluyan enfrentamiento de derechos de padre, madre e hijo ante la existencia de una inseminación heteróloga sin consentimiento del padre, una de las disparidades debe orientarse a satisfacer los intereses del niño, sin embargo, siempre se tratará de prevalecer los derechos de todas las partes. Claro está que en supuesto que postulamos, la persona que acepte este tipo de relación paterno-filial, desplegando su autonomía de libre desarrollo, que el derecho de la dignidad le ha otorgado, pues, va a dirigir su afecto, atención y cuidado al niño, con la autosatisfacción y estabilidad que amerita.

Por las concepciones morales, que la persona haya adquirido mediante el derecho a la dignidad, fortalece su ánimo de vincularse paterno- filial a un ser procreado producto de las células utilizadas que no fueron las propias del marido o de la pareja, es decir, mediante las técnicas de producción asistida heteróloga; pero que los lazos de amor, cuidado, asistencia, responsabilidad, entre otros se desprenden de una incondicional paternidad socioafectiva, por ello, negarles gozar de estos derechos (conyugues e hijos) se estaría quebrantando del derecho supremo que acoge la Constitución Política del Perú en su artículo 1.

Por otro lado, si bien la Ley General de Salud restringe esta posibilidad de filiación porque exige la identidad materna y a la exigencia necesaria de autorización de los padres biológicos, aunque esta razón ha sido debatida en la jurisprudencia peruana

indicando que esa anotación de la Ley General de Salud, debe interpretarse cuando se puede hacer la fecundación en la madre biológica y gestante a la vez está bien, pero cuando no, nada impide que este criterio no coincida pues si su finalidad es formar familia no puede ser frustrado.

Otra de la razón por la que no se debe quebrantar el derecho a la dignidad, de elegir el libre desarrollo de los cónyuges a conformar una familia es que a través de la técnica de reproducción asistida es un método que da solución a aquella imposibilidad de la mujer que desea ser madre, pero que no puede anidar el óvulo fecundado en su útero por alguna razón biológica o patológica; o caso contrario cuando el hombre tiene una baja producción de esperma, a anomalías en la función del esperma o a obstrucciones que impiden la fertilidad. Motivo por el cual puede constituirse normativamente debido a los casos que se presentan en la realidad social.

Atendiendo a los argumentos esbozados, y conforme a lo señalado por el mayor interprete de la Constitución, Tribunal Constitucional, en la STC N° 02101-2011-PA/TC, ha indicado que “El derecho a la dignidad constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales (...)” (fundamento 4), y en concordancia lo establecido en la STC 10087-2005-PA, que expresa, que la dignidad también es:

un dínamo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, (...) De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos. (fund. 5)

En esa misma línea, somos de la perspectiva que el concepto dignidad no es estático sino dinámico que se nutre de todas aquellas concepciones de una moral crítica adoptada por la persona, entonces de la construcción del concepto de dignidad constituye como un valor y uno de los derechos fundamentales que se proyecta como un principio de actuaciones positivas que permiten el libre desarrollo de la persona, y que el Estado como la sociedad deben garantizar su goce de garantías y niveles adecuados para la protección de su ejercicio; de modo que, la protección de la dignidad no solo debe verse en una dirección sino es multidireccional enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas estas en sí mismas son indispensables para que surja, la dignidad humana.

En el supuesto que se defiende, el derecho a la dignidad frente a los derechos involucrados de los cónyuges y del hijo como consecuencia de la práctica de reproducción asistida heteróloga, lo que debe primar, es la libre autonomía que tiene el ser humano para decidir de qué manera, cuándo y en que, circunstancias formar una familia, y el Estado debe garantizar la promoción de cada uno de los derechos que involucra tanto cónyuges e hijos, ya

que al final lo que se busca es conformar una familia constituida con todos y cada uno de sus derechos y obligaciones que les asiste.

El negarse el reconocimiento de este tipo de familia, independientemente de la forma en que fue constituida (práctica de producción asistida heteróloga), es negar todos aquellos derechos inherentes a la persona, como es la dignidad, libertad e igualdad humana, que estos constituyen una garantía para que los demás derechos se gocen, como lo es el derecho a una identidad, a una familia, entre otros; lo relevante aquí es que cada uno de los miembros que la conforman esta familia se sientan bien, que se autosatisfagan dentro de los límites que el ordenamiento jurídico ha previsto, es decir, no causar ni vulnerar los derechos de los demás.

