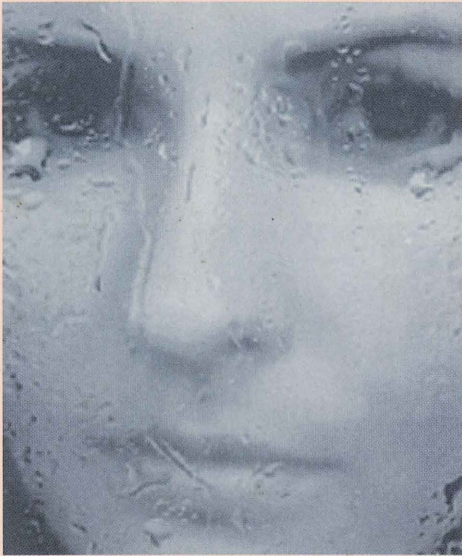


Marcial Rubio Correa

Reproducción Humana Asistida y Derecho

Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio



BIBLIOTECA DE DERECHO CONTEMPORANEO • Vol. 2



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

FONDO EDITORIAL 1996

Los experimentos de reproducción humana asistida comenzaron hace casi 200 años, pero es durante la segunda mitad del siglo XX, cuando se observa una depuración en sus procedimientos hasta el punto de convertirla en una forma técnicamente utilizable para producir embarazos.

El presente trabajo estudia la problemática jurídica generada por este nuevo contexto. Su desarrollo se orienta a determinar la relación dialéctica entre los principios que el Derecho tradicional ha desarrollado en torno a temas tales como la concepción, la filiación, las relaciones sucesorias, la fidelidad conyugal, y los problemas que la reproducción humana asistida presenta para su solución.

La investigación propone un análisis sistemático de toda esta problemática instituyendo para ello una metodología que ordena su lectura a partir de los efectos, es decir, una perspectiva que reflexiona los problemas desde las distintas relaciones humanas que pueden presentarse como consecuencia del uso de las diferentes técnicas de reproducción asistida.

Marcial Rubio Correa, es magister en Derecho y profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En la actualidad ejerce el cargo de Vice Rector Administrativo de la misma casa de estudios. Es autor de numerosos libros y artículos en las áreas de Derecho Civil, Derecho Constitucional y Teoría General del Derecho. Destacan entre ellos, *Constitución y sociedad política* (1980); *El sistema jurídico. Introducción al Derecho* (1984); *Título Preliminar* (1985); *Derecho Constitucional General* (1986); *La extinción de acciones y derechos en el Código Civil* (1989); *La invalidez del acto jurídico* (1990); *El saber jurídico sobre la ignorancia humana* (1991).

BIBLIOTECA DE DERECHO CONTEMPORANEO

DIRECTOR FERNANDO DE TRAZEGNERS GRANDA

EDITOR RESPONSABLE GORKI GONZÁLES MANTILLA

Marcial Rubio Correa

Las Reglas del Amor
en Probetas
de Laboratorio

Reproducción Humana Asistida
y Derecho



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FONDO EDITORIAL 1996

BIBLIOTECA DE DERECHO CONTEMPORANEO

DIRECTOR FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

EDITOR RESPONSABLE GORKI GONZALES MANTILLA

INDICE

Marcial Rubio Correa

Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio

Reproducción Humana Asistida y Derecho



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FONDO EDITORIAL 1996

Marcial Rubio Cortes

Las Reglas del Amor
en Probetas

BIBLIOTECA DE DERECHO CONTEMPORANEO

Volumen 2

Copyright © 1996 por el Fondo Editorial de la Pontificia
Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria cuadra 18, San Miguel. Lima-Perú
Telfs. 462-6390 y 462-2540, anexo 220

Derechos Reservados

ISBN 9972-42-040-X (obra completa)

ISBN 9972-42-051-5

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.



Diseño: *Edwin Núñez Ibáñez*

Primera edición: octubre de 1996

Tiraje: 1,000 ejemplares

Impreso en el Perú

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11	
CAPÍTULO I		
LOS PRINCIPIOS TRADICIONALES DEL DERECHO CIVIL QUE TIENEN RELACIÓN CON LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA		17
1. El inicio de la vida humana para el Derecho	20	
2. La filiación, el parentesco y la familia	24	
2.1. Los principios en materia de filiación	27	
2.1.1. La presunción <i>pater is</i>	28	
2.1.2. La declaración judicial de paternidad	33	
2.1.3. La maternidad	39	
2.1.4. La adopción	40	
2.1.5. A manera de síntesis	43	
2.1.6. La filiación y los alimentos	46	
2.2. El parentesco	47	
2.3. La familia	50	
2.4. Recapitulación sobre los principios que organizan la filiación, el parentesco y la familia en el Derecho	52	

3. La legítima de los herederos forzosos	53
4. La condición de hijo alimentista	56
5. Fidelidad de los cónyuges y causales de separación de cuerpos y divorcio	59

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA QUE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA PRESENTA A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO TRADICIONAL EN MATERIA DE FILIACIÓN, SUCESIONES Y RELACIONES ENTRE LOS CÓNYUGES	69
---	----

1. El caso en que el marido dona semen a su mujer.	70
1.1. La cónyuge es madre biológica, esto es, se la insemina artificialmente con esperma del marido	70
1.2. La cónyuge es madre biológica, pero la fecundación ocurre luego de fallecido el marido	72
1.3. La donación de semen es hecha a la cónyuge, en el sentido que el hijo será de ella, pero se contrata a una madre biológica que hará la gestación y entregará al niño una vez nacido. La madre biológica decide no entregar al niño y queda como madre legal	82
2. La mujer que concibe mediante reproducción asistida con sus propios gametos y con los de un donante que no es su marido	87
2.1. El tema de la maternidad legal	88
2.2. La mujer casada que cuenta con autorización de su marido para la	

inseminación artificial o para la implantación de embrión con semen donado por tercero	89
2.3. La mujer casada que no cuenta con autorización de su marido para la inseminación artificial o para la implantación de embrión con semen donado por tercero	94
2.4. La mujer soltera que hace inseminación artificial o que recibe embrión fecundado ...	103
3. La implantación en una mujer que va a ser madre, de un óvulo fecundado de otra mujer	105
3.1. La madre genética y la madre legal	106
3.2. La mujer donante y su marido.	116
4. El varón que dona espermatozoides para reproducción asistida, de manera que el hijo no se prevé que lo sea también de su cónyuge	119
4.1. Varón que dona espermatozoides y el problema de la paternidad	119
4.2. El varón casado que dona espermatozoides y la fidelidad a su mujer	121
4.3. Fecundación <i>post mortem</i>	123
5. La <i>madre subrogada</i> o el acuerdo por el que una mujer gesta un niño para que sea hijo legal de otra	124
5.1. La maternidad legal	125
5.2. ¿ <i>Madre subrogada</i> o venta de hijos?	126
5.3. Los maridos de las partes femeninas involucradas en este acuerdo.	130
5.4. La <i>madre subrogada</i> y la fidelidad con su marido	134
6. Los derechos sucesorios y las relaciones de parentesco emergentes de estas relaciones	134

CAPÍTULO III

ASPECTOS COMPLEMENTARIOS A LAS RELACIONES HUMANAS IMPORTANTES EN LOS ACTOS JURÍDICOS

RELATIVOS A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA 137

1. Normas sobre circunstancias en las
que se permite la reproducción asistida..... 137
2. La edad de las personas involucradas 147
3. El problema del asentimiento de quienes
participan en la reproducción asistida
y de sus cónyuges 149
4. La revocabilidad del asentimiento 150
5. Número de fecundaciones por material
de un mismo donante 152
6. Prohibición de mezcla de gametos 153
7. La disposición de gametos debe ser gratuita..... 154
8. La disposición del material genético o del
embrión conservado cuando quien donó ha
muerto 155

CAPÍTULO IV

EL EMBRIÓN Y EL INICIO DE LA VIDA HUMANA 159

CAPÍTULO V

SÍNTESIS DE PROPUESTAS. 187

BIBLIOGRAFÍA 199

ANEXO 201

PRESENTACIÓN

SIEMPRE CUPO LA POSIBILIDAD de que un espermatozoide entrara en contacto con el aparato genital de la mujer y la fecudara sin acto sexual alguno y, tal vez, hasta sin romper el himen. Sin embargo, era un evento raro. Salvo esta circunstancia, hasta hace poco el comienzo de la vida humana sólo podía ocurrir mediante la relación sexual entre el padre y la madre y, en base a esta constatación, el Derecho Civil construyó un sistema de conceptos sobre los que modeló las relaciones jurídicas entre marido y mujer, entre compañera y compañero permanentes y entre padre, o madre, e hijo.

Los experimentos de reproducción humana asistida comenzaron hace casi doscientos años⁽¹⁾ pero es durante la segunda mitad del siglo XX cuando puede decirse que sus procedimientos se depuran hasta el punto de convertirla en una forma técnicamente utilizable de produ-

1 Según GAFO el procedimiento terapéutico de la inseminación artificial, consistente en depositar espermatozoides en los genitales internos femeninos mediante un dispositivo instrumental específico «tiene antecedentes en el primer caso de inseminación artificial publicado por John Hunter en Inglaterra en el año 1799. Hacia la mitad del si-

cir embarazos. Cuantitativamente hablando, sin embargo, hoy la cantidad de inseminaciones artificiales y de fecundaciones *in vitro* es poco ínfima en relación a todos los embarazos humanos.

La relativa facilidad de acceso a la reproducción asistida y las múltiples posibilidades de participación de seres humanos en su realización⁽²⁾, han generado protestas y cuestionamientos de orden ético, particularmente por el Papa y el Vaticano⁽³⁾. A lo largo de este trabajo abordaremos esta dimensión de la problemática. Sin embargo, y más allá de nuestras opiniones éticas, la reproducción asistida ocurre y plantea al Derecho el pro-

glo XIX, Sims aporta su experiencia sobre una casuística de seis mujeres, a las que habían realizado 55 inseminaciones, obteniendo un solo embarazo». (GAFO, Javier (editor). *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y Derecho*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1986, parte I, cap. I, p. 15, y más tarde indica que «La historia reciente de estos procedimientos está ligada a dos científicos británicos, Steptoe y Edwards, ginecólogo y biólogo, respectivamente, cuyo trabajo en común se inicia en 1967 y culmina en julio de 1978 con el nacimiento del primer ser humano obtenido por fecundación *in vitro*: la niña Louse Brown». (Ibid., parte I, cap. II, p. 25).

- 2 Beatriz BOZA dice lo siguiente: «Robertson (...) explica que hasta seis personas distintas pueden participar en la procreación, esto sin contar al personal médico. Los seis involucrados serían: la mujer que provee el óvulo, la mujer que gesta, el varón que provee el esperma, la pareja que cría al niño y el esposo de la mujer gestante». (BOZA DIBOS, Beatriz. «Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho». En: *Derecho*, n° 45, Lima, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre 1991, p. 72, nota número 3).
- 3 En un texto explícito, la Congregación para la Doctrina de la Fe establece los principios morales que en su criterio deben contener las leyes de la materia. Dice: «(La ley) no podrá legalizar la donación de gametos entre personas que no estén legítimamente unidas en matrimonio.

La legislación deberá prohibir además, en virtud de la ayuda debida

blema de regular las diversas relaciones humanas que se producen cada vez que, mediante ella, se origina el nacimiento de un nuevo ser humano.

La disociación que la reproducción asistida produce entre el acto sexual y la concepción, afecta en nuestro criterio a los siguientes principios tradicionales del Derecho Civil:

- El concepto de inicio de la vida humana que antes estuvo siempre referido a una presunción de tiempo que se contaba retroactivamente a partir del parto. Con el conocimiento de la evolución genética del óvulo fecundado, el concepto de inicio de la vida ha quedado sujeto a distintas consideraciones y definiciones.
- La filiación, tanto paterna como materna. A través de la filiación, además, se toca el tema del parentesco y del concepto de familia.
- Las relaciones sucesorias sobre todo a partir de la filiación (lo que es muy claro en aquellos países cuya legislación establece la *legítima* para los herederos forzosos). Sin embargo, también es importante reestudiar el tema del *hijo alimentista*.
- El concepto de la fidelidad que se deben mutuamente

a la familia, los bancos de embriones, la inseminación *post mortem* y la maternidad 'sustitutiva'.» (Congregación para la Doctrina de la Fe. *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. Bogotá, Ediciones Paulinas, 1991, p. 52). Es preciso notar que a pesar que la Congregación rechaza inclusive la inseminación artificial de la mujer con esperma de su marido, en este texto no prohíbe explícitamente su legalización. De esto nos ocupamos posteriormente en este trabajo.

los cónyuges y las nuevas dimensiones que, en base a las diversas posibilidades de hecho de la reproducción asistida, podrían asumir instituciones como el adulterio o la injuria como causales de separación de cuerpos o divorcio.

Este trabajo estudia la relación dialéctica que se produce entre los principios que el Derecho tradicional desarrolló en torno a estos temas, y los problemas de la realidad que la reproducción humana asistida presenta a resolución. Al inicio pensábamos que la relación entre las nuevas técnicas y los principios tradicionales sería de enfrentamiento y exclusión, pero nos hemos dado cuenta que es posible sintetizar nuevas soluciones razonables y adecuadas, a patir de la *ratio iuris* de principios antiguos. En este trabajo, también estudiamos las líneas generales de las normas que cabría establecer en estos asuntos.

Nuestra metodología tiene tres etapas. La primera consiste en describir y precisar los principios tradicionales sobre los que vamos a trabajar. La segunda analiza la casuística de la reproducción asistida en relación a dichos principios y la última busca delinear criterios de una nueva normatividad al respecto.

En la teoría jurídica especializada sobre este tema, suele encontrarse un orden expositivo basado en la evaluación de las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Derecho. Así, los capítulos se denominan «inseminación artificial homóloga», «fertilización *in vitro*», «madre subrogada», etc. Nosotros hemos elegido otro orden de exposición: el de las distintas relaciones humanas que pueden presentarse a patir de las técnicas

de reproducción humana asistida y su evaluación frente al Derecho. Entramos al tema no por el análisis de las técnicas, sino de la forma en que las utilizan los seres humanos en sus relaciones. Por ejemplo, no estudiaremos la «fertilización *in vitro*» como un tema, pero sí estudiaremos qué pasa cuando marido y mujer fertilizan sus gametos *in vitro* y compararemos las características jurídicas de este evento cuando la mencionada fertilización ocurre con los gametos de una pareja de compañeros permanentes, o con los gametos de dos donantes que luego no serán los padres legales de la criatura a nacer. Hemos elegido esta vía porque a riesgo de desarticular el tratamiento de los grandes conceptos, enriquece los matices que el Derecho debe mirar al analizar las nuevas situaciones. Un capítulo final intenta ser la síntesis de lo que hayamos encontrado, para volver a poner los grandes principios jurídicos *en su lugar*, es decir, al inicio de la deducción de las nuevas normas concretas.

labra. Esto traía dos consecuencias⁽¹⁾ importantes:

- Una, que el hijo tendría por padre⁽²⁾ genético, y por tanto legal, a quien de manera comprobada, hubiera

1. Somos conscientes que sale de la excepción de la adopción, pero aquí estamos tratando de los principios y normas como reglas generales. El caso de la adopción lo abordamos posteriormente porque, desde luego, tiene importancia para los problemas que presenta la reproducción asistida, bien como precedente, bien como fenómeno analógico.

2. En adelante usaremos la siguiente terminología respecto de la paternidad: «Padre genético» El que proporciona el espermatozoide que al fecundar al óvulo da lugar al cigoto, a partir del cual se desarrollará (desarrolla) el nuevo ser (...). «Padre legal» el que sufre, a los efectos legales, todos los derechos y obligaciones de la paternidad. Puede o no ser el padre genético. (BAPU, *op. cit.*, anexo, p. 216).

LOS PRINCIPIOS TRADICIONALES DEL DERECHO CIVIL QUE TIENEN RELACIÓN CON LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

EL DERECHO CIVIL elaboró conceptos trascendentales para su sistemática, dando por cierto que la fecundación de la vida humana sólo ocurría mediante la relación sexual entre padre y madre, y que la mujer que daba a luz al niño era su madre en todos los sentidos de la palabra. Esto traía dos consecuencias⁽¹⁾ importantes:

- Una, que el hijo tendría por padre⁽²⁾ genético, y por tanto legal, a quien de manera comprobada, hubiera

1 Somos conscientes que existía la excepción de la adopción, pero aquí estamos tratando de los principios tomados como reglas generales. El tema de la adopción lo abordamos posteriormente porque, desde luego, tiene importancia para los problemas que presenta la reproducción asistida, bien como precedente, bien como fenómeno analógico.

2 En adelante usaremos la siguiente terminología respecto de la paternidad: «(*Padre genético*) El que proporciona el espermatozoide que al fecundar el óvulo da lugar al cigoto, a partir del cual se desarrollará (desarrolló) el nuevo ser (...)

(*Padre legal*) el que asume, a los efectos legales, todos los derechos y obligaciones de la paternidad. Puede o no ser el padre genético». (GAFO, Javier. Op. cit., anexo, p. 216).

sido el único varón en tener relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción. Por supuesto, a partir de esta proposición, era muy fácil deducir una segunda: si la madre era casada, podría presumirse⁽³⁾ que el marido era el padre genético de la criatura porque en el matrimonio está contenida la cohabitación sexual y se presume la fidelidad (como puede apreciarse de la literatura sobre la materia, se presumía la fidelidad de la mujer al marido).

Que probado que cierta mujer había dado a luz a cierto niño, ella era su madre⁽⁴⁾. Esto llevó al Derecho a decir que «la madre siempre es cierta», afirmación cuestionable y cuestionada desde tiempo atrás en la doctrina, como también veremos posteriormente.

Las técnicas de reproducción humana asistida⁽⁵⁾ per-

3 Al decir *presunción* hablamos de la *iuris tantum*, que admite prueba en contrario. De los artículos 361 y siguientes puede verse que la presunción de la que hablamos admite pruebas en contrario vinculadas, precisamente, a que el marido no pudo tener relaciones sexuales con su cónyuge en el momento de la concepción. Analizamos todo esto luego aunque, evidentemente, si el marido pudiendo contestar la paternidad no lo hace, estará produciendo el efecto de que el hijo biológico de otro hombre quede como su hijo legal por mandato de la ley. Esta, justamente, es una de las excepciones existentes al principio de consanguinidad de la paternidad.

4 En relación a la maternidad, en adelante utilizaremos la siguiente terminología: «*Madre biológica*: aquella en cuyo útero se desarrolla la gestación. Puede o no coincidir con la madre genética o la madre legal (...)

«*Madre genética*: La que proporciona el óvulo que al ser fecundado por el espermatozoide da lugar al cigoto, a partir del cual se desarrollará (desarrolló) el nuevo ser.

«*Madre legal*: La que asume, a los efectos legales, todos los derechos y obligaciones de la maternidad. Puede o no ser la madre genética o la madre biológica». (Ibid., anexo, p. 209).

5 En adelante utilizaremos la expresión reproducción asistida como el género de las diversas posibilidades de intervención humana. Beatriz

miten que no exista vínculo entre fecundación y relación sexual; que pueda ser padre quien no tiene relaciones sexuales con la madre, y que pueda ser madre genética una mujer que no fue la madre gestante y, por tanto, la que dio a luz.

Esta nueva dimensión de la realidad, posa muchas preguntas también nuevas sobre el Derecho, que van desde los aspectos más técnicos de los actos jurídicos involucrados en estas relaciones tan complejas y a la vez tan íntimas, hasta los principios generales que, como sabemos, dan armazón conceptual a la normatividad positiva, con lo que permiten estructurarla coherentemente y dotarla de significados hermenéuticos.

De todo ello, en este trabajo nos interesa el último aspecto: cuáles son los principios afectados y cuáles son los significados hermenéuticos que permanecen, cambian o podrían cambiar. Para ello tenemos que precisar el contenido de dichos principios que a nuestro entender son: el concepto del inicio de la vida; todo el tema de la filiación; el del parentesco y la familia; el de las sucesiones que emergen de la paternidad, particularmente en países donde hay institución de *legítima*; el de los hijos alimentistas y, los asuntos vinculados a la fidelidad de los cónyuges y a ciertas causales de separación de cuerpos o divorcio. A continuación definiremos lo esencial de cada uno de estos aspectos para, en el próximo capítulo,

Boza da una idea del universo involucrado: «La Reproducción Humana Asistida engloba diversos procedimientos y tecnologías, entre los que se destacan la inseminación artificial, fertilización *in vitro*, transferencia de embriones, cesión de vientre, y la preservación de gametos y embriones». (BOZA DIBOS, Beatriz. Op. cit., p. 73).

determinar como influye en ellos la reproducción asistida.

1. El inicio de la vida humana para el Derecho

Las reglas existentes son de dos tipos y bastante sencillas:

1. La primera consiste en que la vida humana, esto es, la existencia de un ser humano, comienza con la concepción. A partir de ella y hasta antes del nacimiento esa vida humana se llama *concebido*. A partir del nacimiento y hasta la muerte se llamará persona. Concebido y persona son sujetos de Derecho aunque de distinta manera. Las reglas están en el artículo 1 del Código Civil que dice:

Código Civil, Artículo 1.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

2. La concepción se produce dentro de los primeros cuarenta y dos días de los trescientos anteriores al parto. Esta definición no está explícita en norma alguna, pero puede fácilmente inferirse del contenido de tres dispositivos: el artículo 361 y los incisos 1 y 2 del artículo 363 del Código Civil, que dicen:

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

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

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

A diferencia de lo ocurrido con el Derecho Penal y sus problemas de determinación del delito de aborto en los distintos países, al Derecho Civil tradicional no le ha sido importante hacer discriminaciones conceptuales sobre los distintos estadios de evolución que pasa el cigoto, porque ese es un desarrollo que en nada afecta a la relación original. Relación sexual y fusión de óvulo y espermatozoide era todo lo que se necesitaba para determinar las relaciones jurídicas emergentes. El resto era el desarrollo de un hecho que sólo era importante en sus inicios: cuál varón y cuál mujer concibieron un hijo a través del vínculo sexual.

El único problema serio que tenía el Derecho al pretender precisión consistía en que si bien el período humano de gestación es de treintiséis semanas, se sabe que la persona es viable cuando nace luego de seis meses de gestación, y que el parto puede ocurrir muchas veces luego de las 36 semanas de gestación y hasta alrededor de los 300 días posteriores a la fecundación. Para determinar quien es el padre del niño hay que saber

cuál varón tuvo relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción y, por consiguiente, teniendo en cuenta las variaciones antedichas, no se pudo lograr mayor precisión que la de establecer que el espermatozoide fecundante, correspondía al varón que tuvo relaciones sexuales con la mujer, en cualquiera de los días en que pudo producirse la concepción de un embarazo que tal vez haya durado seis meses o quizá trescientos días. Es así que se llega a la fórmula de «los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al parto».

Toda esta construcción normativa y conceptual parte, como podemos ver, del hecho de que la fusión de óvulo y espermatozoide ocurre por la realización del acto sexual entre la madre y un tercero. El objeto de la norma es identificar al varón que pudo tener dicha relación sexual para considerarlo padre del futuro niño.

Los métodos de reproducción asistida, en lo que concierne a este principio, cambian los hechos fundamentales de la siguiente manera:

1. En la inseminación artificial⁽⁶⁾, puede perfectamente ocurrir que quien mantiene relaciones sexuales con la madre no sea el padre genético del concebido, sino un tercero, cuyo espermatozoide haya sido utilizado para la fecundación. Por consiguiente, si el principio que comentamos pretende identificar a la persona que tuvo

6 Tomamos como definición de inseminación artificial la siguiente: «*Inseminación artificial*: Introducción del semen dentro de la vagina o el útero de la mujer por medios diferentes a la cópula o acoplamiento sexual. Puede realizarse:

- Con semen del marido o del compañero, en caso de pareja estable (IAC).
- Con semen de donante (IAD)». (GAFO, Javier. Op. cit., anexo, p. 206).

- relaciones sexuales con la madre en la época de la fusión del óvulo y el espermatozoide, no tiene utilidad *per se* para regular la paternidad en casos de reproducción asistida.
2. En la fecundación *in vitro*⁽⁷⁾ tampoco la época de la fusión del óvulo y el espermatozoide tiene relevancia para determinar la paternidad.
 3. La ejecución de las operaciones indicadas en los dos párrafos anteriores, lleva usualmente conexas varias otras que constituyen verdaderas manipulaciones como, por ejemplo, la congelación de embriones⁽⁸⁾ o la intervención para corregir rasgos genéticos. Por otro lado, para su cabal desarrollo, el embrión debe ser implantado en el útero materno al alcanzar cierto grado de desarrollo para poder ser viable. Inclusive, durante su desarrollo, puede sufrir procesos de división o de absorción de uno por otro.

Todas estas circunstancias hacen necesario revisar si es que una definición tan sencilla como «la vida hu-

7 Para efectos de esta parte, tomamos la siguiente definición: «Fecundación *'in vitro'* (FIV): fecundación en condiciones de laboratorio de un óvulo previamente extraído quirúrgicamente de la mujer por un espermatozoide». (GAFO, Javier. Op. cit., p. 199). Si se trata de analizar de manera integral la reproducción en base a la fecundación *in vitro*, esta definición es insuficiente porque, por ejemplo, no se menciona la necesidad de implantar los cigotos en la mujer gestante, lo que contiene ya significativos problemas de todo orden.

8 Utilizamos la siguiente definición de embrión: «Organismo durante los primeros estadios de desarrollo. En la especie humana se considera que la fase embrionaria dura desde la fecundación hasta las seis semanas, pasando a continuación a denominarse feto». (GAFO, Javier. Op. cit., p. 194). En este sentido, el cigoto es también embrión.

mana comienza al fusionarse espermatozoide y óvulo» resulta correcta y adecuada en las actuales circunstancias para la reproducción humana. (Desde luego, esta discusión es también importante para determinar si se puede destruir el cigoto hasta algún determinado momento sin quitar la vida humana, pero el estudio detallado de este punto atañe a un tema distinto al que tratamos en este trabajo).

En definitiva, puede apreciarse que el principio de que la vida humana empieza con la concepción y que ésta se produce dentro de los ciento veintiún primeros días de los trescientos anteriores al nacimiento, es cuestionado por la reproducción asistida de dos maneras:

1. La primera, cuestionando por demasiada agregación y simplicidad la idea de que es la simple fusión de espermatozoide y óvulo el inicio propiamente dicho de la existencia de un ser humano.
 2. La segunda, cuestionando en base a los hechos que este principio siga siendo relevante para determinar la paternidad en los casos de reproducción asistida.
2. La filiación, el parentesco y la familia

De manera directa o indirecta, la filiación consanguínea establece la mayoría de los vínculos de parentesco entre las personas y, a la vez, tiene mucha importancia en la determinación del concepto de familia.

Definimos la filiación como la relación que se produce de los hijos hacia sus padres y que, en el sentido inverso, podemos denominar paternidad o maternidad. La diferencia es importante por la diferente función biológica

que tienen varón y mujer en la generación de una nueva vida, lo que conduce a que paternidad y maternidad tengan, como regla general, normatividades diversas en lo que a certificación y origen se refiere. La filiación puede ser consanguínea, que también llamamos genética, pero existen otras modalidades de aparición de la relación paterno filial que trataremos luego (la adopción y los efectos de la presunción *pater is* cuando el marido de la madre no es el padre genético).

Para zanjar distinciones conceptuales, es necesario diferenciar el concepto de filiación de los de parentesco y familia.

El parentesco es la vinculación de las personas entre sí debido a dos factores: el hecho de tener un antepasado común (parentesco consanguíneo), o de contraer un vínculo jurídico que determina la relación por mandato de la ley (son los casos de los parientes por afinidad y de la adopción).

Finalmente el concepto de familia, tan esquivo en el Derecho que, poderemos afirmar, no existe uno con siquiera una moderada preferencia por los especialistas. Sí es cierto que existe un núcleo familiar mínimo y generalmente aceptado que es el del padre, la madre, sus descendientes y sus ascendientes en línea directa. Este puede ser tomado como el concepto esencial de familia, que depende de las relaciones sociales reales y no de vínculos creados por decisiones de las personas con validez jurídica. Es claro que la concepción anterior de familia puede muy bien ser aplicada tanto a la pareja que se forma por matrimonio civil, como a la que se origina de una unión de hecho (y tal vez, de una unión acciden-

tal entre el padre y la madre de una descendencia determinada).

De otro lado, en el caso de una pareja que contrae matrimonio civil, y debido a que la legislación establece como regla general la validez jurídica civil de las relaciones de los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, generalmente se toma a estos grados de parentesco como los límites de la familia jurídicamente entendida. Nosotros consideramos que el concepto civil de familia formalizada por matrimonio llega hasta aquí⁽⁹⁾.

Sin embargo, tanto para la familia formada de hecho como para la constituida por matrimonio civil, se discute si son válidas otras descripciones como por ejemplo «los que viven bajo el mismo techo» (que es el que se aplica en los censos para efectos de las entrevistas). A veces, inclusive, se ha sostenido razonablemente que los criados que estuvieron largo tiempo al servicio de una familia también en cierta manera pertenecen a ella (como los allegados pudieron en su momento pertenecer a las familias romanas de la antigüedad).

Nos parece pertinente hacer la distinción entre filiación, parentesco y familia porque puede verse que, en última instancia, los dos últimos términos reciben una gran influencia del primero (aunque no sea una influencia exclusiva, pues factores sociológicos y el propio matri-

9 Hacemos notar, sin embargo, que esta es sólo una conceptualización global porque no toma en cuenta que indudablemente son familia entre sí adoptante y adoptado, y el hijo del marido de la madre cuya paternidad no haya impugnado.

monio civil también tienen la calidad de vínculos para constituirlos). Al analizar la influencia de los métodos de reproducción asistida, podremos ver que no sólo afectan la filiación, sino también al parentesco y a la familia.

En el ámbito jurídico, el punto de partida de la filiación, del parentesco y de la familia es la determinación normativa de las variables que los conforman. Es decir, que el elemento determinante de cualquiera de aquellos institutos sea la consanguinidad u otro elemento, no corresponde a la naturaleza de las cosas en el sentido biológico o genético, sino a la determinación de la ley (aunque al final resulte que la ley se adecúe, hasta donde le es posible, a la naturaleza de las cosas, lo que en esta materia es muy frecuente). A propósito de este tema Fernando de Trazegnies ha dicho:

(...) cuando hay discrepancia entre la familia biológica y la familia jurídica, estamos más bien ante un conflicto de legitimaciones antes que ante un conflicto entre la realidad y la irrealdad⁽¹⁰⁾.

2.1. Los principios en materia de filiación

Si analizamos las normas que tienen que ver con la filiación en nuestro Derecho, encontraremos diversas modalidades a considerar: la presunción *pater is*, la filiación extramatrimonial, la maternidad y la adopción. Repasemos cada una de ellas.

10 TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. «La familia, ¿un espejismo jurídico?». En: *La familia en el Derecho peruano*. Fernando de Trazegnies Granda, Roger Rodríguez Iturri, Carlos Cárdenas Quirós y José Alberto Garibaldi F., editores. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 24.

2.1.1. La presunción *pater is*

La presunción *pater is*, contenida en el artículo 361 del Código Civil, dice: «El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido».

Estamos ante una presunción que puede ser desvirtuada con prueba en contrario contenida en el artículo 363 con los límites del artículo 366. Todo esto merece comentario a continuación, pero es preciso hacer una primera aclaración: en sí misma, la presunción *pater is* no constituye una norma fundada en la consanguinidad sino en un vínculo de carácter jurídico formal: el marido es padre del hijo de su mujer dentro de los límites temporales establecidos. Esta norma puede tener varias consecuencias:

- La primera, que el padre biológico sea efectivamente el marido y entonces la norma se adecúa a la *naturaleza de las cosas*.
- La segunda, que el marido no sea el padre biológico pero se convierta en padre legal al no ejercitar la acción contestatoria de paternidad dentro de los cortos plazos de caducidad establecidos. El artículo 396 del Código Civil dice: «El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable» y el artículo 404 del mismo Código dice: «Si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción (de declaración judicial de filiación extramatrimonial) en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favora-

ble». De manera que si el marido no contesta la paternidad, o no vence en la acción, será el padre legal del niño. En este caso, la norma crea un vínculo de parentesco puramente civil, no acomodado a la *naturaleza de las cosas* desde el punto de vista genético.

- La tercera, que el marido no sea el padre biológico y conteste exitosamente la paternidad, con lo que el niño no será tenido por hijo suyo. En tal caso, el padre biológico podrá reconocerlo y, eventualmente, se podrá exigir la declaración judicial de paternidad extramatrimonial. Nuevamente, en este caso las normas se acomodan a la *naturaleza de las cosas* desde el punto de vista genético.

Como podemos apreciar, la presunción *pater is* en su regulación integral, recurre indistintamente a las variables de vínculo consanguíneo o de vínculo civil para determinar la filiación.

Ahora bien, más allá de lo fenoménico en la normatividad de esta presunción: ¿cuál es su fundamento, su *ratio iuris*?

Dice Héctor Cornejo Chávez en torno al tema:

(...) una antigua presunción, según la cual *pater is est quem nuptiae demonstrant*, o, dicho en otros términos, el hijo tenido por mujer casada se reputa hijo de su marido.

Esta presunción reposa en un doble fundamento: de una parte, en la cohabitación o relación sexual que el matrimonio implica, de manera que, aún sin otro indicio, se puede suponer que

entre los cónyuges se ha producido y se produce el contacto carnal; y de otro lado, en la fidelidad que se supone que la mujer guarda a su marido, tanto por consideraciones de orden ético y de organización social, como por cumplimiento de un deber que la ley le impone»⁽¹¹⁾.

Esta cita es importante porque muestra que el fundamento de la existencia de la presunción no es otro que suponer que el padre biológico es el marido. Sólo a ello (y a una particular concepción cultural) apuntan las suposiciones de que la relación sexual entre marido y mujer existe y que la mujer guarda fidelidad al marido.

Esta *ratio iuris* queda confirmada cuando vemos las razones por las cuales el marido puede negar al hijo de su cónyuge:

Código Civil, artículo 363.- El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintidós días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2;

11 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Lima, Librería Studium Ediciones, 5ª ed. s/f, cap. I, p. 20 del tomo II.

salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.

4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.

Y añade el artículo 366 del mismo Código Civil:

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

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

Los incisos 2, 3 y 4 del artículo 363 son totalmente coherentes con el fundamento de las relaciones sexuales presumidas entre marido y mujer. Sólo podría llevar a duda la causal de negación del inciso 1 del artículo 363 combinada con el inciso 1 del artículo 366. Al respecto dice el propio Cornejo:

Así, como el débito sexual sólo se impone a los cónyuges, mas no a los prometidos, se presume que antes del matrimonio el varón y la mujer no tenían trato sexual. Por tanto, no hay, *a priori*, razón para atribuir al marido el hijo nacido antes de ciento ochenta días del matrimonio; pero la mujer puede destruir esa presunción de

no-cohabitación probando que hubo trato sexual. Esta prueba casi siempre es indirecta: se contrae al hecho de que el varón se casó sabiendo la preñez de la mujer, o admitió expresa o tácitamente al hijo como suyo, o, simplemente, dejó pasar el término legal sin accionar⁽¹²⁾.

Como puede apreciarse, aún el inciso 1 del artículo 363 se fundamenta en la falta de suposición de relaciones sexuales entre quienes ahora son marido y mujer. En otras palabras, también este inciso es coherente con el principio de que el padre es el que tuvo relaciones sexuales con la madre, es decir, el padre biológico.

Esta no es solamente una posición propia del Derecho peruano. Soto dice a propósito de América Latina:

Así, la mayoría de los códigos latinoamericanos disponen que «contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días, de los 300 que han precedido al nacimiento» (art. 325, Código Civil mexicano); «que estaba físicamente imposibilitado para cohabitar con la mujer» (art. 340, Código brasileño); «que estuvo en absoluta imposibilidad de tener acceso a la mujer (art. 240, Código del Ecuador). El Código guatemalteco, en su art. 200, incluye por su parte, otros elementos de comprensión, pues dice que «contra la presunción del artículo anterior no se admite otra prueba que la de haber sido físicamen-

12 Ibid., cap. I, p. 31.

te imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquiera otra circunstancia». Sin embargo, la prueba negativa sigue estando a cargo del marido y no incluye la esterilidad, pues todos los ejemplos hasta ahora citados, sólo hablan de imposibilidad para tener acceso carnal»⁽¹³⁾.

Por tanto, podemos concluir que el fundamento de la presunción *pater is* y de sus excepciones, está en las suposiciones de que marido y mujer sostienen relaciones sexuales y que la mujer es fiel al varón, por lo que el hijo no puede ser de otro hombre. Los efectos de la presunción *pater is* pueden ser tanto de apoyar la filiación en el vínculo consanguíneo, como de apoyarla en un vínculo civilmente establecido aunque no consanguíneo.

Un aspecto de la presunción *pater is* no mencionado en las citas que hemos utilizado pero que a nuestro juicio es importante para este trabajo, consiste en que al dar la prioridad al marido en el reconocimiento del hijo de su mujer (e inclusive en ciertos casos impidiendo que el marido pueda negarlo), facilita al niño crecer dentro del hogar de su madre (aunque el marido no sea su padre biológico). La presunción *pater is*, desde este punto de vista, favorece que el niño desarrolle su vida en familia.

2.1.2. La declaración judicial de paternidad

La declaración judicial de paternidad ocurre en aque-

13 SOTO LAMADRID, Miguel Angel. *Biogenética, filiación y delito*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990, parte I, cap. IV, pp. 48-49.

llos casos en que el hijo, o quien lo representa, interpone la acción respectiva. Se abre un proceso en el que debe probarse la relación paterno-filial alegada. Las normas del Código Civil peruano aplicables a nuestro estudio son:

Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.

Artículo 403.- La acción, en el caso del artículo 402, inciso 3, es improcedente si durante la época de la concepción la madre llevó una vida no-

toriamente desarreglada o tuvo trato carnal con persona distinta del presunto padre o si en la misma época fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre.

En los dos primeros incisos del artículo 402 estamos ante manifestaciones de voluntad expresa en el primero y tácita en el segundo, de reconocimiento de la paternidad, aunque sin cumplir los requisitos formales del artículo 390 del Código Civil que dice: «El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento» y que, junto a la sentencia declaratoria de la paternidad, son los dos únicos medios de prueba de filiación extramatrimonial considerados por el artículo 387 del mismo Código. Aquí se supone que es el padre biológico quien ha aceptado su condición de tal sin los formalismos requeridos por el Derecho para dar plena validez por sí misma a su expresión de voluntad. Sin embargo, hay que notar que puede bien ocurrir que quien reconoce bajo estas modalidades, sea alguien que no es en verdad el padre biológico. En síntesis, estos dos incisos se acomodan por razonabilidad al principio de reconocer la paternidad al padre biológico, presumiendo que es él quien toma de hecho la actitud de padre sin formalizar el reconocimiento, pero también puede ocurrir que se asigne la paternidad a quien por la sola voluntad decidió reconocer extrajurídicamente o dar la condición de hijo, sin ser el padre biológico. La regla general es el acomodamiento del Derecho a la *verdad biológica*, pero la paternidad viene por una decisión voluntaria de la persona⁽¹⁴⁾.

14 Desde luego, lo dicho aquí también es aplicable a quien, sin ser padre biológico del niño, lo reconoce bajo formalidades con validez jurídica.

El inciso tercero está expresamente dirigido a considerar que el concubino de la madre es el padre del niño, en la medida que ambos han llevado, en los hechos, una vida de casados, suponiendo dentro de esta relación la de naturaleza sexual. Sin embargo, como en este caso no hay matrimonio, tampoco hay fundamento para suponer la fidelidad dentro de la pareja y, por consiguiente, no puede presumirse que el único varón con el que la madre ha tenido relaciones sexuales es con el concubino. En este caso, la presunción de paternidad del concubino, por lo tanto, no tiene la misma contundencia formal que la presunción *pater is* dentro del matrimonio. De allí que aparezca el artículo 403 indicando que la acción de declaración judicial de filiación extramatrimonial sea improcedente si la madre, en la época de la concepción, tuvo «vida notoriamente desarreglada» (que hace presumir la posibilidad de relaciones sexuales con otro varón), o tuvo probadamente estas relaciones. Finalmente, el artículo 403 establece que el concubinato no hará presumir la paternidad cuando en la época de la concepción «fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre».

Héctor Cornejo Chávez, en su comentario sobre este tema y apoyándose en la jurisprudencia, sostiene que no bastan relaciones sexuales esporádicas, que no podrían haber producido necesariamente la fecundación. En el sentido de sus palabras, tiene que tratarse de una relación bastante estable como para suponer la paternidad biológica del concubino. Dice:

Huelga decir que las relaciones sexuales más o menos esporádicas son incapaces para configu-

rar el concubinato y para servir, por lo tanto, de base a una declaración judicial de la paternidad fundada en el inciso 3 del artículo 402. Tales relaciones sólo pueden originar la acción alimentaria que consagra el artículo 415. Así, por lo demás, lo ha establecido la jurisprudencia suprema⁽¹⁵⁾.

En definitiva, la concordancia de las normas del artículo 402 inciso 3 y del artículo 403 nos lleva a la ineludible conclusión que la filiación será judicialmente declarada cuando no quede duda de que el demandado tuvo relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción y, por consiguiente, es el padre genético. Basta que el demandado pruebe que otro tuvo relaciones con la madre, o que él no pudo tenerlas, en la época de la concepción, para que la declaración sea improcedente. En este caso, la ley se acomoda a la *naturaleza de las cosas* entendida biológicamente como hemos planteado antes.

El inciso cuarto del artículo 402 está expresamente enderezado a establecer la paternidad vinculada al delito de violación o a la posibilidad de que haya ocurrido (por el rapto o la retención violenta). Cornejo Chávez, al comentar el inciso, plantea una inquietud que reafirma esta manera de interpretar las cosas y que ha tenido solución en el Código:

Problema de solución difícil y a veces imposible es el que se origina en la violación, retención o rapto perpetrados por varios sujetos en agravio

15 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. cit., cap. III, p. 141.

de la misma mujer, si ésta resulta embarazada. El Código anterior no previó la solución de tal supuesto. «Se podría sostener, decíamos entonces, la tesis de que todos los áutores del delito deben ser declarados padres del fruto del delito; y el texto de la ley podría favorecer esta interpretación, que, sin embargo, repugna a la lógica. También se podría patrocinar –y ésta es nuestra posición– que si los análisis de los grupos sanguíneos descartan la paternidad de todos menos uno, es éste a quien debe declararse padre; y que, en caso contrario, todos deben ser condenados al sostenimiento del hijo». El nuevo Código ha asumido esta posición del ponente (artículo 413)⁽¹⁶⁾.

Puede verse que la estructura general del Código en esta parte está fundada en que debe atribuirse la paternidad al padre biológico y que, si no puede ser determinado, entonces todos los violadores deben prestar alimentos (y ninguno será declarado padre). El Código se apega a la verdad biológica como criterio de determinación de la paternidad.

En cuanto al inciso quinto, es evidente que también busca la verdad biológica, desde que se trata de seducción cumplida, es decir, de relación sexual con promesa de matrimonio que conste indubitablemente.

Podemos concluir diciendo que en la parte de declaración judicial de la paternidad, el Código Civil peruano asume plenamente el principio de que la paternidad bio-

16 Ibid., cap. III, p. 140.

lógica determina la paternidad legal, y que esto es cierto aún en la *ratio* de los dos primeros incisos del artículo 402, aunque en ellos también puede ocurrir que la paternidad sea asignada por la voluntad del sujeto actuante, sin que haya sido en realidad el padre biológico.

2.1.3. La maternidad

En la maternidad, resulta indudable que la vocación del Derecho ha sido establecer como regla general el principio de la consanguinidad que, por lo demás, viene desde Roma en un aforismo latino muy conocido. Dice Soto:

La maternidad se acredita por el parto de la mujer y, por esto, como también se lee en Paulo, *mater semper certa est*. Esto debería llevarnos a concluir que el parto constituye el hecho que, probado, atribuye *ipso iure* la maternidad, por aquello de que el parto sigue al vientre⁽¹⁷⁾.

Sin contradecir a Soto, Cornejo Chávez es un poco más cauteloso sobre la certeza de quien es la madre cuando dice:

Antiguo aforismo según el cual «la madre es siempre cierta». (...) Que el aludido aforismo no pasa de ser una vulgaridad lo hacía notar ya Vélez Sarsfield. «En la naturaleza de las cosas –decía– la maternidad es cierta e indudable, pero no en el pleito, si no es que el Juez ha asistido al parto. El Juez –agregaba– tiene que decidir el caso por las declaraciones de los testigos,

17 SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. cit., parte III, cap. XII, p. 342.

por los informes de los sirvientes y por las pruebas comunes, pruebas iguales a las que pueden darse sobre la paternidad.⁽¹⁸⁾

Es interesante notar que la crítica que hace Vélez (y que Cornejo asume) no está dirigida a cuestionar que la mujer que da a luz sea la madre, sino a que cuando no es claro quién dio a luz al niño, entonces hay que probarlo y eso hace que el aforismo de que la madre siempre es cierta, sea inexacto. En el argumento está inserta la aceptación de que la madre biológica, es decir la que da a luz, debe ser la madre legal (sólo que a veces habrá que probarlo o, inclusive, a veces no podrá ser probado).

En el plano positivo, hay que destacar que el artículo 409 del Código Civil peruano dice: «La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo». Este artículo comparte plenamente el principio de que la mujer que da a luz es la madre legal, sólo que a veces será difícil probar la relación entre ambos.

Como podemos apreciar, en asuntos de maternidad toda la argumentación jurídica se acomoda, hasta donde es posible, al principio de la consanguinidad, sin que existan presunciones que pretendan establecer vínculos legales no basados en dicho principio, para determinar quién es la madre de un niño.

2.1.4. La adopción

Finalmente, en relación a la filiación, está el tema de la adopción, que es sustantivamente distinto de los tres

18 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. cit., cap. III, p. 96.

que hemos visto anteriormente. No se fundamenta en el vínculo consanguíneo sino en la decisión voluntaria del adoptante, de su cónyuge si está casado (inciso 3 del artículo 378 del Código Civil) y del adoptado si es mayor de diez años (inciso 4 del artículo 378 del Código Civil)¹⁹. El efecto, según indica el artículo 377 del mismo código es el siguiente: «Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea».

Cornejo Chávez resume así las características jurídicas que las definiciones otorgan a la adopción:

En tesis general, todas estas definiciones coinciden en atribuir a la adopción: a) La índole de un acto voluntario, que sanciona una ficción consistente en reputar padre e hijo a quienes no lo son; b) El carácter de un acto jurídico solemne, esto es, que exige la intervención del Estado a través de un funcionario público; y c) Efectos

19 También es importante notar que según el artículo 385 del Código Civil:

«El menor o el mayor incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o a la fecha en que desapareció su incapacidad. El juez lo declarará sin más trámite.

En tal caso, recuperan vigencia, sin efecto retroactivo, la filiación consanguínea y la partida correspondiente. El registro del estado civil respectivo hará la inscripción del caso por mandato judicial».