Por lo que, es válido regular estos supuestos en la medida que el hombre o la mujer que decida conformar una familia en estas condiciones, la asumirá con la plena convicción que lo primordial será velar por ese ser humano procreado, de modo que frente a los cónyuges se va a desprender todas las obligaciones de los padres hacia los hijos como es darle alimento, vestimenta, educación, salud, entre otros; porque de ellos depende que ese niño goce con todas las condiciones necesarias para su libre desarrollo; y los cónyuges en razón a los derechos que acoge nuestro ordenamiento jurídico peruano, han decidido este tipo de vínculo paterno-filial socioafectivo.

CONCLUSIONES

1. La inseminación artificial sin el consentimiento del cónyuge varón afecta al principio de promoción del matrimonio enfrentado al principio de promoción de familia y el derecho de formar y vivir en familia.
2. Cuando la madre decide unilateralmente realizase la inseminación heteróloga sin consentimiento de su cónyuge o concubino, esta consiente de todos los efectos que también unilateralmente debe asumir, ello como consecuencia de la protección de una familia monoparental que el Estado debe proteger.
3. Los derechos del niño están en primer orden en cualquier conflicto que se suscite y no se ven afectados por la imposición de la madre para querer ejercer su derecho de tal, pues al querer ejercer su derecho esta consiente de las responsabilidades que conlleva y se supone esta lista para ello, tanto emocional y económicamente, por lo que, no hay vínculo con el cónyuge y tampoco debería haber afectación a los derechos de este último, sino presto su consentimiento.
4. La paternidad socio-afectiva, debe entenderse como aquella que se forma por el paso del tiempo y el afecto que comparten los miembros de la familia, y que en aras del principio del interés superior del niño debe evaluarse siempre de acuerdo al caso concreto para salvaguardar los derechos de los involucrados, pero sobre todo del niño.

RECOMENDACIONES

1. Recomendar al Poder legislativo, la regulación de normatividad que haga posible la configuración del derecho a la familia a través de la regulación de las técnicas asistidas de reproducción, asegurando el respeto del interés superior del concebido.
2. Recomendar al Poder Judicial, resolver las controversias que se generan por las prácticas de reproducción asistida ejercidas de facto ante el vacío regulatorio, teniendo en cuenta el principio de promoción y protección de la familia y el interés superior del menor.

LISTA DE REFERENCIAS

- Alessandri Rodríguez, A. (1971). *Sujeto de Derecho*. Santiago: Editorial Nascimento.
- Aranau Moya, F. (2003). *Derecho Civil I. El Derecho Privado Derecho de la Persona*. Valencia: Copisteria Format S.L.
- Austin, J. (2009). *The province of jurisprudence determinad*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Baena-Extremera, A., Ayala-Jiménez, J. D., y Baños, R. (2017). Investigación descriptiva, correlacional o cualitativa. *Revista de Ciencias del Ejercicio y la Salud*, 1-17.
- Brena, I. (2014). La fecundación asistida ¿historia de un debate interminable? El Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol XII, 25-45.
- Carrera, M. (2017). La inseminación artificial heteróloga-Implicancias en el Derecho de Familia, *tesis para optar el grado de maestro*. Universidad Pedro Ruíz Gallo.
- Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, S/N (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2012).
- Caso Carla Monic See Aurich, 183515 - 2006 - 00113 (Decimo Quinto Juzgado Especializado de Familia de Lima 06 de enero de 2009).
- Caso Isabel Zenaida Castro Muñoz, CAS. N° 563-2011-LIMA (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Lima 06 de diciembre de 2011).
- Caso Susel Ana María Paredes Pique y Gracia María Francisca Aljovín vs. RENIEC, Exp. N.° 10776 -2017 (Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima 22 de marzo de 2019).
- Caso Manuel Anicama Hernandez, Exp. N° 1417-2005-AA/TC (Tribunal Constitucional 8 julio de 2005).
- Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, Exp. N° 2273-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional 20 de abril de 2006).
- Caso más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República, Exp. N° 0030-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 2 de febrero de 2006).
- Caso Lid Beatriz Gonzales Guerra, Exp. N° 02101-PA/TC (Tribunal Constitucional 5 diciembre de 2012).
- Clifford, J. (1986). Introduction: Partial Truths. En G. Marcus, M. Fortun, y K. Fortun, *Writing Culture. The Poetics and Politics of Ethnography*. University of California Press: Berkeley.

- Coleman, J. (1998). Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. *Legal Theory*, vol. 4, 381-426.
- Congreso Constituyente Democrático. (30 de Diciembre de 1993). Constitución Política del Perú. *Constitución Política del Perú*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".
- Dávila, A. (2013). *La universalidad de los Derechos Humanos y su fundamentación absoluta. Una versión crítica*. Medellín: Analecta.
- Dávila, G. (2006). El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales. *Laurus*, 180-205.
- Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, Exp. N 183515-2006-00113 (Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia 06 de 01 de 2009).
- Espinoza Espinoza, J. (2001). *Derecho de las Personas*. Lima: Huallaga Editorial.
- García V. (junio de 2018). La dignidad humana y los derechos fundamentales. *Revista Derecho y Sociedad*, N° 51, 13-31.
- Guevara Pezo, V. (2004). Persona Natural. *Gaceta Jurídica*, 73-88.
- Guevara-Ríos, E. (2020). Derechos sexuales y derechos reproductivos. *Revista Peruana De Investigación Materno Perinatal*, 9(1), 7-8. <https://doi.org/10.33421/inmp.2020183>
- Hart, H. L. (1980). El nuevo desafío al positivismo jurídico. *Sistema*, núm. 36, 3-18.
- Himma, K. E. (2014). Positivismo jurídico incluyente. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 353-430.
- Kelsen, H. (1966). ¿Que es el positivismo jurídico? *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, núm 61, 131-143.
- Lara Espinoza, S., y Naranjo Hernández, K. (2007). *Disponibilidad de los embriones crioconservados*. Santiago: Universidad de Chile.
- Landa, C. (diciembre de 2016). Dignidad de la persona humana. *Ius et veritas*, num 21, 10-25.
- Lopera, J., Ramírez, C., Zuluaga, M., y Ortiz, J. (2010). *El método analítico*. Antioquía: Universidad de Antioquía.
- López Moratalla, N. (2012). El precio del «milagro» de los nacimientos por las técnicas de fecundación asistida. *Cuad. Bioét. XXIII*, 421-466.
- Martin, V. (1946). *Sociología del Renacimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ministerio de Salud. (03 de 02 de 1995). Fecundación In Vitro. *Decreto Ejecutivo N° 24029-S*. San José, San José, Costa Rica: Diario Oficial.

- Monje Álvarez, C. A. (2011). *Metodología de la Investigación Cuantitativa y Cualitativa. Guía didáctica*. Neiva: Universidad Surcolombiana.
- Moreso, J. J., y Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Muntané Relat, J. (2010). Introducción a la investigación básica. *Revisiones temáticas*, 221-227.
- Organización Mundial de la Salud. (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. California: Red Latinoamericana de Reproducción Asistida.
- Peces-Barba Martínez, G. (1999). La Declaración Universal y las funciones de los derechos. *Dossier*, 55-59.
- Pérez Luño, A. (1983). La fundamentación de los derechos humanos. *Revista de Estudios Políticos*, 7-71.
- Poder Legislativo sueco. (22 de diciembre de 1985). Ley N° 1984:1140. *Ley N° 1984:1140*. Estocolmo, Estocolmo, Suecia: Diario Oficial.
- Real Academia española. (27 de enero de 2020). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de Diccionario de la Lengua Española: <https://dle.rae.es/manipular>
- Rodríguez Varela, A. (2016). *En la Fecundación Artificial en el Congreso*. Buenos Aires: Ed. T°.
- Rodríguez, A., y Pérez, A. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista Escuela de Administración de Negocios*, 1-26.
- Sánchez Durá, N. (2013). Actualidad del relativismo cultural. *Desacatos*, núm. 41, 29-48.
- Sánchez, R. (08 de abril de 2018). *Revista virtual Humanitas*. Obtenido de Revista virtual Humanitas: http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/revista.html
- Santalla, A., Calderón, M. A., López-Criado, M. S., Fontes, J., López-Jurado, R., y Martínez-Navarro, L. (2018). *Donación de Ovocitos*. Granada: Unidad de Reproducción. Servicio de Obstetricia y Ginecología. Hospital Universitario Virgen de las Nieves.
- STC. N° 2000-022306, EXP. N° 95-001734-007-CO (Sala Constitucional 15 de 03 de 2000).
- Stoll, J. (2008). *Swedish donor offspring and their legal right to information*. ISBN: 978-91-506-2017-7. Uppsala: Universitetsstryckeriet.
- Vidal. (1996). La UE estudia el "no" a la congelación de embriones. *Cuadernos de Bioética*, 381-382.

- Waluchow, W. (2007). *Positivism jurídico incluyente*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Zegers-Hochschild, F. (2012). *Resumen escrito del peritaje rendido en la audiencia pública ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- PÉREZ MONGE, M. (2002). La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”. Centro de Estudios Registrales. Fundación “Beneficencia et Peritia Iuris.
- Lafferrière (2010). Las técnicas de procreación artificial heterólogas: análisis bioético y jurídico. *Vida y Ética*, 11 (1). <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/1531/1/tecnicas-procreacion-artificial-heterologas.pdf>