Dos cosas son importantes de resaltar en este artículo: primero, ratificar que la adopción depende de la voluntad de los involucrados, en este caso del hijo adoptivo, quien puede extinguirla exclusivamente por decisión propia al adquirir o recuperar su capacidad. La segunda, que ante la extinción de la adopción, la filiación consanguínea recupera su validez sin que los padres puedan hacer nada en contrario. Quedan por tanto reafirmados el carácter voluntario de la adopción y el vinculatorio de la consanguinidad en materia de filiación.

análogos a los que produce la relación consanguínea paterno-filial⁽²⁰⁾.

Y en relación a la finalidad de la adopción, Soto dice:

La fuerza del vínculo genético cede, sin embargo, por disposición de la ley, ante la necesidad de integrar a niños abandonados, huérfanos o carenciados a una familia que les brinde la nutrición física y afectiva que necesitan, así como la dirección normativa indispensable para integrar su personalidad dentro del marco de convivencia social⁽²¹⁾.

Gafo ratifica esta idea al decir:

La adopción no constituye sino un remedio *ex post facto* para una situación disfuncional ya creada⁽²²⁾.

La Iglesia Católica tiene una posición favorable a la adopción civil:

Con relación a la adopción, el magisterio eclesiástico adopta una postura francamente positiva:

Las familias cristianas han de abrirse con mayor disponibilidad a la adopción y acogida de aquellos hijos que están privados de sus padres o abandonados por éstos. Mientras esos niños, encontrando el calor afectivo de una familia,

20 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. cit., cap. II, p. 52.

21 SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. cit., parte I, cap. IV, p. 67.

22 GAFO, Javier. Op. cit., parte III, cap. II, p. 121.

pueden experimentar la cariñosa y solícita paternidad de Dios, atestiguada por los padres cristianos, y así crecer con serenidad y confianza en la vida, la familia entera se enriquecerá con los valores espirituales de una fraternidad más amplia⁽²³⁾.

La adopción, por consiguiente, es una forma de filiación éticamente legitimada, que es establecida por la voluntad y desarrollada con la finalidad de solucionar el problema social de los niños en desamparo⁽²⁴⁾. En este sentido es clarísimamente una forma de filiación que se fundamenta exclusivamente en los vínculos que establece el Derecho por sí mismo.

2.1.5. A manera de síntesis

En resumen, podemos ver que la filiación en nuestro Derecho tiene como regla general el vínculo de la consanguinidad. Fundamenta la presunción *pater is* y es una de las consecuencias más importantes de ella. Es el vínculo exclusivo en la filiación extramatrimonial del padre (salvo ciertos casos de los incisos 1 y 2 del artículo 402 en los que en realidad pueda asignarse la paternidad a quien no es padre biológico) y en la filiación de la madre. En el desarrollo que hemos hecho hasta aquí, es de notar que existen tres aspectos en los cuales el vínculo legal no consanguíneo puede producir la filiación. Ellos son los casos de la adopción, los incisos 1 y 2 del

23 Ibid., parte II, cap. I, p. 57.

24 Por supuesto, en la realidad la adopción no sólo cumple este papel sino también el de dar a las personas sin descendencia consanguínea la posibilidad de la paternidad y la maternidad.

artículo 402 a los que nos acabamos de referir y ciertos resultados de la presunción *pater is*⁽²⁵⁾.

La importancia del vínculo consanguíneo tiene expresión particular en el caso de Honduras, cuyo Código Civil trae una norma que da prioridad a la relación consanguínea:

El Código de familia hondureño, nacido apenas en 1984, abre sus puertas a una acción otrora impensable. Dispone en su art. 117 que «la persona que se considere con derecho a inscribir como suyo al hijo reconocido previamente por otra persona, en virtud de considerarse su verdadero progenitor, podrá en cualquier tiempo establecer la acción conducente a ese fin». La filiación biológica tiene, pues, para esta ley, una entidad mayor que la formal o putativa.⁽²⁶⁾

Finalmente, es importante destacar un tema planteado por Soto en los siguientes términos:

En realidad, como afirma Bossert, el lazo filial

25 Según lo visto hay dos excepciones a la filiación por consanguinidad: adopción y ciertos efectos de la presunción *pater is*. Soto sostiene algo distinto: «La adopción es, pues, la única excepción jurídica, en la mayoría de las legislaciones de nuestro continente, al principio de que la vinculación paterno-filial surge necesariamente del factor genético. Y, aún en este caso, el legislador impone condiciones que, de alguna manera, pretenden asimilar el vínculo adoptivo al derivado de la descendencia biológica, como la diferencia de edad entre adoptado y adoptante, la vinculación parental con la familia amplia —cuando se trata de la adopción plena— y la disposición que ordena omitir cualquier referencia al origen genético, en las actas de nacimiento formuladas a raíz de la adopción». (SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. cit., parte I, cap. IV, pp. 67-68).

26 SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. cit., parte III, cap. XII, p. 351.

no depende del consentimiento del marido, sino de la realidad biológica.

Es verdad que el reconocimiento del hijo extramatrimonial, constituye una manifestación de voluntad que produce consecuencias jurídicas en el área del derecho de familia, como ocurre también en los actos que integran la posesión de estado filial, toda vez que implican un reconocimiento tácito de esta relación por parte de los padres putativos. En lo que toca al perdón del adulterio y a la admisión del hijo ajeno, concebido antes del matrimonio, admitimos también que el no ejercicio de las acciones de impugnación implica, lógicamente, la voluntad de asumir la paternidad de ese hijo, a pesar de la ausencia del nexo biológico, pero todas estas manifestaciones de la voluntad, a pesar de sus efectos legales son, a nuestro entender, sólo fenómenos metajurídicos, es decir, se dan en la realidad, pero no porque hayan sido receptados por el derecho como fuente legítima de la parentalidad. En realidad, los únicos títulos reconocidos hasta ahora por la mayoría de los códigos latinoamericanos, son los previstos en el art. 240 del Código Civil argentino, al disponer que «la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción». No hay lugar, pues, para la voluntad procreacional.⁽²⁷⁾

El problema de si sólo existen dos fuentes de filiación o si la voluntad es una tercera, constituye aspecto cen-

27 Ibid., parte I, cap. IV, pp. 71-72.

tral de la discusión sobre la filiación en la reproducción asistida. Por nuestra parte, creemos haber demostrado que sí existen tres, pues los casos de aplicación de la presunción *pater is* sin paternidad biológica del marido, no pueden ser considerados como simples «fenómenos metajurídicos». Son situaciones jurídicas claramente establecidas como consecuencias queridas de las normas de la presunción *pater is*.

Por ello, pensamos que existen tres formas de producir la relación paterno-filial para el Derecho:

- Como regla general la consanguinidad.
- La adopción.
- La voluntad del marido de asumir la paternidad del hijo de su cónyuge que no sea hijo suyo, y la voluntad de quien declara ser padre o da la condición de hijo a alguien que no tiene vínculo genético con él.

2.1.6. La filiación y los alimentos

Una consecuencia importante de la filiación es la necesidad de prestar alimentos por la misma situación natural de que el ser humano en sus primeros tiempos es incapaz de sobrevivir sin el apoyo paterno. Dice Cornejo Chávez:

El deber instintivo de perpetuar la especie no queda cumplido con el mero hecho de la procreación biológica, pues es un lugar común la comprobación de que los hijos no están desde que nacen en situación de valerse por sí mismos, esto es, de garantizar su propia supervivencia.

No es, pues, la ley, sino la naturaleza misma quien impone a los padres una obligación que sólo se diferencia de la tarea que cumplen los animales inferiores en el mayor refinamiento que exige el juego de la inteligencia por encima de la fuerza ciega del instinto. Tal obligación es la de proveer a la subsistencia y desarrollo de la prole⁽²⁸⁾.

Resulta interesante constatar que Cornejo hace de los alimentos una prestación natural, que corresponde a la paternidad y maternidad, como modos de perpetuar la especie. Consignamos esta afirmación como un principio del Derecho tradicional porque será de mucha trascendencia cuando entremos a considerar el tipo de relaciones que puede tener un padre genético con el hijo que ha sido asumido por otro varón en calidad de padre o que no ha sido tomado por hijo por ningún varón.

2.2. El parentesco

Según los artículos 236 a 238 del Código Civil, existen tres formas de parentesco: por consanguinidad, por afinidad y por adopción. Este último, en lo que atañe a este trabajo, queda cubierto con lo dicho en el párrafo anterior.

El parentesco por consanguinidad tiene dos formas:

- La línea recta que está conformada por las relaciones entre ascendientes y descendientes directos. La filiación es determinante para establecer este tipo de parentesco. Se supone que entre los parientes en línea

28 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. cit., cap. IX, p. 256 del Tomo I.

recta, hay un emparentamiento genético de padres (o madres) a hijos y así será en la generalidad de los casos, pero hay que notar que cuando un varón reconozca hijo sin ser padre genético, o el marido asuma para sí la paternidad del hijo de su mujer con un tercero, el parentesco seguirá siendo calificado por la ley como de consanguinidad, pero en realidad se tratará de una ficción de la ley. De esto puede bien notarse, como hemos dicho ya antes, que el parentesco y los criterios de vinculación dependen más de las prescripciones de la ley que de la realidad tal cual es. Podemos, así, decir que el parentesco en línea recta está fundado en el vínculo consanguíneo, pero que también puede fundarse en el mandato de la ley.

- En línea colateral, está conformado por todos los que descienden de un tronco común. Es inmensamente arborescente y, por ello, el artículo 236 del Código Civil lo limita hasta el cuarto grado. Si bien la colateralidad hace parecer a este parentesco independiente de la filiación, en realidad depende de ella tanto como el de línea recta en la medida que hay que ascender hasta los troncos comunes. Se le aplica, según su naturaleza, la misma observación hecha antes sobre la posibilidad de que sea hijo legal quien no lo es biológicamente. Por tanto, la regla general para determinar el parentesco colateral será la consanguinidad pero excepcionalmente también lo será el mandato de la ley.

El parentesco por afinidad se construye sobre la base del matrimonio civil. El texto del artículo 237 dice:

El matrimonio produce parentesco de afinidad

entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.

Hay que notar que las bases originales del parentesco por afinidad son dos: el matrimonio civil que es el catalizador de la aparición de la afinidad, y la consanguinidad (con las posibles excepciones antes mencionadas) que es el factor determinante de las modalidades (directa y colateral) así como del grado.

Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 237 indica claramente que la permanencia del parentesco por afinidad no depende necesariamente de la subsistencia del matrimonio: una vez producida la relación de parentesco adquiere vida propia y se independiza del catalizador: la línea recta no se pierde y el segundo grado de la colateral subsiste mientras viva el ex-cónyuge.

En síntesis, al hablar de parentesco en nuestro Derecho, tenemos que decir que la base fundamental es la consanguinidad (la más importante por lejos en el parentesco por consanguinidad, y uno de los dos componentes en el parentesco por afinidad). Adicionalmente, la ley crea fuentes de parentesco independientes de la consanguinidad. Es el caso del parentesco consanguíneo (tanto en línea recta como colateral) bajo la presunción

pater is cuando el marido no niega al hijo de su mujer y de un tercero; también es el caso del que reconoce o da la calidad de hijo al que no lo es biológicamente; y, finalmente, el del parentesco por afinidad que subsiste al matrimonio que lo actualizó, en las diversas modalidades del segundo párrafo del artículo 237.

2.3. La familia

La familia es tal vez el concepto más complejo en cuanto a las variables que le dan origen dentro del Derecho.

Como hemos visto antes, una de las que interviene es la filiación que, unida a la consanguinidad, colabora a estructurar todas las relaciones: las consanguíneas directas o colaterales, y también las de afinidad.

Otra variable determinante para conformar la familia es el matrimonio civil que, al unir a varón y mujer, también vincula a cada uno de ellos con la familia del otro y, como vimos oportunamente, en varios casos más allá de la duración del matrimonio mismo.

Finalmente, están las relaciones sociales sin formalización jurídica en sí mismas, que moldean también a la familia e, inclusive, le dan cierto reconocimiento en el Derecho. Tal el caso del hogar de hecho reconocido en el artículo 5 de la Constitución y el 326 del Código Civil.

Es que la conceptualización jurídica de la familia, es en realidad sociológica. El artículo 4 de la Constitución dice:

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.

Hay que notar que el concepto de familia y el de matrimonio son dos distintos, no específicamente interconectados, y que tienen carácter de *naturales*. El significado clásico de esta expresión en el Derecho, es que pertenecen a la naturaleza social del hombre y, por consiguiente, son reconocidos pero no estatuidos por el Estado (el que, en consecuencia, no puede proscribirlos).

La familia, entonces, es reconocida por el Estado al margen de las formalidades de su constitución: existe en virtud de las relaciones sociales establecidas. Desde luego, el Derecho podrá en ciertos casos recortar los efectos jurídicos del concepto de *familia*, pero no puede recortar en sí misma la calidad de natural que tiene por mandato constitucional.

Por consiguiente, la familia se formará no sólo mediante actos jurídicos con formalidad expresa (como los tipos de matrimonio civil existentes), sino por el fenómeno social de la interrelación humana. Esto será muy importante para determinar consecuencias para las relaciones sociales emergentes de la reproducción artificial, ya que los vínculos personales que se crean con ella son variados y complejos, y tienen relevancia no sólo para la estructura de las relaciones de parentesco, sino también para las obligaciones concretas como los alimentos, etc.

2.4. Recapitulación sobre los principios que organizan la filiación, el parentesco y la familia en el Derecho

Son cinco las variables que intervienen en la definición de estas relaciones:

1. La consanguinidad (que tiene que ver tanto con la filiación, como con el parentesco y la familia).
2. El matrimonio civil que tiene que ver con el parentesco y la familia y, a través de la presunción *pater is* con la filiación (además de determinar, desde luego, la diferencia entre filiación matrimonial y extramatrimonial, que no nos ocupa en este trabajo).
3. La declaración de voluntad de no impugnar la paternidad que hace al marido, padre *consanguíneo* del hijo de su mujer, engendrado por un tercero. También, la declaración de voluntad de reconocer como hijo, o de darle la condición jurídica de hijo, a quien no lo es desde el punto de vista genético.
4. La declaración de voluntad de ambos, padre e hijo, de aceptar la adopción, y que afecta también a los tres conceptos que hemos trabajado: filiación, parentesco y familia.
5. La realidad sociológica y humana integralmente considerada, que permite definir rasgos muy importantes de la familia. Si bien el Derecho a veces recorta a la familia dentro de ciertos límites de parentesco, en otros no lo hace y deja abierta la posibilidad de interpretación en función de los hechos y de la manera como los seres humanos los comprenden.

Estimamos que todos estos elementos son importantes en la definición de estas relaciones jurídicas, a pesar de que connotados autores consideran que no todos ellos forman parte del instrumental jurídico. Cornejo Chávez dice citando a Josserand:

Vista así la figura, se puede afirmar con Josserand, que si la familia legítima tiene su origen en una convención —que es el matrimonio— y en la comunidad de sangre; la familia ilegítima procede exclusivamente de la comunidad de sangre; y la familia adoptiva tiene su base únicamente en la convención⁽²⁹⁾.

3. La legítima de los herederos forzosos

La legítima es aquella institución según la cual el causante no puede disponer *mortis causa* de una cierta parte de su patrimonio hereditario, el que debe ir necesariamente a sus herederos forzosos, unos de los cuales son sus hijos⁽³⁰⁾.

Augusto Ferrero la justifica de la siguiente manera:

La legítima o cuota indisponible, como también

29 Ibid., cap. II, p. 57 del tomo I.

30 En el Perú la legítima está legislada en los artículos 724 a 727 del Código Civil que dicen:

«Artículo 724.- Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge.

Artículo 725.- El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

Artículo 726.- El que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes.

Artículo 727.- El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes».

se la denomina, tiene como fundamento afirmar la solidaridad familiar y evitar que el patrimonio sufra una atomización excesiva. Planiol y Ripert nos dicen que en vísperas de la redacción del Código Civil francés, la liberalidad tenía el concepto de una institución peligrosa para el orden social, para la familia del disponente y para éste mismo; por ello se la encerró en reglas tan estrechas como fuera posible, a fin de desalentar a los que tendieran a mostrarse generosos. He allí el fundamento jurídico de la legítima, la cual «aparece como una de las instituciones más adecuadas al mantenimiento de la familia y a garantizar su prosperidad»⁽³¹⁾.

Años antes que la obra de Ferrero fuera escrita, Echecopar decía sobre el mismo tema:

Al tratar de la voluntad del causante, como fuente de la sucesión hereditaria, hemos dicho ya que la legítima constituye una transacción entre la herencia forzosa y el derecho que posee todo propietario de disponer libremente de sus bienes. La ley impone esta limitación para favorecer a la familia, en virtud de las obligaciones que, por razones naturales (vínculo de sangre, amor paternal y filial, obligación alimentaria, etc.) existen entre el padre y sus descendientes y demás familiares próximos, impidiendo así el abuso y promoviendo la estabili-

31 FERRERO, Augusto. *El derecho de sucesiones en el nuevo Código Civil Peruano*. Lima, Fundación M.J. Bustamante de La Fuente, 1987, cap. XV, p. 174.

dad y el desarrollo de la sociedad cuya base es la familia⁽³²⁾.

Puede verse que la legítima está fundada en las relaciones de familia, en la necesidad de preservar una cierta parte del patrimonio familiar, y en la conveniencia de que sea la familia la que se beneficie con una parte importante de los bienes del causante.

Se benefician de esta institución los herederos forzosos y ellos son los que guardan con el causante la relación jurídicamente exigible para que la legítima proceda, según la legislación vigente. Desde luego, se establece que sólo serán herederos forzosos los que existan al momento de la muerte del causante, nacidos o en gestación. Quien no ha sido concebido al morir el causante, no participa del reparto porque cuando se configura la relación hereditaria, él no existe.

A la inversa, probada la relación de padre-hijo, éste se convierte automáticamente en heredero forzoso:

Admitida en su caso la filiación matrimonial, ésta supondrá para el hijo la automática atribución de heredero forzoso, en igualdad de rango con cualquier otro; y, dado el principio de no discriminación entre los hijos, lo mismo ocurrirá en caso de filiación extramatrimonial: la simple constancia de paternidad y maternidad investirá al hijo de todos sus derechos, y entre ellos los sucesorios⁽³³⁾.

32 ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Derecho de sucesiones*. Lima, Editorial Lumen S.A., 1946, parte III, cap. II, pp. 106-107.

33 GAFO, Javier. Op. cit., parte III, cap. II, p. 132.

Lo interesante de esto consiste en que la filiación es la fuente de la sucesión sobre la legítima. Es entonces la condición de hijo, con todos los matices indicados antes, la que desencadena la relación sucesoria forzosa. Esta constatación es interesante para cuando se trate la situación del padre genético que no es el legal (y de la eventual madre biológica que tampoco sea la legal) y se discuta si debe o no haber relación sucesoria entre ellos (cosa que hasta ahora ha sido negada por las posiciones conceptuales predominantes, por la legislación de otros países y por la normas propuestas en distintos países que han llegado a nuestras manos).

4. La condición de hijo alimentista

Para los efectos de nuestro trabajo es interesante también destacar la vinculación que existe entre la relación sexual de la madre y un varón en la época de la concepción, de quien no se puede decir con seguridad que es el padre. Refiriéndose al artículo 402, que establece las situaciones en las que procede la declaración judicial de filiación extramatrimonial, el artículo 415 del Código Civil dice:

Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental.

Cornejo Chávez dice respecto de esta institución:

(...) el hijo que no ha sido reconocido voluntariamente ni judicialmente declarado tal, carece, estrictamente, de familia, y no tiene, por eso mismo, derecho alguno frente al varón y la mujer que sean, en la realidad, sus progenitores.

Empero hay una circunstancia de cuya gravedad no puede desentenderse el Derecho, y es el estado de necesidad en que tal hijo se encuentre y que exige, por razones elementales, que alguien lo satisfaga.

De esta consideración surge una vocación alimentaria de tal hijo, que si no se basa —como ocurre, por lo general, tratándose de otros alimentistas— en la relación familiar legalmente establecida, se funda en el derecho a la vida que tiene todo ser humano por el hecho de serlo. Alguien ha de proveer, pues, a la subsistencia de ese hijo sin padres, de ese ser privado de *status-familiae* y del amparo de la patria potestad; y ese alguien, allí donde no es el Estado mismo —por no permitirlo su organización socio-política o sus recursos—, no puede ser otro que aquél a quien, no con certeza y ni siquiera con vehemente verosimilitud o probabilidad, mas sí con razonable posibilidad, puede reputarse como el progenitor⁽³⁴⁾.

Lo importante de esta cita es que se genera una responsabilidad en el varón aludido, a pesar de que no existen condiciones para establecer judicialmente su paternidad. Esta responsabilidad emerge de la posibilidad

34 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. cit., cap. III, p. 166.

verosímil de que exista un vínculo genético con el niño y el movíl determinante es la solidaridad con un menor desamparado. Es una institución que combina valores muy importantes, entre ellos la solidaridad y la responsabilidad por los actos realizados. En este caso, esa responsabilidad se traduce en alimentar a quien, tal vez, tiene un vínculo genético con uno mismo. aunque el Derecho no pueda comprobarlo.

La condición de hijo alimentista tiene, inclusive, efectos sucesorios. Augusto Ferrero cita el texto del artículo 728 del Código Civil y lo comenta extendiendo la concordancia al artículo 417:

El artículo 728 señala que «si el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia conforme al artículo 415, la porción disponible quedará gravada hasta donde fuera necesario para cumplirla». Se refiere al caso del llamado hijo alimentista. Este es el hijo extramatrimonial, no reconocido por el padre y que tampoco tiene declaración judicial de paternidad, careciendo de título para heredar. No obstante, la ley lo faculta para que reclame una pensión alimenticia a quien ha tenido relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción. (...)

Se le reconoce así al hijo alimentista un derecho sobre la herencia, pero no como heredero forzoso. Su derecho no está amparado en la legítima. Todo lo contrario: afecta la porción disponible; sea que esté representada por un tercio, por la mitad o por todo el patrimonio del causante. (...) El Código señala una limitación: el alimentista

no puede recibir más de lo que le habría correspondido como heredero si hubiese sido reconocido o judicialmente declarado como hijo (artículo 417).

De esta manera, el hijo alimentista llega a tener derechos sucesorios sobre la cuota de libre disposición, bajo forma de una pensión que, sin embargo, no puede superar el valor de lo que reciben los herederos.

Estas consideraciones son interesantes porque, de producirse una situación análoga a la planteada en la cita primera de Cornejo Chávez (un niño desposeído de familia y medios de subsistencia, en un contexto de reproducción asistida con donante de semen que no se convierte en padre legal), cabe debatir si procede hacer analogía y buscar una solución semejante en la relación entre este donante de semen y el niño, que es su hijo genético pero no legal. Discutiremos este asunto en la parte correspondiente de este trabajo.

5. Fidelidad de los cónyuges y causales de separación de cuerpos y divorcio

El artículo 288 del Código Civil dice: «Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia». Nos concierne el deber de fidelidad. Soto se extiende sobre este concepto:

La fidelidad, explica Zannoni, «es un concepto amplio que socialmente incluye la obligación, a cargo de cada uno de los cónyuges, de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedoras y lesiva para la dignidad del otro. Se

vincula estrechamente con la institucionalización del matrimonio monogámico, y descansa en la aceptación exclusiva y excluyente de un esposo respecto del otro. Sus manifestaciones son, por supuesto, múltiples, dice este autor, pero la de mayor trascendencia en el ámbito jurídico se vincula al débito marital o conyugal, es decir, a la prestación de relaciones sexuales entre los cónyuges, que no puede desvincularse del carácter exclusivo que el derecho impone a la prestación.

La fidelidad supone, por lo tanto, exclusividad del débito conyugal respecto del otro cónyuge, ya que, con el matrimonio, cada cónyuge renuncia a su libertad sexual, en el sentido de que pierde el derecho a unirse carnalmente con cualquier otra persona diversa del cónyuge; pero adquiere un derecho propiamente dicho al acceso conyugal⁽³⁵⁾.

Por su parte, Héctor Cornejo Chávez dice:

El deber de fidelidad. Consagrada la monogamia como sistema matrimonial de los pueblos civilizados, el primer deber que recíprocamente tienen los cónyuges es el de fidelidad.

En consecuencia, el adulterio, que trasgrede el riguroso límite puesto a la libertad sexual por el principio monogámico, está vedado con la misma estrictez al varón y a la mujer; pero lo

35 SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. cit., parte IV, cap. XIV, pp. 449-450.

está más aún a ésta porque en su caso perturba la organización de la familia al falsear el funcionamiento de la regla legal sobre presunción de la paternidad.

Pero el deber de fidelidad no sólo condena el adulterio, sino todo otro comportamiento que sin llegar al trato sexual con tercera persona, entrañe sin embargo una deslealtad conyugal por lo que tenga de excesiva intimidad o de afectación amorosa⁽³⁶⁾.

En ambos textos destaca que la fidelidad es una cualidad de la relación matrimonial caracterizada por la exclusividad que marido y mujer deben guardar entre sí en relación a su vida sexual. Soto, citando a Zannoni hace mayor hincapié en que la fidelidad prohíbe a los cónyuges realizar el acto sexual con tercera persona (reconociendo, sin embargo, que la fidelidad se muestra en múltiples aspectos). Cornejo Chávez tiene una concepción más amplia de fidelidad en el último párrafo, pues incluye como contrarios a ella, comportamientos que no lleguen al trato sexual pero que entrañen una deslealtad conyugal.

Ambos autores piensan en la relación sexual física y directa, ocurra o no mediante el acto sexual. Para definir la fidelidad no se han puesto en situación, por ejemplo, de que uno de los cónyuges, sin la autorización del otro, utilice material genético de un tercero, o done a un tercero, para la procreación de una nueva vida. Ante estas nuevas perspectivas de la tecnología, cabe pregun-

36 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. cit., cap. IX, pp. 256-257 del tomo I.

tarse si la fidelidad sería rota en casos como éstos. La respuesta no es fácil.

Por ejemplo, las citas hechas anteriormente ponen énfasis en el acto sexual en sí mismo pero no dicen que la fidelidad sea exclusivamente no tener relaciones sexuales con terceros (aunque, desde luego, tenerlas sí es infidelidad de todas formas). Soto señala que la fidelidad comporta la «obligación, a cargo de cada uno de los cónyuges, de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedor y lesiva para la dignidad del otro» y Cornejo dice a su turno que «el deber de fidelidad no sólo condena el adulterio, sino todo otro comportamiento que sin llegar al trato sexual con tercera persona, entrañe sin embargo una deslealtad conyugal por lo que tenga de excesiva intimidad o de afección amorosa». De manera que en la fidelidad existen también el respeto a la dignidad del otro y la lealtad conyugal que excluye la excesiva intimidad con terceros. Es posible pensar que la teoría tradicional deja un margen para innovaciones en función de las nuevas realidades, siempre que se demuestre que ellas violentan aquellos principios de respeto a la dignidad y lealtad conyugal. También en esta aproximación es interesante el comentario del mismo Soto cuando dice:

Puestos a conceptualizar racionalmente la institución del matrimonio, ignorando los estrechos márgenes terminológicos de nuestros códigos, diríamos que la pareja se debe recíprocamente asistencia y respeto⁽³⁷⁾.

37 SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. cit., parte IV, cap. XIV, p. 450.

El autor ha utilizado la palabra *fidelidad* por la de *respeto* y ello no es un mero cambio de palabras equivalentes, de manera que también, a partir de la teoría tradicional, podríamos entender que uno de los componentes de la fidelidad es el respeto al otro, integral y no sólo sexualmente considerado. Incluiría, desde luego, decisiones trascendentales como las de un embarazo o la donación de gametos, pues es obvio que tales decisiones que involucran tantos y duraderos cambios en la vida íntima cotidiana, no pueden ser hechos sin consentimiento del cónyuge dentro del matrimonio.

Por otro lado, uno de los quebrantamientos más importantes de la fidelidad en el Derecho es el adulterio, que constituye una causal de separación de cuerpos y de divorcio. Sobre él dice Cornejo Chávez para el Derecho peruano:

El adulterio. El trato sexual de uno de los cónyuges con distinta persona constituye, como se ha expresado anteriormente, la más grave violación del deber de fidelidad matrimonial⁽³⁸⁾.

Carmen Julia Cabello, que ha trabajado extensamente la jurisprudencia sobre causales de divorcio en el Perú dice sobre el adulterio:

Etimológicamente la voz adulterio deriva del latín *ad alteius thorum ire* que significa andar en lecho ajeno. A decir de los hermanos Mazeaud, éste constituye la violación de una obligación esencial del matrimonio: la fidelidad. Sin em-

38 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. cit., cap. XI, p. 326 del tomo I.

bargo, no cualquier acto de infidelidad podrá configurarlo. Nuestra jurisprudencia exige para su tipificación «el acceso carnal que uno de los cónyuges mantiene con tercera persona»⁽³⁹⁾.

Desde una perspectiva más bien comparada, Soto dice:

El adulterio tipifica la vulneración del deber de fidelidad en su aspecto sexual, pero igualmente se vulnera tal fidelidad, cuando se incurre en la denominada infidelidad moral, la que se concreta cuando se lesionan los sentimientos y la consideración social del otro cónyuge, mediante relaciones equívocas con una persona del otro sexo, sin consumarse la relación sexual.

Y es que el adulterio se circunscribe a la relación carnal lo que no es sobreabundante, por cuanto no han faltado interpretaciones extensivas que entienden tipificada la causal, aun cuando no se consume la unión sexual.

Como es la unión carnal con tercero de otro sexo lo que integra el adulterio, las simples caricias y también la vinculación sexual con un tercero del mismo sexo, quedan subsumidas –concluye el autor– en la figura de las injurias graves, contempladas como causal de divorcio»⁽⁴⁰⁾.

Podemos apreciar que en todos estos autores la defi-

39 CABELLO, Carmen Julia. *Cincuenta años de divorcio en el Perú*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, cap. II, p. 29.

40 SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. cit., parte IV, cap. XIV, p. 452.

nición de adulterio como causal de divorcio está circunscrita al acto sexual con un tercero. La figura, por consiguiente, no puede incluir formas que no impliquen relación sexual directa, pero que deriven de las relaciones establecidas por la reproducción asistida. Soto, en la parte final de la última cita, sostiene que relaciones equívocas con terceros no son susceptibles de ser consideradas como adulterio, pero que sí pueden ser consideradas injurias graves, que constituyen otra causal de separación de cuerpos o de divorcio.

De donde concluimos que en el tratamiento tradicional de este deber de fidelidad, se ha pensado sólo en la relación sexual directa y, además, se establece la posibilidad de que un atentado contra la fidelidad conyugal en realidad no sea sancionado porque sólo el adulterio (y eventualmente las injurias graves) pueden conducir a la separación o al divorcio.

También en esta parte el Código está construido sobre la base de que las relaciones sexuales son directas, sin la intermediación de la técnica. Esta conclusión es importante para analizar las diversas circunstancias en las que la técnica intermedia la reproducción asistida, y en las que podría considerarse que un cónyuge falta el respeto al otro al actuar.

Y sobre la injuria, señalada por Soto como una de las posibles formas de canalizar el reclamo del cónyuge de quien sin su consentimiento ha participado en la reproducción asistida, tenemos lo siguiente:

Para dar lugar al divorcio por injuria, ésta debe importar una ofensa inexcusable, un menospre-

cio profundo, un ultraje humillante que imposibilite la vida en común. (Ejecutoria Suprema del 18 de enero de 1983).

Formas en que se expresa la injuria. La ofensa inferida al cónyuge es susceptible de estar contenida en palabras, pronunciadas en forma verbal o escrita, gestos, conducta e incluso actitud, que denote un ultraje, representando para el consorte un profundo vejamen hacia su personalidad y dignidad⁽⁴¹⁾.

También resulta aquí evidente que ni la Corte Suprema en su ejecutoria, ni la autora en su comentario, se han puesto en la posibilidad de participación de uno de los cónyuges en una reproducción asistida sin consentimiento del otro cónyuge.

Cornejo Chávez tiene un comentario más amplio sobre el tema:

La injuria grave. El ultraje a los sentimientos o la dignidad de uno de los cónyuges por el otro corresponde en el orden moral a la sevicia en el orden físico, pero, si bien es cierto que en determinadas circunstancias y tratándose de ciertas personas la injuria puede revestir la misma o mayor gravedad que el maltrato material, también lo es que aquélla, por no dejar huella objetiva y por referirse a algo tan inaprehensible y subjetivo como es la dignidad, puede servir de base a un verdadero abuso del derecho de pedir la separación⁽⁴²⁾.

41 CABELLO, Carmen Julia. Op. cit., cap. II. pp. 69-70.

42 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. cit., cap. XI, p. 328.

Puede verse que, según la posición de Cornejo, la injuria es análoga a la sevicia y, en ambas por consiguiente, lo esencial será la agresividad para con el otro cónyuge: espiritual en la injuria y física en la sevicia. Toda esta discusión abre perspectivas muy interesantes para la problemática de la reproducción humana asistida.

REPRODUCCIÓN ASISTIDA PRESENTA A LOS
PRINCIPIOS DEL DERECHO TRADICIONAL
EN MATERIA DE FILIACIÓN, SUCESIONES
Y RELACIONES ENTRE LOS CÓNYUGES

COMO ANEXO A ESTE TRABAJO, hay un cuadro con cerca de quinientas combinaciones de reproducción asistida, que son relevantes para el Derecho y posibles para la técnica. De ellas, hemos extraído los asuntos más importantes y que constituyen los géneros de todas las variables que se combinan en los diversos casos. Cuando ha sido necesario hacer matices para ciertas circunstancias, lo hacemos constar expresamente.

La literatura especializada se pregunta si pueden extenderse a los convivientes como compañeros permanentes⁽¹⁾, las consideraciones que sobre reproducción asisti-

1 Tomamos la expresión *compañeros permanentes* en el sentido siguiente: una pareja que no ha contraído el matrimonio con efectos civiles, pero cuya relación tiene reconocimiento del Derecho en tanto tal. Como las relaciones humanas son tan variadas y complejas en la sociedad actual, es preciso poner un margen a la posibilidad de protección jurídica de parejas verdaderamente efímeras o ocasionales. Por ello, creemos que en el Perú los tipos de relaciones que están protegidos por esta norma son:

ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA QUE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA PRESENTA A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO TRADICIONAL EN MATERIA DE FILIACIÓN, SUCESIONES Y RELACIONES ENTRE LOS CÓNYUGES

COMO ANEXO A ESTE TRABAJO, hay un cuadro con cerca de quinientas combinaciones de reproducción asistida, que son relevantes para el Derecho y posibles para la técnica. De ellas, hemos extraído los asuntos más importantes y que constituyen los géneros de todas las variables que se combinan en los diversos casos. Cuando ha sido necesario hacer matices para ciertas circunstancias, lo hacemos constar expresamente.

La literatura especializada se pregunta si pueden extenderse a los convivientes como compañeros permanentes⁽¹⁾, las consideraciones que sobre reproducción asisti-

1 Tomamos la expresión *compañeros permanentes* en el sentido siguiente: una pareja que no ha contraído el matrimonio con efectos civiles, pero cuya relación tiene reconocimiento del Derecho en tanto tal. Como las relaciones humanas son tan variadas y complejas en la sociedad actual, es preciso poner un margen a la posibilidad de protección jurídica de parejas verdaderamente efímeras u ocasionales. Por ello, creemos que en el Perú los tipos de relaciones que están protegidos por esta norma son:

da se hacen para quienes están casados. Esto será parte de nuestras preocupaciones en cada acápite en que resulte pertinente.

1. El caso en que el marido dona semen a su mujer

Es el más elemental de todos los posibles: en vez de la relación sexual normal, por alguna razón como enfermedad o incapacidad, la pareja decide hacer reproducción asistida. Sin embargo, hay diversas variantes a tomar en cuenta para establecer matices.

1.1. La cónyuge es madre biológica, esto es, se la insemina artificialmente con espermatozoides del marido

Es una donación dentro de matrimonio y se halla cubierta por la presunción *pater is*. En este caso, es la pareja casada la que asume plenamente la filiación y no existe un reto a los principios tradicionales del Derecho.

Si la pareja es de compañeros permanentes, la presunción *pater is* no es aplicable pero de todas formas se sabe que es el padre genético de la criatura y el estado de com-

-
- Aquellas parejas que tienen una unión estable de varón y mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho que da a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable (artículos 5 de la Constitución y 326 del Código Civil, el que añade algunos requisitos adicionales).
 - Aquellas parejas conformadas de acuerdo a la costumbre, y que sean reconocidas por las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas de acuerdo al artículo 149 de la Constitución.
 - Las familias campesinas, reconocidas por la ley de la materia y que, en varios pero no en todos los casos, también estarán protegidas por la norma del párrafo previo.

En otros países habría que buscar las instituciones análogas.

pañero permanente, además, puede permitir que se le aplique, analógicamente a la presunción *pater is*, el principio de que es reputado padre el que tuvo relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción.

Esta aplicación analógica es extraña al Derecho tradicional, pero nos parece un uso adecuado a las circunstancias que tratamos, porque desde el punto de vista de los intereses del niño tiene una consecuencia muy importante: el compañero permanente de su madre será su padre extramatrimonial, con lo que se le garantiza paternidad y familia consolidada. Nos parece que estas son razones adecuadas y suficientes, para adaptar analógicamente aquel principio de paternidad extramatrimonial a la presunción *pater is* para el caso de reproducción asistida, en el contexto de una donación de semen por el compañero permanente a su compañera.

Gafo dice sobre este particular aspecto:

Si, con todo, la ley deseara dar carta de naturaleza al caso de la «pareja estable», sí debería adoptarse una elemental cautela para que no se dé la posibilidad de que un hijo así concebido no tenga padre legal (y además, si es con semen de dador, ignore su filiación genética), cuando el propio hecho de su concepción no fue sino el resultado del consentimiento de ambos progenitores. Si ambos lo deseaban, que así conste: que el compañero se comprometa a reconocer a su hijo, asumiendo por escrito la paternidad. Esta ha sido precisamente la solución adoptada por el legislador sueco (art. 2 de la Ley de 1 de

marzo de 1985) y por la proposición de ley italiana (art. 3)⁽²⁾.

Consideramos que deben ser tenidos en cuenta en los detalles de una legislación específica, los requisitos formales de consentimiento que propone este autor.

1.2. La cónyuge es madre biológica, pero la fecundación ocurre luego de fallecido el marido

Se presentan aquí dos problemas: el de la paternidad y el de los derechos sucesorios del *concepturus* a la muerte de su padre (en cierta forma, éste problema sigue la suerte de aquél). Sobre estos temas, una respuesta a la letra desde el Derecho tradicional (y sin tomar en cuenta los nuevos fenómenos posibles con la técnica), consiste en lo siguiente:

- La muerte pone fin a la personalidad por lo que nadie puede concebir hijos después de muerto (tenerlos sí, y aún de acuerdo a la presunción *pater is*).
- La sucesión queda configurada a la muerte del causante y a esa fecha el *concepturus* no existe por lo que no le corresponden derechos sucesorios⁽³⁾.

2 GAFO, Javier. *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y Derecho*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1986, parte III, cap. II, pp. 120-121.

3 Gafó refiere estas soluciones como aplicables en las legislaciones de Francia y Australia:

«Inseminación en mujer viuda, o implantación de embrión llevada a cabo tras la muerte del marido.

Los hijos nacidos en este supuesto tendrán la consideración de matrimoniales si la inseminación se practica dentro de un plazo prudencial y no concurre presunción de paternidad derivada de un nuevo matrimonio de la viuda (Francia, Australia). Podría pensarse

Sin embargo, habría que hacer las siguientes observaciones a estas afirmaciones:

- Mientras no hubo reproducción asistida no fue posible que un muerto engendrara genéticamente. Ahora sí es posible y hay que preguntarse si el Derecho debe o no aceptar que un varón pueda engendrar un hijo después de muerto, con semen congelado.

Un primer tema a discutir consiste en que ese niño

que para la inscripción de la filiación como matrimonial se podría exigir la constancia del consentimiento del marido en testamento o documento público y la prueba de que en ese establecimiento se llevó a cabo la fecundación con los gametos identificados». (Ibid., parte III, cap. II, pp. 130-131).

Carlos Cárdenas toma un camino de mayor elaboración, apoyándose en Zannoni, pero su conclusión es al final la misma:

«Ontológicamente el hijo ha sido concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, de ser. Podría afirmarse, entonces, que ese semen no es atribuible a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. Desde esta perspectiva el hijo podría, a lo sumo, decir que fue engendrado con semen conservado de su padre, pero no por su padre. Y ello conduciría a concluir que ese hijo no tiene padre. Sin embargo, la hipótesis exige un esfuerzo de reformulación. Por qué no afirmar que la moderna biología permite que la individualidad genética del ser vivo, del hombre en nuestro caso, trascienda su muerte física y que en tanto esa individualidad se mantenga en potencia, mediante la conservación de su semen fecundante, el ser a quien pertenecía no ha muerto definitivamente? Advertimos, no obstante, que para el derecho positivo, la muerte física del sujeto implica el fin de su personalidad. Y así, por ejemplo, el hijo concebido *post mortem* con semen de su padre, no adquirirá por vía hereditaria ningún derecho derivado de la transmisión sucesoria. Porque, el día del fallecimiento ese hijo no existía jurídicamente». (CARDENAS QUIROS, Carlos. «Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina». En: *La familia en el Derecho peruano*. Fernando de Trazegnies Granda, Roger Rodríguez Iturri, Carlos Cárdenas Quirós y José Alberto Garibaldi F., ed. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 178).

va a nacer sin padre y esto no es deseable ética, ni psicológica ni legalmente. Dice la Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica:

El hijo tiene derecho a ser concebido, llevado en las entrañas, traído al mundo y educado en el matrimonio: sólo a través de la referencia conocida y segura a sus padres pueden los hijos descubrir la propia identidad y alcanzar la madurez humana⁽⁴⁾.

Además de la enseñanza moral, podemos encontrar a este derecho supuesto en los artículos 3 y 9 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁽⁵⁾, y expresamente establecido en el artículo 9 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú que dice:

Artículo 9.- Todo niño y adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.

El niño y adolescente que carecen de familia natural, tienen derecho a crecer en el seno de una familia.

El niño y adolescente no podrán ser separados de su familia natural sino por circunstancias es-

4 Congregación para la Doctrina de la Fe. *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. Bogotá, Ediciones Paulinas, 1991, p. 31.

5 Del mismo parecer son los autores de este texto: «Desde nuestro punto de vista este derecho a tener madre y padre desde el nacimiento se encuentra reconocido en la convención de los Derechos del Niño». (LEVY, Lea M.; WAGMAISTER, Adriana; IÑIGO, Delia. *Algunas reflexiones sobre reproducción humana asistida*. Buenos Aires, 1991, p. 1136.

peciales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos.

Es deber de los padres velar que sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.

Por lo tanto, la inseminación *post mortem* que hace que el niño nazca sin padre, quien es parte consustancial de su familia, en nuestro criterio debe ser prohibida por el Derecho⁽⁶⁾. También tendría que establecerse que el semen depositado en bancos, debería ser eliminado al morir el donante. Desde este punto de vista, a su vez, todos los actos jurídicos realizados para proceder a la fecundación *post mortem* y sólo en tanto ese efecto (luego se explica porqué no debiera extenderse a la paternidad en sí misma) de-

6 El Consejo de Europa, en sus recomendaciones de 1984 es partidario de establecer una regla general de no aceptación de la procreación con semen de quien ya falleció, aunque admite la posibilidad de excepciones:

«Artículo 11.- No se permitirá la procreación artificial llevada a cabo con semen del marido o compañero difunto.

(Sin embargo, un Estado podrá permitirlo siempre y cuando se establezcan los derechos de la persona resultado de este nacimiento)». (VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. *El don de la vida*. Madrid, Editorial Covarrubias, 1987. Antología de documentos, p. 178.

El Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima ha propuesto: «El semen congelado del marido no podrá ser utilizado tras su fallecimiento, ni para la inseminación de su mujer ni para la inseminación de otra mujer salvo, en este último caso, que hubiese cedido el semen subsidiariamente para un banco». («Bases para una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida». En: VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético. Principios Generales*. Trujillo, Editora Normas Legales S.A., 1995, anexo, p. 73.)

ben ser normados como nulos por afectar las normas de orden público⁽⁷⁾.

Puede argüirse que emocionalmente será de mucho beneficio para la madre tener un hijo de su marido fallecido (sobre todo en hipótesis como la de haber sufrido males que le impidieran concebir durante la vida de él), pero hay que tener en cuenta con prioridad los intereses del menor cuyo daño por nacer sin padre, será sin duda mayor que el que sufra la madre por no tenerlo, consideradas objetivamente las cosas.

7 El Consejo de Europa en sus recomendaciones citadas antes no dice exactamente que los actos de disposición del donante sean declarados nulos luego de su muerte. Más bien, recomienda que el derecho de uso de los gametos depositados por quien ha muerto, no sea heredado sino que pase a manos de la autoridad que los almacena la que dispondrá de ellos de acuerdo con los deseos previamente expresados por el interesado. En esto es importante recalcar sin embargo que, como vimos en la cita previa, el Consejo opina por no aceptar la fecundación *post mortem*. De esto se ve que según aquella recomendación los gametos deberían ser desechados y que, según esta, hay que seguir los deseos expresados del donante, lo que sólo puede tener coherencia si esto último se refiere a la excepción que autoriza para que determinados Estados permitan la fecundación *post mortem*. El artículo 12 de las recomendaciones del Consejo de Europa dice en su acápite 4: «Artículo 12.- (...) 4. Cuando una persona, de uno u otro sexo, depositase gametos para su propio uso futuro, la autoridad de almacenaje se asegurará periódicamente de que los deseos del depositante no han cambiado. Si el depositante muriese durante el período de almacenaje o no pudiese ser encontrado al término de dicho período, el derecho de uso y disposición de los gametos pasa a la autoridad de almacenaje. Para decidir sobre el método de disposición la autoridad deberá actuar de acuerdo con los deseos previamente expresados por la persona interesada (...)». (Ibid, Antología de documentos, p. 179). Podríamos tal vez decir que en la mente de estas normas, habría que declarar nula la voluntad expresada en vida si la fecundación *post mortem* está prohibida, y habría que atender a dicha voluntad si hay autorización legal para realizarla (o, como decimos luego, también si se realiza la fecundación aunque esté prohibida).

- Si de todas formas ocurrieran la concepción y el nacimiento (bien por un error o, inclusive, por acción u omisión dolosa de la viuda o del laboratorio) se abre una doble alternativa: de un lado, cabe la posibilidad de considerar que todo lo sucedido es ilegal y, por consiguiente, que no tiene efectos jurídicos en lo que a la paternidad se refiere (ya que el nacimiento y la maternidad son irreversibles). De otro lado, cabe la posibilidad de reconocer el hecho y considerar que el humano nacido podría tener no sólo madre sino también padre, dando fuerza jurídica a la realidad genética.

Para ello, creemos que sería determinante la voluntad⁽⁸⁾ del fallecido: si él dejó de manera indubitable la declaración de querer tener ese hijo por reproducción asistida con su cónyuge (aun cuando no se hubiera puesto en la situación de que la concepción fuera *post mortem*) consideramos que habría que reconocer la paternidad legítima. Si no hubiera habido declaración de voluntad alguna (cosa que resultaría extraña si ha donado semen, a menos que lo haya donado para tercera persona, no para su cónyuge), o si en vida hubiera negado la posibilidad de que ese material genético fuera utilizado para engendrar un hijo

8 Los tratadistas del tema insisten en la importancia que debe tener la declaración de voluntad para la determinación de las relaciones paterno-filiales en el ámbito de la reproducción asistida. Por ejemplo: «(...) admitimos que la voluntad debe ser reconocida en el moderno derecho de familia, como una entidad jurídica autónoma, capaz de constituir el vínculo paterno-filial, aun en ausencia del elemento genético, tal y como ocurre en la adopción, porque las nuevas técnicas de reproducción asistida sólo tienen a la voluntad como punto de referencia». (SOTO LAMADRID, Miguel Angel. *Biogenética, filiación y delito*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990, parte I, cap. IV, p. 74).

suyo después de su muerte, entonces habría que negar la paternidad al niño⁽⁹⁾.

Recurrimos aquí al principio de que sólo la declaración de voluntad (o la sentencia), pueden ser títulos de filiación. En este caso, no se trataría de legitimar un hecho prohibido sino de dar la mejor solución a lo que ocurre en la realidad: siempre será mejor que al recién nacido se le atribuya padre a que no lo tenga (siempre y cuando haya declaración del difunto en tal sentido, como hemos dicho).

Desde luego, si el Derecho prohíbe la concepción después de muerto el donante, esta declaración de voluntad debería ser entendida como írrita para dicho tiempo, pero también es cierto que el Derecho puede reconocerle validez para corregir una situación como la de esa concepción y nacimiento, que existen y no resultan *invalidables*.

Hay numerosas circunstancias en las que la voluntad declarada en vida es vinculante luego de la muerte. Si el Derecho tradicional no mencionó la de engendrar fue porque era un hecho imposible. Como ahora es posible, debe autorizar o prohibir en esta materia.

Cabría, todavía, la posibilidad de que probado que el semen era del marido de su madre, y no habiendo voluntad del difunto de tener a ese hijo, pudiera este

9 En este sentido se pronuncia también Gafo: «Deberá tomarse en consideración la voluntad del titular del semen, pues no deberá practicarse ninguna inseminación después de su muerte si consta su oposición expresa. Si, a pesar de ésta, se verificase una inseminación de este tipo, el hijo tendría la consideración de extramatrimonial». (GAFO, Javier. Op. cit., parte III, cap. II, p. 131).

último pedir la declaración judicial de paternidad. Aquí nos enfrentamos al problema de si la realidad genética por sí misma es título para dar reconocimiento jurídico a la paternidad. Creemos que no por dos razones:

a. La primera, porque como hemos visto al analizar los principios generales del Derecho tradicional en esta materia, el vínculo de filiación (como el de paternidad y maternidad) siempre es determinado jurídicamente, con relativa independencia de las ataduras de la realidad por lo que no tenemos por qué seguir ciegamente la paternidad genética para dar la paternidad jurídica y, menos aún, cuando hay intervención artificial de por medio para producir la concepción.

b. La segunda, porque la voluntad tiene que ver en los criterios que ha utilizado el Derecho hasta ahora para dar o no la paternidad (o maternidad) jurídica. Si bien la voluntad de la persona no es determinante en algunas circunstancias del Derecho tradicional⁽¹⁰⁾, sí lo es en otras⁽¹¹⁾. Por consiguiente, cabe que nos preguntemos si en un caso como el que discutimos debe o no ser determinante de la paternidad la voluntad del donador de semen en una fecundación *post mortem*. En primer lugar, se está utilizando sus elementos de vida más allá de

10 Por ejemplo, el padre genético del hijo de una mujer casada no puede reconocerlo, aunque quiera, si el marido no niega su paternidad jurídica; la mujer violada no puede desconocer al hijo engendrado en dicha circunstancia.

11 Por ejemplo, marido que sabe que el hijo de su mujer no es de él pero no niega la paternidad; adopción.

su muerte. En segundo lugar, se le está asignando una descendencia para efectos prácticos infinita. En tercer lugar, la crianza de esos niños, y la provisión de sus necesidades espirituales y materiales, deberán ser hechas cuando él ya no está presente. Podríamos añadir consideraciones, pero todas éstas son suficientemente válidas ya para considerar determinante su voluntad.

Si ahora revisamos lo dicho hasta aquí para el caso de una pareja de compañeros permanentes, no encontramos ninguna razón para aplicar criterios distintos, porque en ninguna de las respuestas dadas existe vinculación entre la paternidad asignada y la condición de casado. Por lo tanto, consideramos que estas mismas soluciones son aplicadas a quienes viven en condición de compañeros permanentes.

- En relación al problema sucesorio, la situación es bastante simple una vez propuesta la solución al tema de la paternidad: el *concepturus* deberá ser heredero forzoso si se le asigna la paternidad, o carecerá de derechos sucesorios si no se le asigna.

Podría sostenerse la independización de ambos derechos, es decir, que fuera hijo pero no heredara forzosamente. Pero, ¿cuál sería la base jurídica y de principio para dar esa solución? Más bien, desde todo punto de vista, ella repugna al Derecho tradicional desde sus mismas raíces: probada la calidad de hijo, se es heredero forzoso si tal figura existe en el Derecho sucesorio de que se trate. Sería más traumático en el Derecho existente que ambos derechos fueran independientes. Por consiguiente, somos partidarios

de dar la paternidad y reconocer los derechos sucesorios, en el entendido que, cuando el Derecho abre la posibilidad de dar la paternidad en estos casos, supone también la necesidad de abrir la posibilidad de derechos sucesorios como heredero forzoso.

Podría argumentarse, también, que el principio sucesorio consiste en que: «Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores» (artículo 660 del Código Civil), pero bien puede suceder que, en la medida que esta filiación depende de la voluntad afirmativa del donante, se entienda que para la distribución de sus bienes hereditarios pesa una carga consistente, precisamente, en la confluencia de esa voluntad de tener un hijo con su cónyuge y el hecho (ilegítimo por la disposición del semen luego de la muerte, pero hecho trascendente) del nacimiento de un humano. Consideramos que es perfectamente posible, y adecuado desde el punto de vista del niño recién nacido, el que se le reconozca derechos sucesorios con la atribución de la paternidad.

Hay sí un problema operativo que consiste en que los herederos se hayan ya repartido la herencia antes del nacimiento del *concepturus*. Para este caso el Derecho tiene dos posibilidades desde tiempo atrás: una es la indivisión de herencia, que habría que adaptarla a las circunstancias provista la inminencia del nacimiento (si la concepción ocurre mientras se tramita el reparto de los bienes), o la acción petitoria de herencia y, dado el caso, la reivindicatoria de herencia aparejada a ella. Son circunstancias problemáticas,

pero no resultan en absoluto ajenas al Derecho tradicional.

En definitiva, sostenemos que en aplicación armoniosa de los principios tradicionales del Derecho a las nuevas circunstancias, es perfectamente posible (y deseable), dar derechos sucesorios al *concepturus* al que, engendrado artificialmente luego de la muerte de su padre, se le asigne paternidad⁽¹²⁾.

Tampoco en este acápite encontramos razones para hacer diferencia de efectos entre una pareja casada civilmente y una de compañeros permanentes, pues el derecho a suceder no está fundado en el matrimonio del padre sino en la filiación y, por tanto, es independiente de aquél.

- 1.3. La donación de semen es hecha a la cónyuge, en el sentido que el hijo será de ella, pero se contrata a una madre biológica que hará la gestación y entregará al niño una vez nacido. La madre biológica decide no entregar al niño y queda como madre legal

En el caso de reproducción asistida en el que una mu-

12 Debemos señalar que hay opiniones de importancia que corren en sentido exactamente inverso a las que hacemos en esta parte. Así, las Recomendaciones de la Comisión Palacios en España dice en sus acápites 11 y 61: «11. Se debería permitir que un miembro del matrimonio o de la pareja estable pueda utilizar los gametos congelados del otro miembro ya fallecido para lograr su propia descendencia. Véanse recomendaciones 13 y 61» (VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. Op. cit., Antología de documentos, p. 160). «61. Los gametos de un miembro de una pareja estable o matrimonio, ya fallecido, podrían ser utilizados por el otro y para lograr su propia descendencia, pero en ningún caso el hijo nacido deberá ser tomado en consideración a efectos de sucesión y herencia del fallecido» (Ibid., p. 165).

jer acuerda gestar al hijo de otra mujer existen problemas que abordaremos en su momento. Aquí se trata de que una pareja casada contrata a una madre gestante para que, luego de nacido, les entregue el niño que será hijo matrimonial de los dos cónyuges. Sin embargo, al final resulta que la madre gestante exige, y logra mediante argumentos que no cabe discutir aquí, retener la maternidad legal con lo que incumple el contrato previo⁽¹³⁾. El hecho que el gameto femenino utilizado sea de la propia madre gestante, o que se le haga un implante de óvulo fecundado de la mujer del padre biológico, no afecta el problema de la paternidad a nuestro juicio, por lo que no lo abordamos aquí.

13 Existe sobre este tema un caso jurisprudencial famoso, resuelto por el tribunal supremo de New Jersey en 1987 y conocido como *Baby M.* Trata de un contrato que hace el Sr. Stern con el señor y la Sra. Whitehead por el cual, contra un pago de 10,000 dólares, la Sra. Whitehead se hará fertilizar artificialmente con esperma del Sr. Stern. Producido el nacimiento entregará el bebé a los Stern (la señora Stern es infértil) y renunciarán, tanto la Sra. Whitehead como su marido, a sus relaciones paterno filiales con la criatura. La Sra. Whitehead decide luego del nacimiento devolver los 10,000 dólares y quedarse con la niña. El caso llegó a los tribunales y, en lo que nos interesa en esta parte, el tribunal Supremo de New Jersey, aceptó que Stern, padre biológico, era también el padre legal y a él se entregó la custodia de la niña. La presunción de paternidad del Sr. Whitehead fue contrariada de conformidad con la ley vigente en el Estado.

El caso *Baby M.* es un antecedente comparado de la posibilidad de reconocer como padre legal al padre biológico en este tipo de circunstancias aunque, como veremos más tarde al analizar detenidamente el caso a propósito de la denominada *madre subrogada*, las particularidades del Derecho del Estado de New Jersey hacen que las consideraciones tenidas en cuenta allá no sean totalmente aplicables a nuestro sistema jurídico.

Pueden consultarse sobre este tema: WAGNER, William Joseph «The ethical and legal implications of hired maternity». En: *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 35, 1990. También: ROBERTS, Melinda «Good intentions and a great divide: having babies by intending them». En: *Law and Philosophy*, vol. 12, n° 3, august 1993.

Las posibles alternativas en este caso son varias y dependen de distintos factores. En nuestro criterio existen las siguientes:

- La madre biológica (la que gesta) es casada y como hemos visto, logra la maternidad legal. En este caso existe la presunción *pater is* y es razonable aplicarla en beneficio del menor que, así, sería hijo matrimonial de su madre y del marido de ella, con lo que contará con un hogar estable. En la hipótesis que el marido niegue la paternidad se abre una doble posibilidad:

- a. Que el padre genético reconozca su paternidad mediante acto voluntario. Consideramos que en estas circunstancias es procedente reconocer esa paternidad como extramatrimonial, en la forma que se hace normalmente en el Derecho tradicional.

Encontramos que el mismo criterio puede ser aplicado al varón de una pareja de compañeros permanentes.

- b. Que el padre genético decida no reconocer su paternidad (por ejemplo, porque no le interesa tener un hijo extramatrimonial). Ante esta circunstancia, todavía caben dos posibilidades: una, que el Derecho decida que esa paternidad no puede ser adscrita contra la voluntad y, la otra, que producida la acción de declaración judicial de paternidad, los tribunales tengan la posibilidad de declararla.

Analizadas las cosas, la única diferencia entre el caso que tratamos y la concepción usual de un hijo

extramatrimonial, está en que aquí no ha habido relación sexual entre el padre genético y la madre en tanto que en circunstancias en que no intervenga la reproducción asistida sí la hay. Por lo demás, está probada la vinculación genética y también la voluntad del varón de tener genéticamente un hijo (aunque para dar otro destino a las relaciones jurídicas que aparecerían).

Pensamos que una de las diferencias fundamentales para el Derecho entre la época en que no había reproducción asistida y ahora que sí la hay, está en que el medio objetivo de reproducirse de los humanos tiene ahora dos vías: una es el contacto sexual, la otra es la voluntad de que se haga la fecundación asistida.

Bien vistas las cosas, hay un rol más importante todavía de la voluntad en la reproducción asistida, porque mientras en la relación sexual pueden tomarse ciertas previsiones de contracepción (que son muy diversas) con lo que muchas veces puede asegurarse que en el acto sexual puede no haber voluntad (sino sólo una remota posibilidad) de concepción, en cambio en la decisión de optar por la reproducción asistida, siempre habrá voluntad de concebir.

En base a estas consideraciones, hay que rescatar que en todo acto humano de libertad, hay la consiguiente responsabilidad⁽¹⁴⁾ por las consecuencias:

14 Dice Conill a propósito de este tema: «El concepto de responsabilidad se ha convertido en el centro de la ética. Bajo las condiciones creadas

si contribuyo a la concepción de un humano, tendré que ser responsable de él. Jurídicamente en el varón, esa responsabilidad es la paternidad.

De otro lado, vistas las cosas desde el lado del ser humano concebido, resulta evidente que le es más conveniente tener un padre que no tenerlo, no sólo por razones sentimentales, sino también materiales y que involucran deberes de los padres ya desde el Derecho tradicional. Por consiguiente, si lo reclama, debería declararse judicialmente la paternidad.

No encontramos en lo analizado en esta parte, razón para hacer diferencias normativas entre un marido y un compañero permanente. A éste deberían aplicársele las mismas prescripciones anteriores pues en ninguna de ellas interviene el hecho de que el varón esté casado civilmente.

- Que la madre sea soltera. En este caso, creemos que se aplican claramente todas las consideraciones he-

por el avance tecnológico, la responsabilidad legal se amplía más allá de la acción intencional o de la falta de atención en la acción, más allá de la intención o de la negligencia, resaltando la noción de riesgo: los riesgos del poder exigen responsabilidad.

Por eso, si hasta hace poco las categorías básicas de la ética preponderante (teológica y deontológica) eran las de utilidad y deber, hoy en día la responsabilidad va ocupando el centro de atención. «Ser responsable» significa percatarse de que nos hallamos ya en una realidad compleja y de que nuestro poder se ha hecho incalculable, por lo que no bastan para guiar la acción ni la mera eficacia ni el puro deber. «El lado ético del poder es la responsabilidad», y esto vale de modo especial para el poder técnico; porque su requisito ético básico consiste en poner en marcha el principio de responsabilidad». (CONILL, Jesús. *Naturaleza humana y técnica*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1993, p. 128).

chas en el párrafo precedente, es decir, que la situación es equivalente a la de madre casada con marido que niega la paternidad. Podrá, por tanto, bien reconocer el padre genético, bien declararse la paternidad judicialmente.

2. La mujer que concibe mediante reproducción asistida con sus propios gametos y con los de un donante que no es su marido

Del cuadro de combinaciones posibles, destacan los siguientes casos particulares:

- Que la mujer sea casada y que cuente para el efecto con la autorización de su marido.
- Que la mujer sea casada y que no cuente para el efecto con la autorización de su marido.
- Que la mujer sea soltera.

En cada caso, habrá que discriminar si el donante varón es soltero o casado y, en este último caso, si tiene o no autorización de su cónyuge para hacer la donación.

También, si se ha producido una donación de óvulo, habrá que distinguir si la donante es soltera o casada y, en este último caso, si tiene o no autorización de su marido.

Finalmente, habrá que determinar si las condiciones jurídicas varían cuando, en cada uno de los casos anteriores, en vez de matrimonio hay una pareja de compañeros permanentes.

2.1. El tema de la maternidad legal

El caso que tratamos aquí es uno de mujer que va a gestar y a asumir la maternidad legal de un hijo que ha sido concebido con semen donado por un tercero que no es su marido. La concepción puede haber ocurrido de dos formas: o la mujer ha sido inseminada artificialmente, esto es, el esperma ha sido depositado en su aparato genital de manera que se produce una fertilización en condiciones naturales, o bien se ha producido una fertilización *in vitro* con su propio gameto y el esperma del varón y, luego, el embrión ha sido implantado en su aparato genital.

La forma en que se haya producido la fertilización es para nosotros irrelevante y no la tomaremos en cuenta, pues estamos tratando de los problemas de filiación, paternidad y maternidad.

El punto de partida consiste en que al producirse la conjunción de las calidades de madre biológica y madre genética en la misma mujer, ella debe ser también la madre legal del niño. Para este aspecto del problema el Derecho tradicional tiene una respuesta adecuada y suficiente: *la madre siempre es cierta*, siempre y cuando, naturalmente, no se presente problema de prueba respecto a la mujer que dio a luz y al niño alumbrado, pero esto no forma parte de nuestra problemática aquí.

El principio tradicional reúne en el caso que tratamos los dos elementos de la maternidad en la misma persona: es ella la madre genética y ella la madre biológica. Sería verdaderamente contrario a la *naturaleza de las cosas* que teniendo las dos calidades naturales esencia-

les para ser madre, el Derecho le negara la que él adjudica: la de madre legal. En otras palabras, cuando confluyen las calidades de madre genética y madre biológica, creemos que no se puede sino hacer a esa mujer la madre legal de la criatura.

2.2. La mujer casada que cuenta con autorización de su marido para la inseminación artificial o para la implantación de embrión con semen donado por tercero

Existen aquí dos situaciones a resaltar. La primera es la expresión de voluntad del marido de aceptar la inseminación artificial o la transferencia de embrión al cuerpo de su mujer⁽¹⁵⁾. En segundo lugar, ocurrirá el nacimiento del niño dentro del período cubierto por la presunción *pater is*. La combinación de ambos factores hace a nuestro juicio ineludible aplicar la presunción *pater is* y considerar al marido padre legal del niño⁽¹⁶⁾. Esta respuesta tiene varios aspectos positivos:

15 Es interesante que la Comisión Warnock haya propuesto la siguiente norma en el Reino Unido: «53. Siguiendo a la Comisión Inglesa de Derecho, debe presumirse que el marido ha consentido a la IAD, salvo prueba en contrario». (VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. Op. cit., Antología de documentos, p. 156).

16 Gafo es del mismo parecer, tanto en la inseminación como en la transferencia de embrión, sea que la fecundación haya sido hecha con semen del marido o de tercero: «En casos de IA (inseminación artificial), si ésta se produce durante el período de vigencia del matrimonio y el nacimiento también, o dentro de los trescientos días inmediatamente posteriores a la disolución del vínculo o a la separación legal o de hecho de los cónyuges, el hijo será matrimonial a todos los efectos (presunción de paternidad: artículo 116 del Código civil). Y ello tanto si el semen utilizado pertenece al marido como si procede de donante ajeno al matrimonio. La misma solución merecerá el supuesto de FIV con las mismas circunstancias». (GAFO, Javier. Op. cit., parte III, cap. II, p. 129).

En las recomendaciones de la Comisión Palacios en España se exige como formalidad el consentimiento escrito: «27. La inseminación

- Hace una síntesis adecuada entre las nuevas circunstancias y los principios tradicionales del Derecho.
- Hace mérito al principio de que está en el interés del menor tener padre y madre.

artificial o la FIV u otras técnicas afines realizadas con semen de donante, en el caso de parejas estables o matrimonio deberán hacerse también con consentimiento expreso y escrito del varón de la pareja correspondiente». (VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. Op. cit., Antología de documentos, p. 162). Es una exigencia razonable para este tipo de circunstancias.

Lo propio recomienda la Comisión Warnock en el Reino Unido: «51. Los niños concebidos por IAD deben ser contemplados por la ley como hijos legítimos de sus madres y de los maridos de éstas, cuando ambos hayan prestado su consentimiento al tratamiento». (VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. Op. cit., Antología de documentos, p. 156).

Carlos Cárdenas trae noticia de tres leyes con soluciones similares: «El Código de Familia de Bolivia en el segundo párrafo de su artículo 187 relativo al desconocimiento de la paternidad, señala lo siguiente: «Sin embargo, el desconocimiento no es admisible si el hijo fue concebido por fecundación artificial de la mujer, con autorización escrita del marido».

Por su parte, el Código de Familia de Costa Rica en su artículo 672, tercer párrafo, referido a la impugnación de la paternidad, establece: «La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherentes a tales calidades». (...) Finalmente, la ley para el Estado de Victoria, Australia, de 1984 contempla que el niño nacido de mujer casada que fuera inseminada con esperma donado y cuyo esposo hubiera prestado su conformidad al procedimiento, será considerado como hijo del marido». (CÁRDENAS, Carlos. Op. cit., p. 193).

El Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima ha propuesto la siguiente norma: «La inseminación con semen del dador sólo podrá practicarse en mujer casada, previo consentimiento escrito de su marido». («Bases para una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida». En: VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. cit., anexo, p. 73).

- Brinda al menor la protección de contar con una familia consolidada.
- En el orden de las relaciones humanas, se asume las consecuencias y responsabilidades que recaen en el marido que dio su aceptación⁽¹⁷⁾.

Todas y cada una de estas ventajas guardan relación positiva con los principios tradicionales del Derecho y con la equidad en el manejo de las relaciones humanas. Parece por consiguiente razonable adscribir a la solución propuesta.

Sin embargo, pueden aparecer ciertos problemas al aplicarla. En nuestro criterio los más importantes son los siguientes tres:

- Que el marido pretenda en algún momento posterior a la concepción (antes o después del nacimiento), revocar su aceptación.

17 El peso que se da al asentimiento en la literatura especializada es tan grande que Gafo admite el carácter de hijo matrimonial cuando hubo asentimiento, aún en el caso que hayan pasado más de trescientos días de disolución del matrimonio: «Si se encontrase pendiente un procedimiento de inseminación y sobreviniera una separación de los esposos, nacido el hijo pasados los trescientos días aludidos, tendría la consideración de no matrimonial, aunque podría inscribirse como matrimonial si concurriera el consentimiento de ambos (art. 118)» (GAFO, Javier. Op. cit., parte III, cap. II, p. 129). Las recomendaciones del Consejo de Europa de 1984 dicen: «Artículo 9.- 1. Cuando la procreación artificial haya sido llevada a cabo de conformidad con esta recomendación, el niño será considerado por la ley como el hijo de la mujer que le hubiese dado a luz. Si la mujer estuviese casada, el cónyuge estará considerado como el padre legítimo, y si hubiese dado su consentimiento, ni él ni ningún otro podrán disputarse la legitimidad del niño por el solo hecho de la procreación artificial». (VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. Op. cit., Antología de documentos, p. 178).

Entendemos que por la naturaleza esencialmente personal del conjunto de relaciones que aparecen ante este fenómeno, el marido pueda revocar su aceptación en las siguientes circunstancias:

- a) En cualquier momento antes de producida la concepción.
- b) Si se ha realizado un primer intento fallido de fecundación y se está por iniciar un segundo.
- c) Si producida la implantación el embarazo se frustra.

Entendemos que no podrá revocarse la aceptación:

- a) Después de iniciados los procedimientos biológicos que conducen ineludiblemente a la concepción y mientras ellos no se demuestren fallidos.
- b) Desde que la concepción se ha producido, mientras exista vida humana a partir de ella.
- c) La decisión será irrevocable luego del nacimiento porque, con él, nace la persona y quedan establecidos los vínculos de paternidad y maternidad de manera indeleble para el Derecho.

Desde luego, la decisión de aceptar la fecundación asistida debe ser pura y simple. Por ejemplo, no se podrá establecer requisitos y procedimientos, particularmente los que se refieran a requisitos que debe cumplir la persona donante, o a características del niño, o a maneras de proceder para llevar adelante la fecundación. Ninguna de estas salvaguardas deberá permitir una revocación de la decisión, aunque hayan sido oportunamente expresadas, porque deben ser

consideradas contrarias al orden público. Lo contrario sería aceptar el principio de que la reproducción asistida puede incluir entre sus finalidades lo que en la doctrina se ha dado en llamar, irónicamente, *hágalo usted mismo* y que sería una manipulación éticamente inadmisibles de la reproducción humana⁽¹⁸⁾.

- Que el marido, una vez nacido el niño quiera impugnar la paternidad. Consideramos que quien dio su aceptación a la fecundación asistida de su mujer, siempre y cuando dicha aceptación siga en pie de acuerdo a los criterios antes expresados, no podrá recurrir a la negación de paternidad que le franquea la regulación de la presunción *pater is*. Las normas del Código de Bolivia y de Victoria en Australia citadas antes, han dicho ya lo mismo legislativamente⁽¹⁹⁾.

18 La Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica es terminante sobre este punto: «Algunos intentos de intervenir sobre el patrimonio cromosómico y genético no son terapéuticos, sino que miran a la producción de seres humanos seleccionados en cuanto al sexo o a otras cualidades prefijadas. Estas manipulaciones son contrarias a la dignidad personal del ser humano, a su integridad y a su identidad». (Congregación para la Doctrina de la Fe. *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. Bogotá, Ediciones Paulinas, 1991, p. 27). La Comisión Warnock del Reino Unido hizo unas recomendaciones en Julio de 1984 que son más tímidas en este punto: «29. Toda clase de instrumental para seleccionar el sexo, de los llamados «hágalo usted mismo», deben ser colocados bajo el control previsto por la ley de medicina, con el fin de garantizar la seguridad, eficacia y nivel aceptable de uso, de tales productos». (VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. Op. cit., Antología de documentos, p. 154). Nosotros consideramos que la posición más adecuada es la negación terminante a que este tipo de manipulación genética sea realizada y, para ello, no sólo habría que perseguirla efectivamente, sino también considerarla un delito de gravedad.

19 El Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y

- Que el donante de semen pretenda la paternidad o que se exija la declaración judicial correspondiente. Es un problema real pero que preferimos desarrollar en un acápite especial posteriormente.

En lo que respecta a determinar si existe alguna variación en el caso que la pareja tenga una relación de convivencia pero no de matrimonio, la hay en el sentido de que la presunción *pater is* no resulta aplicable pero, como en el caso de la donación de semen por el marido ya vista anteriormente, podemos decir que se puede hacer nuevamente la analogía con ella de aquella situación en la que se presupone que es el padre quien tuvo relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción, tanto más si en este caso ha dado su aceptación a la inseminación artificial. Ambos elementos pueden ser fusionados nuevamente y dar consistencia a la respuesta de que el niño que nazca será hijo extramatrimonial del compañero permanente de su madre.

2.3. La mujer casada que no cuenta con autorización de su marido para la inseminación artificial o para la implantación de embrión con semen donado por tercero

En relación al caso del párrafo anterior, este fenómeno presenta dos problemas distintos: el del funcionamiento de la presunción *pater is* y el de la existencia de problemas de fidelidad en relación al marido.

Ciencias Políticas de la Universidad de Lima ha propuesto: «El marido que ha dado su consentimiento para la fecundación de su mujer con semen de dador no podrá impugnar la paternidad». («Bases para una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida». En: VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op.cit, anexo, p. 73).

La madre está casada y las reglas del Derecho tradicional indican que el hijo de la mujer dentro del matrimonio tiene por padre al marido. Se trata de analizar la situación y ver si existe razón aparente para negar la aplicación de esta norma. Lo único que varía en relación a los fenómenos tradicionales de fecundación, es que la mujer ha sido sometida a un proceso de reproducción asistida sin autorización de su marido, en vez de tener una relación sexual extramatrimonial. Esta diferencia no altera en nuestro juicio la naturaleza de las cosas. Al contrario, desde el punto de vista de la moral tradicional, podría inclusive sostenerse que el sometimiento a la reproducción asistida está desprovisto del entorno emocional de infidelidad que existe en una relación jurídica extramatrimonial. Por consiguiente, no encontramos razón evidente por la que la presunción *pater is* no deba ser aplicada.

Sin embargo, en nuestro criterio la diferencia consiste en que el marido no ha prestado consentimiento para la reproducción asistida en el cuerpo de su mujer y, además, en que los gametos masculinos utilizados no son los de él.

Se produce aquí una situación abiertamente inequitativa con el marido: se le imputa una paternidad por razones formales, en la que no tiene vínculo genético pero, además, sobre la cual no ha sido siquiera consultado (o a la que hasta pudo haber rechazado expresamente). La decisión de producir la concepción ha sido exclusivamente atribuible a la mujer (o a ella y al tercero, donante del semen).

La situación del marido en este caso, es análoga a la

de las causales por las cuales puede negar la presunción *pater is*, en lo que se refiere al contenido de la *ratio legis*, porque los supuestos del artículo que contiene las posibles negaciones de la paternidad, suponen dos cosas: que no hay vinculación genética entre el marido y el niño, y que tampoco hubo la posibilidad de que lo engendrara⁽²⁰⁾.

En el caso que tratamos ocurre exactamente lo mismo: no hay vinculación genética y el marido fue totalmente ajeno a la decisión de la concepción.

Por consiguiente, somos de la opinión de que en este caso quede abierta, por analogía con los presupuestos de la negación de la presunción *pater is*, la posibilidad de negación de la paternidad por el marido. Esta posición es sustancialmente similar a la que ocurre en el contexto de las relaciones humanas tradicionales y de la aplicación del Derecho tradicional: la presunción *pater is* funcionará y en principio el niño será hijo del marido. Nadie sino él puede contestar su paternidad. Se busca mantener la solidez de la familia, agrupando dentro de ella todas las relaciones esenciales de paternidad, maternidad y filiación. Sin embargo, en atención a la total desvinculación del marido de la fecundación, se le otorga la posibilidad de negar la paternidad.

20 Esta afirmación se sustenta en que la negación de la presunción *pater is* puede producirse cuando: el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio (y no se presuponen ni la cohabitación de la pareja, ni la fidelidad de ella); cuando fue manifiestamente imposible la cohabitación con la mujer en el período de concepción; cuando están judicialmente separados en el período de la concepción, y cuando el marido adolezca de impotencia absoluta.

Desde luego, la forma de poner en ejecución esta propuesta, será la de añadir un inciso al artículo 363 del Código Civil en tal sentido pues, técnicamente hablando, no es posible crear una causal de negación de la presunción *pater is* por analogía.

En caso que la pareja fuera de convivencia y no de matrimonio, la presunción *pater is* no funcionaría y, por consiguiente, manteniendo como telón de fondo la posibilidad de que no hubiera padre para ese niño, quedarían abiertos cuatro posibles caminos:

- El primero, autorizar al padre genético a reconocer al niño.
- El segundo, establecer que se podrá pedir la declaración judicial de paternidad en relación al padre genético.
- El tercero, atribuir la paternidad al compañero permanente mediante una muy discutible analogía con la presunción *pater is*.
- El cuarto, permitir que el compañero permanente de la madre tenga la prioridad en reconocer la paternidad.

El primero es tratado con detalle en el párrafo dedicado al donante de semen, luego en este mismo capítulo. El segundo haría honor al principio de la vinculación consanguínea dentro del espíritu de la filiación extramatrimonial existente en el Derecho tradicional. El tercero es una analogía muy discutible con la presunción *pater is* porque no existe prácticamente ningún vínculo con ella (a diferencia del caso en que el semen era

del compañero permanente y que vimos antes, porque en ese caso existe la vinculación genética, que es la que reforzaba la analogía que entonces realizamos). El cuarto sería un reconocimiento del principio de unidad de las relaciones familiares, y permitiría que de tenerlo a bien el compañero permanente, consolide civilmente todas las relaciones familiares íntimas en un sólo núcleo familiar, lo que como ya hemos dicho retoma el espíritu de unidad de la familia existente en el Derecho tradicional y, probablemente además, es beneficioso para el proceso de socialización del niño en su mismo contexto familiar.

La única incompatibilidad existente en estas posibilidades es la coexistencia de la primera, la tercera y la cuarta entre sí. Todas las demás combinaciones son posibles.

A nosotros nos parece razonable la posibilidad de dar la prioridad en el reconocimiento al compañero permanente. De esta manera se respeta aquella situación en la que él no quiera asumir la paternidad, pero se estimula a que, asumiéndola, reúna en la misma familia los lazos familiares más importantes⁽²¹⁾. Sobre la posible responsabilidad del padre genético si el compañero permanente no asume la paternidad, es tema que tratamos más adelante, en la parte dedicada al donante de semen.

21 Las Recomendaciones de la Comisión Palacios en España tratan el tema de la pareja estable a la que nos referimos en esta parte: «100. Deberá regularse que el matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realice un IAD, o un FIV con semen, óvulos o embriones de donantes —previa y fehacientemente consentidas por ambos miembros de aquel vínculo—, serán los padres legales del o de los hijos que nazcan». (VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. Op. cit., Antología de documentos, p. 169).

El segundo problema que se presenta en este caso es el de una posible infidelidad de la mujer en la relación matrimonial. Al analizar los principios del Derecho tradicional, dijimos que en virtud de la doctrina existente, había una cierta distancia, aunque estrecha conexión, entre infidelidad y adulterio, como de género a especie.

El adulterio tenía una clara connotación de relación sexual extramatrimonial (aunque algunos autores la extendían también a las relaciones sentimentales que sin llegar al contacto sexual significaran un compromiso emocional intenso), excluyente de la relación que debía existir entre cónyuges.

La infidelidad, entre tanto, adquiriría un significado más extenso que el adulterio, significando en última instancia la falta del respeto debido al otro en la relación de varón y mujer que contiene el matrimonio.

Los efectos de estas figuras son distintos. En tanto que el adulterio es tomado como causal de divorcio, la infidelidad que no llega a configurarlo no recibe sanción específica. La pregunta que nos formulamos, por lo tanto, es doble: ¿puede la fecundación asistida de mujer casada sin consentimiento del marido ser tomada como adulterio? Si no, ¿debería ser otra causal de divorcio?

En general, los autores consideran que existe una notable diferencia entre la inseminación sin consentimiento del marido y el adulterio, en la medida que en este último hay intimidad y contacto sexual entre la cónyuge y un tercero, lo que involucra una relación personal directa que excluye la lealtad sexual de varón y mujer dentro del matrimonio (y esto es cierto aun cuando el adulterio

no sea exactamente identificado con el acto sexual). Soto lo dice claramente:

También Zannoni considera que «la inseminación heteróloga no importa un acto similar al adulterio, en su valoración ética, como se ha sugerido, porque en el adulterio hay una entrega del cuerpo, reprobada moralmente⁽²²⁾».

Sin embargo, en el recuento doctrinal que hace, cita también a Lüttger quien tiene una posición distinta:

Sin duda, admite Lüttger, la inseminación heteróloga no alcanza a realizar el hecho típico del adulterio, pues faltaba el «yacer», no obstante lo cual el contenido de ilicitud sería similar y el consentimiento de los partícipes carecería de trascendencia, dado que —como ocurre también en el adulterio— éstos no tendrían poder para disponer del bien protegido, o sea, del interés público en la pureza del matrimonio⁽²³⁾.

Nosotros consideramos que es importante rescatar lo esencial de las definiciones y no incorporar nuevos contenidos que distorsionen el concepto mismo. Puede ser conveniente, sí, desarrollar un nuevo concepto y darle un efecto análogo a uno anterior, pero esto y aquéllo son dos operaciones teóricas distintas que no deben ser identificadas entre sí.

Es importante que el concepto de adulterio mantenga su valor y significado, aun con la existencia de la repro-

22 SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. cit., parte IV, cap. XIV, p. 479.

23 Ibid., parte I, cap. VI, p. 116.

ducción asistida, pues siempre y al margen de ésta, podrán presentarse contactos sexuales (sean o no actos sexuales plenos) entre uno de los cónyuges y un tercero. Por consiguiente, y mientras esta situación sea reprobada por la conciencia moral, será procedente considerar ésta y sólo esta tipificación de la conducta como una causal de divorcio. Por ello, nos parece inconveniente incorporar a la inseminación sin consentimiento del marido dentro del adulterio, y también nos parece impropio, por la misma razón, hacer la analogía que pide Lüttger.

En cambio, sí pensamos que existe una infidelidad al cónyuge cuando la mujer practica sobre sí reproducción asistida sin su consentimiento. Las razones son bastante claras:

- La procreación es una función trascendental de cualquier especie viva, y tiene especial relevancia en el ser humano. Por lo tanto, es obvio que resulta extraño, por decir lo menos, que uno de los miembros de la pareja decida procrear sin consentimiento del otro.
- La mujer será madre de un niño con el que el marido no tiene vínculo genético y, en cambio según hemos visto antes, sí se le asigna la paternidad legal. Esta es una presión sobre la personalidad del marido que tiene importancia considerable, y ha sido producida sin su asentimiento.
- En la familia más íntima, se incorporará una persona y compartirá la vida cotidiana sin el consentimiento del marido.

- Este hijo de su mujer tendrá un emparentamiento genético con un varón que no pertenece al núcleo familiar⁽²⁴⁾.

Por estas consideraciones, estimamos que existe una infidelidad en la mujer que se hace fecundación artificial con semen de un tercero sin autorización de su marido. Esta infidelidad, también por las consideraciones antedichas, reviste una complejidad muy grande porque involucra toda la vida futura del marido en diversos aspectos muy personales. Por ello, sí somos de la opinión que puede ser una causal de divorcio, pero para ello tendría que ser incorporada como causal específica, cosa que en la actualidad no sucede. Mientras no sea establecida, tendremos que concluir que el marido ha sufrido infidelidad (como muchas otras) que no tiene consecuencia práctica.

Como colofón de esta parte, queremos decir que no compartimos la posición de algunos escritores, que sostienen que la fecundación asistida con semen de tercero sin consentimiento del marido es una injuria. Soto trae noticia de ello:

24 Carmen Julia Cabello, que es una especialista en causales de divorcio en el Perú por haber hecho un estudio detallado de la jurisprudencia peruana, sostiene esta posición. Sus palabras: «Caso de controvertido examen es el planteado por la inseminación artificial de la cónyuge con espermatozoide de un tercero, mediando el desconocimiento e inclusive el desacuerdo del esposo. Hernán Larraín opina al respecto: Que la razón biológica y moral del adulterio es la falta esencial a la fe prometida en el matrimonio, la introducción de un hijo ajeno al hogar y la modificación que se produce con el organismo femenino tanto por el embarazo mismo, como por la simple absorción del semen por el epitelio de la vagina; (...) le hace concluir que 'la inseminación artificial constituye adulterio'.

Nada impide, sin embargo, como dice García Mendieta, que «exista una causal de divorcio, basada en las injurias graves que la mujer inferiría a su esposo, al decidir inseminarse sin su consentimiento»⁽²⁵⁾.

Para nosotros, la injuria como causal de divorcio, consiste en agresiones activas y directas sobre el cónyuge, que lo agravan profundamente (recordemos que para Cornejo Chávez la injuria era en el campo moral, lo que la sevicia en el físico). En la fecundación asistida con semen de tercero y sin autorización del marido no hay estrictamente hablando una agresión, aunque se produzca sufrimiento en él. Pero no todo sufrimiento es producido por injurias y creemos que, en este caso, lo que ocurre es una afrenta a la mutua lealtad, más que una agresión directa. Por ello, no consideramos pertinente asimilar este caso a la causal de injuria grave.

Como resulta obvio, el problema que hemos debatido en esta parte no tiene que ver con las parejas de compañeros permanentes.

2.4. La mujer soltera que hace inseminación artificial o que recibe embrión fecundado

Siguiendo el principio del Derecho tradicional que es-

A pesar de los argumentos esgrimidos, no podemos dejar de tener en cuenta que el requerimiento constitutivo de la relación sexual como componente de adulterio, hace que dicho acto de inseminación artificial no pueda ser considerado como tal, aunque infrinja notablemente el deber de fidelidad; ello no impide, por supuesto, que podamos comprenderlo como una grave ofensa sufrida por el cónyuge inocente». (CABELLO, Carmen Julia. Op. cit., cap. II, p. 30).

25 Ibid., parte IV, cap. XIV, p. 479.

tablece el vínculo legal entre la madre biológica (la que lleva el embarazo y da a luz) y el niño según el principio de que la madre siempre es cierta, concluiremos que esta mujer será la madre legal del niño. No necesitamos repetir la argumentación dada ya antes sobre la pertinencia de aplicar este principio⁽²⁶⁾.

Cabe, sin embargo, la posibilidad de que esta mujer soltera quede imposibilitada de asumir la maternidad legal (por ejemplo queda totalmente incapacitada a

26 Es importante señalar, sin embargo, que sobre la pertinencia de hacer reproducción asistida a una mujer soltera existe discusión, no sólo moral y religiosa, sino también jurídica. La siguiente cita nos muestra el problema desde el punto de vista de la legislación europea:

«Hecha una consulta a la Comisión directiva de los Derechos Humanos, ésta entendió que el reconocimiento del derecho a la vida del art. 2.1 de la Convención Europea de Derechos del Hombre debe ser interpretado en el sentido pasivo, es decir, que protege cualquier atentado contra la vida humana *«sans par autant garantir à l'être vivant ainsi protégé un droit à procréer, au besoin, faute de capacité naturelle, par le moyen de la procréation artificielle»*; la citada Comisión advertía también *«qu'un tel droit absolu pour toute personne de procréer ne peut pas être déduit des articles 8 ou 12 de la Convention»*. Consecuencia de esta consulta, el CAHBI recomendaba conciliar los problemas que se plantean y considerar que el fundamento ético de las reglas relativas a la procreación artificial debe ser el mismo que regula la legislación de familia y la protección de los niños en los Estados miembros del Consejo de Europa; en definitiva, la propuesta, aún no aprobada, recomendaría el principio 1, regla 3, que *«les techniques de procréation artificielle humaine peuvent être employées en faveur d'un couple hétérosexuel lorsque les conditions appropriées existent pour assurer le bien-être de l'enfant»* (...) Se excluiría, por tanto, la inseminación de mujeres solas». (ROCA TRIAS, E. «La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional». En: *La filiación a finales del siglo XX*. II Congreso Mundial Vasco-Gobierno Vasco-Departamento de Derecho Privado-Universidad del País Vasco. Madrid, Editorial Trivium S.A., 1988, pp. 30-31).

La oposición a aceptar estos casos de reproducción asistida también

raíz del parto, o simplemente muere en su decurso). En estos casos, creemos que si hubo mujer donante de óvulos, habrá que considerar una cierta responsabilidad en ella. Trabajamos sobre este tema más tarde en este capítulo.

3. La implantación en una mujer que va a ser madre, de un óvulo fecundado de otra mujer

El procedimiento técnico que se utiliza en este caso es la obtención de un óvulo femenino y de espermatozoides masculinos, para luego proceder a una fertilización *in vitro* y a la transferencia del embrión dentro del útero de la mujer que lo gestará.

Desde el punto de vista jurídico, los problemas que este caso presenta son los siguientes:

ha combatido el argumento de que las personas tienen un derecho a la procreación. Dice Gafo:

«Primera: en las principales Declaraciones de los Derechos Humanos (tanto de ámbito internacional como de ámbito europeo y de dimensión eclesial católica) no existe ninguna referencia explícita al derecho a la procreación; únicamente se formula el «derecho de fundar una familia», en el que entra implícitamente, pero no de modo obligatorio e imprescindible, la función procreativa. Segunda afirmación: parece improcedente incluir la función procreativa dentro de la formulación de un «derecho humano» en el sentido técnico que esta expresión contiene». (GAFO, Javier. Op. cit., parte II, cap. I, p. 54).

También se objeta explícitamente la falta de padre y se establece una diferencia a nuestro juicio útil entre la adopción y la reproducción asistida: «La adopción no constituye sino un remedio *ex post facto* para una situación disfuncional ya creada. Pero en el problema que nos ocupa no parece que el deseo de maternidad se justifique con una forma de conseguirlo que comporta una desintegración del sentido humano de la procreación. Muy contundentemente ha afirmado Vilacoro que «implantar a una mujer soltera un embrión fecundado es condenar a la orfandad a un niño, lo cual es una discriminación y, por tanto, anticonstitucional». (Ibid., parte III, cap. II, p. 121).

- La atribución de la maternidad, en la medida que la madre genética (a quien pertenece el óvulo) y la madre biológica (la que gesta y alumbró) son dos personas distintas.
- El significado de la donación del óvulo si la donante es casada, significado que podrá variar según haya o no acuerdo de parte del marido.
- El tema de la paternidad, así como el significado de la eventual donación de semen por parte de un hombre casado, pudiendo variar el resultado según la cónyuge haya o no consentido. Abordamos este tema posteriormente al tratar el problema del varón donante.

3.1. La madre genética y la madre legal

Según la argumentación que hemos venido sosteniendo en los casos previos, resulta evidente que la madre biológica deberá ser quien asuma la maternidad legal bajo el principio tradicional de que la madre siempre es cierta.

Esto significa que la madre genética no podrá reclamar con prioridad la maternidad legal. Sin embargo, hay que preguntarse si a la mujer donante le cabe alguna responsabilidad frente al niño que nazca de un caso como éste.

La literatura existente tiende a sostener que debe establecerse la ausencia total de compromiso y responsabilidad del donante⁽²⁷⁾, aunque existen voces que disienten de este temperamento⁽²⁸⁾.

27 La ley española sobre la materia manda: «Artículo 8.- (...) 3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda

Gafo dirigió un seminario sobre este asunto y su resumen de la discusión es el siguiente:

con arreglo al art. 5, ap. 5 de esta ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación». (Ley española sobre técnicas de reproducción asistida del 22 de noviembre de 1988). El Consejo de Europa propuso: en 1984: «Artículo 9. (...) 2. Ninguna relación de filiación podrá establecerse entre los donantes de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial. Ningún procedimiento por manutención podrá ser dirigido contra un donante o por éste contra el niño» (VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. Op. cit., Antología de documentos, p. 178). Según las Recomendaciones de la Comisión Warnock en el Reino Unido: «55. La legislación debe disponer que cuando nazca un niño de una mujer como resultado de la donación del óvulo por otra, la mujer que dé a luz ha de considerarse legalmente para todos los efectos como la madre del niño; la donante del óvulo no debe ostentar ni derecho ni obligación alguna en relación con ese niño. 56. La legislación propuesta debe aplicarse también a los niños nacidos como resultado de la donación de embriones». (VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel; Op. cit., Antología de documentos, p. 156). Beatriz Boza Dibós, comentando trabajos sobre el tema en un seminario universitario dice: «Tomando en cuenta el bienestar del menor, lo más adecuado sería reconocer a los «padres sociales» (o sea, a quienes «encargan el bebé») como padres legítimos, pues son ellos quienes estuvieron interesados en traer esa criatura al mundo, para incorporarla a su familia. En tal virtud, el/la donante no tendría vinculación legal alguna con el menor. Esta es la solución que recogen la mayoría de los informes y proyectos legislativos del mundo. Con esto por lo pronto se garantiza un hogar para el menor». (BOZA DIBOS, Beatriz. «Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho». En: *Derecho*, nº 45. Lima, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre de 1991, p. 82). Las Recomendaciones de la Comisión Warnock del Reino Unido en Julio de 1984 establecen: «18. Un correcto proceder pide que cualquier tercero, donante de gametos para el tratamiento de la infertilidad ha de ser desconocido para la pareja receptora antes, durante y después del tratamiento; igualmente, el donante no ha de conocer la identidad de la pareja asistida». (VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. Op. cit., Antología de documentos, p. 153).

Roca Trías da una versión original: «Creo que en el presente estadio de la investigación debe asegurarse al donante la inmunidad frente a reclamaciones de paternidad/maternidad y, para ello, la mejor solución es la del anonimato relativo que, en definitiva, responde a la solución sueca. En consecuencia, el donante tiene derecho a ser

Lo que se discute es si la identidad del donante debe permanecer en el anonimato, en primer lugar, para la pareja receptora y, en segundo lugar, en su día, también para el niño nacido por IAD.

Nuestro grupo se adhirió mayoritariamente a la postura más extendida entre las comisiones de expertos de distintos países que se han pronunciado al respecto: debe quedar protegido el anonimato del donante de semen, eximiéndole

excluido de cualquier relación con el nacido, pero también tiene derecho a protegerse frente a reclamaciones de paternidad/maternidad. Y todo ello, en base a su derecho a la intimidad». (ROCA TRIAS, E. Op. cit., pp. 44-45).

- 28 Soto comenta a Vidal Martínez y dice transcribiendo sus palabras: «En nuestra opinión —dice el jurista español— el pretendido anonimato no es sino una construcción *ad hoc* que, en vez de defender los intereses de la persona más directamente implicada —el hijo, y su derecho a la intimidad—, lo que busca fundamentalmente es la realización de las apetencias y la eliminación de las responsabilidades a cargo de las demás personas implicadas en la operación». (SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. cit., parte IV, cap. XIV, p. 487). Por su parte, Roca Herrera sostiene lo siguiente: «Se puede pensar que el anonimato en los supuestos de donación de semen, óvulo o embriones, lo que intenta buscar es la intimidad de los donantes y de los receptores, que puede que así sea en muchos casos, pero lo que también se da es la eliminación de posibles responsabilidades de todas aquellas personas que, de una manera u otra, están implicadas en la fecundación y, con ello, en realidad lo que se está produciendo es un perjuicio al hijo que se ve privado de conocer a sus ascendientes genéticos, y también, por qué no, puede verse privado de una serie de intereses materiales; somos partidarios del anonimato, pero de un anonimato flexible, es decir, que el hijo, una vez que ha obtenido su mayoría de edad, pueda conocer quién es su padre o su madre biológico; y también en aquellos casos en los que sea necesario saber quién es el ascendiente de un niño, pensemos en el supuesto de que se tiene una enfermedad grave y que se transmite hereditariamente». (HERRERA CAMPOS, Ramón. *La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación legal española*. Granada, Universidad de Granada, 1991, parte I, cap. I, p. 55).

de toda clase de derechos y deberes para con el niño que llegase a nacer por IAD con semen donado por él. Con ello no sólo se logra que haya un mayor número de personas dispuestas a ser donantes, sino también se trata de evitar cualquier posible interferencia en las relaciones familiares de la pareja receptora entre sí y con el niño nacido por IAD.

La postura minoritaria del seminario estimaba más congruente con la realidad de la donación el que ésta pueda ser conocida, pudiendo incluso elegir los donantes dentro del entorno familiar o entre los amigos, con lo que la donación tendría un carácter todavía más marcadamente altruista. Llegado a la mayoría de edad, el niño concebido por IAD debería poder conocer todo lo que sobre sus propios orígenes biológicos y genéticos saben otros, incluyendo la identidad del padre genético. Con esto quedaría también salvado el peligro de enlaces matrimoniales entre consanguíneos.

La opinión mayoritaria del seminario rechazaba este planteamiento, admitiendo, sin embargo, que en algún caso particular el donante pudiese proceder del entorno familiar o de entre los amigos, no habiendo en este caso anonimato⁽²⁹⁾.

Parece evidente que la posición predominante doquier, es no imponer al donante ningún tipo de carga ni responsabilidad. Sin embargo, consideramos que es po-

29 GAFO, Javier. Op. cit., parte II, cap. III, pp. 69-70.

sible revisar esta situación en base a los siguientes puntos de vista.

Primero, que quien dona gametos es evidente que está propiciando el nacimiento de una nueva vida, todavía con mayor énfasis que quien mantiene relaciones sexuales porque, en este último caso, puede tomarse precauciones contraceptivas que, en el caso de la donación, simplemente no existen. Entonces, puede decirse que existe aun mayor responsabilidad para la procreación, en quien dona gametos.

Segundo, propiciar el nacimiento de un nuevo ser humano no es una decisión que pueda llamarse intrascendente. De hecho, y dentro de la concepción romana de Derecho Natural⁽³⁰⁾ el hombre comparte con los animales la trascendental función reproductiva, que en todo el reino animal es junto con el alimentarse la función primaria más importante del ser vivo. Mal podemos los humanos restar trascendencia a la reproducción de nuestra especie.

Tercero, es principio en el Derecho que toda decisión libre tiene su correlato de responsabilidad. Es verdad que en ciertas expresiones trascendentales de voluntad (por ejemplo esponsales o donación de órganos) la ley excluye de responsabilidad la revocación de la decisión original, pero también es cierto que lo hace en virtud de

30 Dice Justiniano: «El derecho natural es aquel que la naturaleza inspira a todos los animales. Este derecho no es especial del linaje humano sino común a todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar. De aquí procede la unión del varón y de la hembra que llamamos matrimonio; de aquí la procreación y educación de los hijos. Vemos, en efecto, a los demás animales que se conforman a los principios de este derecho, como si lo conociesen». (I.1.2).

principios equivalentes si no superiores, a aquellos que se vulneran con la revocación: en los esponsales toda la libertad y la intimidad de la persona, y en la donación de órganos su integridad física irrecuperable. No hay un conflicto equivalente de valores cuando nos enfrentamos a la alternativa de dar o no dar responsabilidad a quien dona gametos. Roca Trías dice en una cita que hemos hecho pocas páginas antes, que el anonimato del donante debe fundarse en su derecho a la intimidad, que es efectivamente un valor importante para el ser humano y un derecho fundamental. Pero no es menos cierto que la verdadera manera que tiene el ser humano de preservar su intimidad, es mantenerla en reserva, no proyectarla a la sociedad. Por consiguiente, mal puede reclamar intimidad quien ha realizado una compleja operación jurídica y humana que es la donación de gametos. Nosotros no consideramos que la intimidad pueda ser protegida cuando existe una expresión de voluntad tan manifiestamente en contrario.

Más aún: no sólo están los intereses del donante. Después de todo él expresa su voluntad. El ser humano que nazca del proceso de reproducción asistida también tiene derechos y, sin embargo, no ha podido expresar voluntad en absoluto. Y es tanto por esta desequiparidad entre las dos personas, la que toma la decisión de que la otra nazca, y la que nace por la decisión aquélla, en adición a la trascendencia de la procreación, que creemos que debe establecerse una cierta regulación de responsabilidad de la madre genética (y a su turno del padre genético), que luego no será padre legal⁽³¹⁾.

31 En este sentido, resulta interesante el testimonio de Ewerlof: «The

Consideramos, sí, que la preferencia para hacerse de la maternidad corresponde a la madre biológica, pero asimismo consideramos importante que la madre genética que no sea biológica (es decir, que dona gametos pero no realiza la gestación), tenga responsabilidades frente al niño que indiscutiblemente colaboró a hacer nacer. En nuestro criterio esta responsabilidad debería ser de los siguientes grados:

- Si el niño va a quedar en abandono porque la madre legal soltera (o casada con marido que ha logrado negar la paternidad)⁽³²⁾ muere o queda incapacitada fí-

research on adopted children carried on in the USA, Canada and Great Britain clearly confirm that the need among adopted children to become knowledgeable about their origin is very large, and that the possibilities of obtaining such knowledge is of great importance for the child's development. Also organizations and individuals handling adoption matters in Sweden confirm that they share the same experiences». (EWERLOF, G. Swedish Legislation on Artificial Insemination. Madrid, Editorial Trivium S.A., 1988, p. 74). Y unas líneas más tarde agrega: «The organizations and authorities consulted before the new law was introduced were more or less equally divided for and against anonymity, and there was an equally great divide in the public debate. The advocates of donor anonymity –not least the physicians involved in AID– referred among other things to the risk of supervisable insemination activities in Sweden dying out if anonymity safeguards were to be removed. Donors would no longer be forthcoming. Infertile couples would either arrange AID illegally or go abroad. Another reason in favour of anonymity was that the interests of the donor must also be considered. If, many years later, the child were to trace and get in touch with the donor, this could involve both parties in a serious conflict.

Even if many AID parents may experience it as desirable and practical to keep to themselves how the child was begotten the legislator cannot –on the grounds set forth– find this acceptable from the child's viewpoint. An open and honest relationship between the parents and the child is an important prerequisite for the child's favourable development». (Ibid., pp. 75-76).

- 32 Obviamente, si la madre legal era casada o tenía una relación permanente con un varón que se vuelve padre legal de forma como

sicamente para ser madre (muerte cerebral o parálisis total o situaciones similares) bien en el momento del nacimiento o bien en momento cercano que habría que definir (puede ser por ejemplo máximo hasta los dos años de edad), la maternidad debería corresponder a la madre genética. Reconocemos que esta es una solución completamente atípica, sobre todo si tomamos en cuenta que la primera madre pudo ya ser tenida por madre legal y ahora resulta que el niño tendría sucesivamente dos madres legales. Pero, de un lado, esta sucesión corresponde a la naturaleza de las cosas, ya que existe vínculo físico tanto con la madre biológica como con la genética y, de otro lado, porque tomando esta decisión el niño puede desarrollarse adecuadamente en un ambiente materno alternativo con cercanía consanguínea. Después de todo, no hay que olvidar que la paternidad, la maternidad y la filiación no son sino determinaciones de la ley, que se acomodan más o menos a la naturaleza de las cosas y que pueden ser modificadas, y enriquecidas, por las nuevas posibilidades de la tecnología.

Si esta alternativa no fuera considerada adecuada, debería por lo menos darse a la madre genética la prioridad en la adopción. Si el marido hubiera dado consentimiento a la donación de su mujer, podría considerarse en este caso la aplicación de la presunción pater is sin derecho a negar la paternidad. Si no hubiera dado consentimiento, también funcionaría la presunción, pero el marido podría negar la paterni-

hemos señalado antes, la madre genética no debería asumir ninguna relación filial con el niño pues complicaría las cosas al existir un padre para la criatura que no es su pareja.

dad. La solución es equivalente a aquella en la que la mujer se practica una fecundación artificial sin autorización marital.

Si se tratara de una pareja de compañeros permanentes, en esta situación consideramos que podría también sostenerse lo que hemos aplicado en situación similar cuando la compañera decidía fecundarse artificialmente sin asentimiento del compañero: que éste tuviera prioridad en reconocer al niño, de manera que tenga una familia legal consolidada.

- Si el niño queda en abandono a edad superior a la indicada anteriormente, o si mientras necesita alimentos no tiene quién se los dé, somos de la opinión que habría que hacer una analogía con la situación del hijo alimentista y hacer que ese hijo tenga derecho de pensión alimenticia en relación a su madre genética que no es madre legal.

Consideramos que si el varón que tuvo relaciones con la madre en la época de la concepción tiene la obligación de pasar alimentos aunque no se pueda probar que es el padre, con mayor razón se produce el vínculo entre la madre (o el padre) genético y el hijo que no es hijo legal.

Adaptar la figura del hijo alimentista a este tipo de relaciones no es, en este contexto argumentativo, una arbitrariedad sino, más bien, una muy razonable adecuación de la *ratio iuris* de la institución a las nuevas realidades que plantea el avance técnico.

Si el marido hubiera dado autorización para la

donación, y el niño no tuviera un padre legal, podría ser solidariamente responsable de la pensión. Si no hubiera dado autorización, entendemos que la relación del niño ocurrirá sólo con su madre genética.

Si se tratara de compañeros permanentes, no vemos obstáculo a aplicar analógicamente la misma solución dada en el párrafo anterior, pues el compañero permanente tiene también responsabilidad en el nacimiento del nuevo ser si dio autorización a su compañera para hacer la donación. Si no, no debería tener responsabilidad alguna.

Desde luego, estas responsabilidades pueden afectar la disposición de las personas a donar gametos. Los médicos sostienen que si no hubiera anonimato⁽³³⁾ pocos serían los que colaborarían y de allí que busquen darles garantías en tal sentido:

La inseminación artificial por donante se ha caracterizado por la falta de mantenimiento de registros y por la reserva, impulsado en su mayor parte por el deseo de los profesionales de mantener estricta confidencia en sus prácticas. Generalmente, los médicos garantizan el anonimato

33 El anonimato lo propone la mayoría de los especialistas. En el Perú el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima sugiere dos normas al respecto:

«VI. Los datos personales del dador deben mantenerse en reserva y sólo podrán ser suministrados por orden judicial».

«X. El dador del semen no podrá obtener información sobre los datos personales de la mujer inseminada». («Bases para una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida». En: VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. cit., anexo, p. 73).

de los donantes y por ello, sólo el 40% de los médicos encuestados informó que guardaban registros permanentes de los niños resultantes de una inseminación artificial por donante⁽³⁴⁾.

Sin embargo, pensamos que más importante que la colaboración masiva, es el desarrollo lo más responsable posible de un asunto tan delicado como el de la reproducción asistida. Por ello creemos que, en primer lugar, todo aquel que done material genético deberá estar dispuesto a asumir responsabilidades en la procreación (de la misma manera que quien realiza el acto sexual debe asumir las suyas) y, en segundo lugar, creemos que este aspecto de la técnica humana, no puede ser un ámbito exento de responsabilidades porque prácticamente ningún ámbito de la conducta humana lo es y, además, porque es un aspecto sensitivo no sólo de la vida de cada persona, sino de la evolución de la humanidad en su conjunto. El tema de la reproducción asistida no puede ser considerado un asunto individual, ni siquiera colectivo de una sola generación porque compromete también a las generaciones futuras.

3.2. La mujer donante y su marido

No es exactamente la misma situación que la de una mujer que realiza un embarazo sin consentimiento de su marido, porque no está introduciendo un hijo en la vida familiar, al menos no directamente (y no lo está introduciendo en absoluto si es que se ha decidido que la solu-

34 ARSON DE GLINBERG, Gloria Hilda; SILVA RUIZ, Pedro F. «La libertad de procreación. En: *Revista jurídica argentina La Ley*, tomo 1991-B, Buenos Aires, 1991, p. 1202.

ción jurídica adecuada es la del anonimato, que por lo demás propone la mayoría).

Sin embargo, aun así hay consideraciones como la que hace Soto:

Coincidimos en que el acto jurídico de la donación o venta de gametos –al igual que la de los óvulos de la esposa– no requiere para su perfeccionamiento de la autorización del otro cónyuge, porque se trata de un acto de disposición de productos orgánicos, absolutamente personales, respecto de los que no existe ningún tipo de copropiedad conyugal y, si la hubiera, la cesión de bienes muebles no requiere del consentimiento formal del otro consorte. Sin embargo, la cesión realizada sin consentimiento sí constituye, a nuestro ver, una grave injuria para el cónyuge preterido, la que puede ser llevada a los tribunales como causal de divorcio o de separación⁽³⁵⁾.

En nuestro concepto, la donación de gametos es un acto esencialmente personal, individual, en tanto que son partes separables del cuerpo humano. Aún en el matrimonio, existe una dimensión individual de la intimidad que pertenece a cada persona como un valor en sí mismo, y dentro de ese ámbito está indudablemente la particularidad genética de cada uno. Por consiguiente estimamos que la donación de material reproductivo efectivamente pertenece al ámbito personal individual.

35 SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. cit., parte IV, cap. XIV, pp. 458-459.

Sin embargo, es muy distinto decir que dicha donación sea hecha para generar una nueva vida a través de la reproducción asistida porque en el matrimonio existe una mutua entrega, particularmente expresada en el uso de la capacidad reproductiva de cada cónyuge en confluencia con el otro.

Ya desde este punto de vista, consideramos que debe tomarse como una infidelidad en la relación conyugal la donación unilateral de gametos de la mujer (y a su turno del marido). Pero si se adoptara una posición de responsabilidad en la madre o el padre genético, entonces la infidelidad será mayor porque implicará la posibilidad de asumir una maternidad evidentemente no matrimonial y, en todo caso, de tener una responsabilidad por alimentos.

Por ello consideramos que se trata de una violación a la fidelidad, no así de una injuria (el fundamento de esta afirmación está en el párrafo anterior) y que no debe buscarse la aplicación analógica de causales existentes en la actualidad para la separación de cuerpos o el divorcio, sino que debe establecerse una específica que incluya el problema que venimos tratando. Mientras esa causal no sea establecida, consideramos que no debe haber divorcio por la participación en procesos de reproducción asistida pues se estará violando la infidelidad de una manera que, como muchas otras, no conduce a la disolución del vínculo matrimonial.

Al no haber matrimonio de por medio, el problema que hemos discutido en las líneas anteriores no se presenta entre quienes tienen una relación permanente.

4. El varón que dona esperma para reproducción asistida, de manera que el hijo no se prevé que lo sea también de su cónyuge

Entra a consideración en esta parte una variada gama de situaciones que son las siguientes:

- La responsabilidad que cabe al varón donante en relación al niño que nacerá de sus genes.

Este asunto tiene que ver con que la donataria sea casada, soltera o tenga compañero permanente y según las respectivas parejas hayan o no aprobado la inseminación en sus cónyuges o compañeras.

- El efecto que la donación de semen tendrá en las relaciones matrimoniales de un donante casado, en lo cual depende si la cónyuge autorizó o no la donación.

Cabe preguntarse, asimismo, si el problema varía cuando el donante es compañero permanente de una mujer.

4.1. Varón que dona esperma y el problema de la paternidad

Siguiendo la argumentación que hemos elaborado, diremos aquí que se presenta, en primer lugar, un problema de responsabilidad en el varón que dona esperma, sea casado o soltero, en idénticos términos al que hemos encontrado en la mujer que dona óvulos: por la trascendencia de la reproducción humana, por el hecho de que este varón ha consentido participar en el proceso de nacimiento de un nuevo ser y por los derechos del nacido, deberá tener responsabilidad. Cabe hacerse la pregunta que expresó la Conferencia de Obispos franceses:

Y ¿qué decir del padre que transmite la vida en el incógnito de una concepción artificial? Renuncia a ejercer toda responsabilidad frente a este hijo que sigue siendo suyo, quiéralo o no. La donación del esperma es un acto generoso, se dice. Puede serlo en el espíritu del padre. Pero ¿qué clase de generosidad es ésta que se desentiende de antemano de toda responsabilidad en la educación futura del hijo?

La donación de la simiente humana, ¿es comparable, por ejemplo, a la donación de la sangre? La semilla lleva una información, un patrimonio genético que ejerce un papel determinante en el niño cuyo padre se desinteresa completamente⁽³⁶⁾.

Consideramos que la responsabilidad que cabe exigir al varón que dona esperma en estos casos, tiene que ser análoga a la que encontramos exigible en la mujer que dona óvulos⁽³⁷⁾, pero debe ser adaptada a las diversas posibles circunstancias que, casuísticamente, parecen ser las siguientes:

- Si la mujer donataria es soltera y no tiene compañero

36 GAFO, Javier. Op. cit., Comisión de la Familia del Episcopado Francés (1984), anexos. p. 161.

37 El Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima ha propuesto la siguiente norma: «IX. En caso de inseminación con semen de dador ninguna acción puede entablarse para establecer el vínculo de filiación entre el hijo y el dador de semen». («Bases para una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida». En: VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. cit., p. 73). Nuestra posición es precisamente la opuesta a ésta.

- permanente, debería asumir la paternidad extramatrimonial.
- Si la mujer donataria es casada cabe, según nuestras recomendaciones anteriores, que se aplique la presunción *pater is*. Cuando ello no pudiera ocurrir (porque el marido no dio autorización a la fecundación asistida y negó la paternidad), debería estar obligado a asumir una paternidad extramatrimonial.
 - Si la mujer donataria tiene compañero permanente y éste no asume la paternidad según los criterios antes expuestos, la paternidad legal debe ir al padre genético.
 - En caso que el niño tuviera padre, siempre quedaría la obligación de prestar alimentos cuando caiga en desamparo, en situación análoga a la del hijo alimentista⁽³⁸⁾.

4.2. El varón casado que dona esperma y la fidelidad a su mujer

En este problema caben dos alternativas: que la mujer haya autorizado la donación o que no la haya autorizado. En el primer caso, no habrá nada que reprobar dentro del matrimonio al varón donante y, por demás es evidente, la mujer no adquirirá en estas circunstancias ninguna responsabilidad sobre el niño a pesar de haber

38 En todo caso, como en las citas que hicimos ya a propósito de las mujeres donantes, existe una posición mayoritaria en el sentido de no dar responsabilidades al varón que dona semen. Las Recomendaciones de la Comisión Warnock dicen: «52. Debe modificarse la ley de manera que el donante de semen carezca de derechos y deberes paternos respecto al hijo». (VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. Op. cit., Antología de documentos, p. 156).

dado su autorización. Esto, porque no existe para la mujer una presunción como la *pater is* para el marido: en ella el factor determinante en el Derecho tradicional fue el parto y aquí la cónyuge de quien dona no es ni madre genética ni menos aún madre biológica del niño por nacer.

Sin embargo, en el empeño de facilitar que el nuevo niño tenga un entorno familiar lo más consolidado posible, sí sería razonable establecer que si el marido asume la paternidad legal por alguna de las razones antedichas, la mujer tenga prioridad a su sola declaración de voluntad, de ser la madre adoptiva del niño. De esta manera, ese ser humano tendría una familia completa, mediando por supuesto la voluntad de adoptar de la cónyuge. En otro caso sólo sería hijo extramatrimonial de su padre.

La regla de la preferencia a sola voluntad para que la cónyuge adopte al hijo de su marido en estas circunstancias, podría perfectamente extenderse a la compañera permanente cuando la relación sea de este tipo y no matrimonial. La situación es análoga.

Si la mujer no autorizó la donación de su marido, se produce una situación de infidelidad manifiesta, que es simétrica a la que ya hemos sostenido existe en la mujer que dona óvulos sin consentimiento de su marido. No es una injuria ni adulterio por las razones ya expresadas antes, pero sí estimamos que debería establecerse una causal específica de infidelidad que condujera a la separación de cuerpos o al divorcio porque las consecuencias de la actitud del marido, pueden repercutir significativamente en la vida cotidiana del matrimonio.

Sin embargo, bien pudiera ser que la mujer decidiera, frente a los hechos consumados, optar por la adopción del niño. En ese caso, consideramos que sería razonable darle prioridad para dicha adopción según su voluntad, como hemos sostenido en los párrafos anteriores porque, siempre y cuando ella asintiera, sería la situación de familia más sólida para el niño.

Si la pareja fuera permanente pero no casada, el problema de fidelidad no se presenta, pero sí podría ser posible que la compañera permanente decidiera hacer la adopción que tratamos en el párrafo precedente. En ese caso, creemos que sería perfectamente adecuado darle la posibilidad de adoptar con prioridad y a su sólo voluntad.

4.3. Fecundación *post mortem*

Si se hubiera hecho fecundación *post mortem* en un caso en el que no se trata de la preñez de la viuda del donante, somos de la opinión que el niño no puede ser considerado hijo legal de quien aportó el semen porque no existe ningún vínculo afectivo protegido por el Derecho, ni jurídico que permita tal fecundación. Además, como ya hemos dicho, creemos que la fecundación *post mortem* debe ser prohibida por el Derecho de manera que estaríamos dando legitimidad a lo que no tiene fundamento para ella por ningún ángulo que se le mire.

Distinto es el caso de la viuda inseminada con el semen de su marido difunto porque allí, aunque la situación sea siempre ilegal, sí existió un vínculo familiar que permite explicar el deseo de procrear en pareja y, además, porque entre la viuda inseminada y el difunto

existió una comunidad de aspiraciones y bienes que tuvo protección jurídica. Esto será importante desde el punto de vista económico porque el hijo, según nuestra propuesta, participará de la herencia del padre aunque cuando murió él todavía era *concepturus*. (Los fundamentos de todas estas propuestas han sido ya aportados antes. No los repetimos aquí).

5. La *madre subrogada*⁽³⁹⁾ o el acuerdo por el que una mujer gesta un niño para que sea hijo legal de otra

Esta modalidad de reproducción asistida comienza con un contrato en el que una mujer acepta gestar al niño pero no ser la madre legal, porque otra será la que tenga este reconocimiento. El niño será entregado a la que pretende ser madre legal. Normalmente, se remunera el servicio de gestar.

La doctrina de la Iglesia Católica y la teoría general del Derecho rechazan este tipo de convenios por razones atendibles.

Esta modalidad de reproducción asistida comienza con un contrato en el que una mujer acepta gestar al niño pero no ser la madre legal, porque otra será la que tenga este reconocimiento. El niño será entregado a la que pretende ser madre legal. Normalmente, se remunera el servicio de gestar.

La doctrina de la Iglesia Católica y la teoría general

39 Utilizaremos este concepto en cursiva porque, si bien es el que ha recibido mayor aceptación en la doctrina para designar este fenómeno, la sola expresión es ya una ironía, algo así como una mueca.

del Derecho rechazan este tipo de convenios por razones atendibles⁽⁴⁰⁾. Nosotros, también, pensamos que este tipo de reproducción humana asistida no debe ser permitida por el Derecho. Sin embargo, ante la perspectiva que se produzca un nacimiento en estas condiciones, siempre será importante analizar las posibles consecuencias en el tema que trabajamos. Es lo que hacemos en los párrafos siguientes.

5.1. La maternidad legal

Para efecto de la maternidad, en todo este trabajo hemos sostenido la pertinencia de aplicar el principio de que *la madre siempre es cierta* y no encontramos ninguna razón para no volver a aplicarlo en este caso⁽⁴¹⁾. Las razones de la validez del principio están señaladas antes y no las repetiremos. Por consiguiente, diremos que en los casos de *madre subrogada*, la madre legal será

40 Los principales argumentos son los siguientes:

- No es razonable que por contrato se separe los caracteres de madre biológica y madre legal.
- Es inadmisibles que existan contratos de servicios sobre la maternidad de los seres humanos.
- La manipulación genética que tiene que realizarse y la variedad de personas que intervienen en ella es de las más considerables en los casos de reproducción asistida.
- La disociación que produce en las relaciones familiares entre los padres genéticos, biológicos y legales más sus cónyuges quienes, según los casos, pueden haber estado o no de acuerdo con la participación en dichos hechos.

41 El Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima ha propuesto en el Perú: «XII. Carecerán de efectos los contratos de maternidad subrogada. En estos casos, la maternidad se establecerá por el parto». («Bases para una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida». En: VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. cit., anexo, p. 73.)

siempre la que alumbró al niño y habrá que estar a que toda cláusula que vaya en contrario será nula por norma de orden público. Es conveniente que en la sociedad se establezca que el principio de la *madre siempre es cierta* tiene validez universal como regla de la organización de las relaciones sociales.

Sin embargo, existen multitud de problemas casuísticos que es preciso deslindar en el caso de la madre subrogada. Los más importantes son a nuestro juicio los siguientes:

5.2. ¿Madre subrogada o venta de hijos?

La pregunta se fundamenta en que las relaciones que tratamos pueden tener muchas configuraciones de hecho y ellas, en realidad, presentarán variantes cualitativas. Veamos dos posibles extremos:

- La que será madre legal acuerda con una segunda mujer que le done un óvulo y con un varón que le done esperma, para fertilizarlos *in vitro* y luego transferirlos al vientre de quien será la madre biológica o gestante. En esta configuración los elementos que componen la maternidad (y la paternidad) están disgregados en su máximo grado⁽⁴²⁾.
- La que será madre legal acuerda con una segunda mujer que ella done un óvulo y lo fertilice *in vitro* con esperma del marido de la donadora del óvulo, para que luego esa misma donadora se lo implante en el

42 No añadimos aquí la posible complicación de que cada una de dichas mujeres sea soltera o casada y, en este último caso, que tenga o no asentimiento de su esposo para la participación en la operación total.

cuerpo y geste al niño, hasta finalmente entregarlo a quien será la madre legal⁽⁴³⁾. Este caso no es como el de la nota al pié de página, pero es sustantivamente semejante. Aplicando la metodología de trabajo que hemos traído hasta aquí, ese sería un hijo matrimonial de la donadora y su marido sin posible alternativa y, por consiguiente, al entregarlo a la que sería la madre legal, en realidad estaría haciendo una donación (si gratuita) o una compraventa (si onerosa) de hijo.

Por tanto, y hablando estrictamente desde el punto de vista de las raíces de la maternidad, paternidad y filiación, hay ciertas circunstancias en las que el pretendido contrato de *madre subrogada* es en realidad una donación y hasta una venta del hijo⁽⁴⁴⁾. Los elementos que entran en discusión son los siguientes:

43 No ponemos el caso extremo de que lo conciba mediante el acto sexual y luego lo entregue, porque allí sí estaríamos ante un contrato sobre el hijo de la pareja, engendrado naturalmente.

44 Respecto de este tema, el Consejo de Europa hizo varias alternativas de recomendación sobre esta problemática, que vale la pena transcribir:

«Artículo 14.-

Alternativa I

La fecundación 'in vitro' deberá ser realizada usando gametos de, por lo menos, uno de los miembros de la pareja. No se permitirá la fecundación 'in vitro' realizada por gametos donados por dos personas ajenas.

Alternativa II

En principio, la fecundación 'in vitro' deberá realizarse con los gametos de, por lo menos, uno de los miembros de la pareja. Sin embargo, el uso de gametos donados por dos personas ajenas podrá admitirse cuando las condiciones previstas en el artículo 2 sean aplicables a ambos miembros de la pareja.

Alternativa III

En principio, la fecundación 'in vitro' deberá realizarse con los gametos de los miembros de la pareja. Sin embargo, en casos

- Si el óvulo a fecundar pertenecerá a la *madre subrogada*, en nuestro criterio la suma de madre genética y madre biológica hace que el niño sea su hijo y no de terceros, por más que la fecundación haya sido asistida y no mediante el acto sexual. A pesar de la importancia de la relación sexual entre varón y mujer, su sustitución por la fecundación asistida no puede esconder la verdad esencial de que madre genética y madre biológica en una sola mujer la hacen madre en el pleno sentido de la palabra y, por consiguiente, sólo ella deberá ser madre legal.
- Si el espermatozoides que fecundará un óvulo de tercera mujer será del marido de la *madre subrogada*, dicho marido sería el padre legal de la criatura (pues si se utiliza su espermatozoides es obvio que así lo es) y en ese caso estaríamos entregando a terceros mediante acuerdo, un hijo que pertenece como hijo matrimonial tanto a la madre biológica como al padre genético.
- Si el acuerdo lo hicieran el marido de quien será la madre legal, y la que será la *madre subrogada*, si el espermatozoides es de quien realiza el acuerdo y el óvulo de su cónyuge o, en todo caso, de una mujer que no sea ni su cónyuge ni la *madre subrogada*, esto permitirá que el padre que piensa ser el padre legal, sea también el padre genético. Su cónyuge podría en ciertos casos adoptar al niño privilegiadamente y por su sola voluntad, según ya hemos dicho antes.

excepcionales, podrá ser utilizado el espermatozoides de un donante ajeno. No se permitirá el uso de huevos ni embriones donados». (VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. Op. cit., Antología de documentos, p. 180).

- Si la que va a ser madre legal utiliza sus gametos para la fertilización *in vitro* y la posterior implantación en el útero de la *madre subrogada*, sería razonable que fuera reconocida como la madre legal si se cumplen confluyentemente estos dos requisitos: primero, que la *madre subrogada* sea soltera (o que su marido consiga negar la paternidad) y, segundo, que muera en el parto o, a partir de él, quede físicamente imposibilitada de asumir la maternidad. Podría establecerse una edad máxima del niño en la que esta alternativa pueda ser puesta en ejecución. Antes sugerimos que el plazo máximo fueran los dos años de edad del niño⁽⁴⁵⁾.
- Para ser coherentes con lo que hemos sostenido hasta aquí, tendríamos que decir que si la que va a ser madre legal según el acuerdo es distinta de la madre genética (porque hay donación de óvulo) y naturalmente de la madre biológica (la que gestará), entonces la prioridad para la asignación de la maternidad legal debería ser: primero la madre biológica o gestante y segundo la madre genética.

Es más, consideramos que si ésta es la situación, el acuerdo realizado es título insuficiente para tomar la

45 Desde luego, esto sólo puede ocurrir si la madre biológica es soltera, por lo que no tiene marido que tenga la paternidad matrimonial, o si siendo casada el niño no ha adquirido la condición de hijo matrimonial (sea porque el marido de la gestante lo negó, o porque todavía no se ha formalizado el reconocimiento). Si dicho reconocimiento por el padre existiera, también existirá por la madre gestante y, por consiguiente, el hijo ya tiene filiación con su padre, que no se podría modificar porque, si se reconociera como madre legal a la genética, entonces hubiera aparecido un conflicto de filiación entre la extramatrimonial de la madre genética y la matrimonial de su padre.

maternidad legal de una persona: no existe una base genética ni una base biológica, y además estamos ante un acuerdo ilegal.

En síntesis, consideramos que si la que va a ser madre legal no es madre genética ni madre biológica, y que su único título para la pretensión es el acuerdo ilegal realizado con quien sería *madre subrogada*, no podrá ser madre legal sino sólo madre adoptiva. En esto, sí, podría dársele la primera y excluyente prioridad.

5.3. Los maridos de las partes femeninas involucradas en este acuerdo

Lo primero que hay que decir es que la aceptación de las condiciones del acuerdo por cualquiera de los maridos de las mujeres involucradas, o por todos ellos, no da fuerza obligatoria a ninguna de sus cláusulas porque serían contrarias a normas de orden público.

Sin embargo, como hemos visto a lo largo de este trabajo, esa aceptación sí puede tener consecuencias en lo que se refiere al establecimiento de la relación paterna con el niño. Creemos que la exposición más ordenada de este aspecto es la siguiente:

- Si el marido de la madre biológica acepta los términos del acuerdo, y su mujer es finalmente la madre legal del niño, él será el padre legal también. La misma consecuencia se aplica por analogía ya explicada anteriormente al compañero permanente.
- Si el marido de la madre biológica no acepta los términos del acuerdo, y su mujer es finalmente la madre

legal del niño, el será el padre por la presunción *pater is*, pero podrá negarla. Si este pedido es aceptado, entonces de acuerdo a lo que hemos visto antes, sería el padre genético quien asumiría la paternidad legal.

Si la madre genética tuviera compañero permanente y no marido, no correspondería aplicar en este caso la presunción *pater is*. Por consiguiente, no habrá vinculación entre el niño y el compañero permanente. Sin embargo, como hemos dicho al hablar de la mujer que gesta por fecundación artificial sin aprobación de su compañero permanente, se puede adoptar una combinación de posibilidades que son:

- a. El primero, autorizar al padre genético a reconocer al niño.
- b. El segundo, establecer que se podrá pedir la declaración judicial de paternidad en relación al padre genético.
- c. El tercero, atribuir la paternidad al compañero permanente mediante una muy discutible analogía con la presunción *pater is*.
- d. El cuarto, permitir que el compañero permanente de la madre tenga la prioridad en reconocer la paternidad.

Decíamos entonces, y repetimos ahora, que las únicas incompatibilidades son cualquiera de las combinaciones de la primera, la segunda y la cuarta.

- Si la madre biológica no fuera la madre legal según

se ha visto precedentemente, su marido no tendrá vínculo con el niño en la medida que, salvo que los gametos masculinos sean suyos, la única razón por la que quedaría involucrado sería la aplicación de la presunción *pater is*.

Desde luego, esta reflexión nos anuncia una arista particular de la presunción *pater is*. El artículo 361 del Código Civil peruano dice: «El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido». Siempre se ha entendido que el hijo que tenga la cónyuge será su hijo y, en ese sentido, es razonable que se impute la paternidad a su marido: paternidad y maternidad se consolidan dentro de una misma familia.

Pero si podría ocurrir (como hemos visto a lo largo de este trabajo) que la maternidad legal fuera entregada por razones de extrema urgencia no a la madre biológica sino a la madre genética y, en ese caso, la manera de expresarse del artículo 361 adquiere un matiz: a la cónyuge tendrá que nacerle *un hijo*, no solamente *un niño*, para que proceda la presunción *pater is*.

Esta hipótesis no es aplicable a una relación de compañeros permanentes.

- Hemos sostenido aquí que si el marido de la madre legal ha reconocido al niño como matrimonial, ninguna otra mujer podrá optar la maternidad legal. Esto será aplicado, cuando proceda, al marido de la madre biológica en el acuerdo de *madre subrogada*.

Consideramos equitativo que si lo propio ha ocurrido en una relación de compañeros permanentes, tampoco pueda entregarse la maternidad legal a otra mujer pues el padre lo es por lealtad a su relación con la madre legal original. Desde luego, él podrá arreglar que la madre genética o la que iba a ser madre legal según el acuerdo puedan adoptar al niño.

- Si el marido de la madre genética aprobó la donación que hizo y ella termina siendo la madre legal, él será padre y la filiación será matrimonial.

Es analógica la situación del compañero permanente, en la forma como hemos aplicado esta analogía antes.

- Si el marido de la madre genética no aprobó la donación y ella finalmente llega a ser la madre legal, él será el padre legal por la presunción *pater is* pero podrá negarlo. Si esta acción procede, el padre legal sería a quien corresponde la paternidad genética.

Si se trata de una relación de compañeros permanentes, se puede aplicar los mismos criterios que hemos indicado a propósito del caso en que el compañero permanente no aceptaba los términos del acuerdo que había hecho la que sería *madre subrogada*.

- En la medida que no reconocemos derecho a ser madre legal a la que acordó serlo, su marido no tiene problema de aplicación de la presunción *pater is*. Sin embargo, si ella tuviera la oportunidad de ser la madre adoptiva del menor, habría que darle a su marido la oportunidad de ser el padre adoptivo por su propia

decisión, de manera de consolidar paternidad y maternidad dentro de la misma familia, lo que indudablemente favorece al menor.

Si se tratara de compañeros permanentes, la solución sería equivalente.

5.4. La madre subrogada y la fidelidad con su marido

Si una cónyuge realiza un acuerdo para ser *madre subrogada* sin autorización de su marido, estamos ante un caso ya analizado antes de infidelidad que no es equivalente ni al adulterio ni a la injuria. No sería causal de separación de cuerpos ni de divorcio en los términos de la legislación actual, pero es conveniente establecer una causal específica en este sentido.

6. Los derechos sucesorios y las relaciones de parentesco emergentes de estas relaciones

Según lo establecido en las normas existentes, de las relaciones paterno-filiales y materno-filiales establecidas según los criterios anteriores, se desprenderán dos tipos de relaciones complementarias:

- Las relaciones sucesorias que corresponden a los hijos frente a sus padres, según las reglas de herencia que existan en cada sistema. También existirá el derecho del hijo que sea asimilado a la condición de hijo alimentista, a recibir una pensión de la herencia.
- las relaciones de parentesco en el pleno sentido del término, en la medida que se establezca la paternidad o la maternidad.

En este tipo de relaciones la reproducción asistida no afecta con modificaciones a las normas tradicionales. Simplemente, establecida la paternidad o la maternidad, las demás relaciones jurídicas se establecen normalmente.

ASPECTOS COMPLEMENTARIOS A LAS RELACIONES HUMANAS IMPORTANTES EN LOS ACTOS JURÍDICOS RELATIVOS A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

EN EL CAPÍTULO ANTERIOR hemos desarrollado lo que es el meollo del problema jurídico de la reproducción asistida: las relaciones paternas, maternales, y con ellas los derechos sucesorios y el parentesco. Sin embargo, existen muchos aspectos vinculados a los actos jurídicos que se producen entre las personas de las que hemos tratado en el capítulo anterior¹⁾, que son necesarios para proceder a la reproducción asistida y que deben ser regulados por la legislación. De ellos nos ocupamos en este capítulo.

1. Normas sobre circunstancias en las que se permite la reproducción asistida

La literatura y las normas existentes, establecieron la necesidad de regular cuándo es admisible y cuándo no es

1) Desde luego, también hay muchas otras normas necesarias para que la reproducción asistida funcione: reglas sobre los laboratorios y sus relaciones como intermediario entre las diversas partes, normas sobre conservación y congelación, sobre decisión en torno a los

ASPECTOS COMPLEMENTARIOS A LAS RELACIONES HUMANAS IMPORTANTES EN LOS ACTOS JURÍDICOS RELATIVOS A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

EN EL CAPÍTULO ANTERIOR hemos desarrollado lo que estimamos es el meollo del problema jurídico de la reproducción asistida: las relaciones paternas, maternas filiales, y con ellas los derechos sucesorios y el parentesco. Sin embargo, existen muchos aspectos vinculados a los actos jurídicos que se producen entre las personas de las que hemos tratado en el capítulo anterior⁽¹⁾, que son necesarios para proceder a la reproducción asistida y que deben ser regulados por la legislación. De ellos nos ocupamos en este capítulo.

1. Normas sobre circunstancias en las que se permite la reproducción asistida

La literatura y las normas existentes, establecen la necesidad de regular cuándo es admisible y cuándo no es

¹ Desde luego, también hay muchas otras normas necesarias para que la reproducción asistida funcione: reglas sobre los laboratorios y sus relaciones como intermediario entre las diversas partes, normas sobre conservación y congelación, sobre decisión en torno a los

admisible la reproducción asistida. Total libertad en este ámbito no es una regla que parezca adecuada a nadie.

La posición más restrictiva es la de la Iglesia Católica que considera que la única forma de reproducción humana admisible, es aquella que se realiza a través de la unión sexual de marido y mujer, dentro del matrimonio, cumpliendo la doble función de dicho acto conyugal. Dice Su Santidad el Papa Juan Pablo II:

También en el mismo horizonte cultural, el cuerpo ya no se considera como realidad típicamente personal, signo y lugar de las relaciones con los demás, con Dios y con el mundo. Se reduce a pura materialidad: está simplemente compuesto de órganos, funciones y energías que hay que usar según criterios de mero goce y eficiencia. Por consiguiente, también la sexualidad se despersonaliza e instrumentaliza: de signo, lugar y lenguaje del amor, es decir, del don de sí mismo y de la acogida del otro según toda la riqueza de la persona, pasa a ser cada vez más ocasión e instrumento de afirmación del propio yo y de satisfacción egoísta de los propios deseos e instintos. Así se deforma y falsifica el contenido originario de la sexualidad humana, y los dos significados, unitivo y procreativo, innatos a la naturaleza misma del acto conyugal, son separados artificialmente. De este modo, se traiciona

gametos y embriones en custodia, etc. En la medida que este trabajo sólo tiene que ver con el impacto de las nuevas tecnologías de reproducción asistida en los principios tradicionales del Derecho, no abordamos los temas que no estén estrictamente relacionados con ellos.

la unión y la fecundidad se somete al arbitrio del hombre y de la mujer»⁽²⁾.

Esta concepción católica del acto sexual matrimonial es complementada con doctrina en relación a la fecundación humana. Dice la Congregación para la Doctrina de la Fe:

(...) la conciencia moral «no prohíbe necesariamente el uso de algunos medios artificiales destinados exclusivamente sea a facilitar el acto natural, sea a procurar que el acto natural realizado de modo normal alcance el propio fin». Si el medio técnico facilita el acto conyugal o le ayuda a alcanzar sus objetivos naturales puede ser moralmente aceptado. Cuando, por el contrario, la intervención técnica sustituya al acto conyugal, será moralmente ilícita⁽³⁾.

Unos párrafos antes ha dicho:

La inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso en que el medio técnico no sustituya al acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad natural⁽⁴⁾.

Sin embargo, cuando establece lo que en su doctrina deben ser las prohibiciones de la legislación civil, dice:

2 JUAN PABLO II, PAPA F.R. *Evangelium vitae*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s/f. par. 23, p. 23.

3 Congregación para la Doctrina de la Fe. *Respeto a la vida humana naciente y a la dignidad de la procreación*. Santa Fé de Bogotá, Ediciones Paulinas, 1991, p. 44.

4 *Ibid.*, p. 43.

(...) no podrá legalizar la donación de gametos entre personas que no estén legítimamente unidas en matrimonio. La legislación deberá prohibir además, en virtud de la ayuda debida a la familia, los bancos de embriones, la inseminación *post mortem* y la maternidad «sustitutiva»⁽⁵⁾.

De manera que podemos concluir estableciendo que la doctrina Católica prohíbe todo tipo de reproducción asistida, aun cuando finalmente, no diga que la legislación civil debe prohibir la fecundación asistida dentro del matrimonio (pues sólo dice que no se podrá legalizar la donación de gametos entre personas que no estén legítimamente unidas en matrimonio).

Pero existen opiniones diversas dentro de la misma Iglesia. Así, en un libro en venta en la Librería Paulina del Vaticano, puede leerse la siguiente opinión de Gafo:

El Dios que nos dio la naturaleza nos dio la capacidad de reparar sus anomalías y deficiencias, de configurarla de diferentes maneras, de potenciarla y quizá de reinventarla. El hombre que descubre los mecanismos del proceso reproductor humano y es capaz de intervenir positivamente en ellos, no ha escapado al dominio del Creador, ni está tratando de suplantarle o sustituirle. Sigue siendo criatura y sigue teniendo que decir. «¿Qué tienes que no has recibido?»

Resumiendo: la IAC como procedimiento terapéutico, hecha por personal competente y con las garantías debidas, merece una valoración ética

5 Ibid., p. 52.

positiva: a través de ella se realiza uno de los valores centrales del matrimonio y de la vida humana, como es la procreación, que de otro modo quedaría sin realizar en ese matrimonio⁽⁶⁾.

Ya fuera del ámbito religioso, también existen limitaciones propuestas por la doctrina jurídica. Las principales en nuestro criterio son:

Parece razonable poner la IAC al servicio de la superación de deficiencias que impiden a una pareja procrear, o para evitar la transmisión de enfermedades. Parece razonable también restringir la aprobación ética de la IA (inseminación artificial) en general y de la IAC (inseminación artificial con semen del cónyuge) en particular a su uso terapéutico ampliamente entendido. También parece aceptable éticamente la finalidad de hacer posible —previa conservación del semen— un embarazo posterior a un tratamiento que hiciese al marido estéril o probable transmisor de anomalías o enfermedades⁽⁷⁾.

Este mismo autor da información relevante sobre lo que ocurre en la realidad en materia de fecundación asistida:

La IAD (inseminación artificial de dador o donante) por esterilidad o subfertilidad masculina supone más del 90 por 100 de todas las indicaciones de IAD. La indicación de IAD por incom-

6 GAFO, Javier (editor). *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y Derecho*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1986, parte II, cap. II, p. 63.

7 *Ibid.*, parte II, cap. II, p. 61.

patibilidad del factor Rh (mujer Rh negativa sensibilizada) supone menos del 1 por 100 de indicación de IAD. En hombres portadores de una anomalía cromosómica o de enfermedad genética, la IAD evitaría el riesgo de tener hijos con la misma patología.

La IAD puede estar indicada, como última oportunidad de conseguir descendencia, en la pareja con esterilidad de causa desconocida, de larga duración, con edad de la mujer por encima de treinta y cinco años, y fallos previos de la IAC, aunque el semen sea normal a nivel óptico y no se hayan detectado anomalías cromosómicas en la meiosis⁽⁸⁾.

- Las Recomendaciones de la Comisión Palacios en España dicen:

17. La inseminación artificial y la fecundación *in vitro* con transferencias de embriones o técnicas afines tendrán como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad irreversible de la pareja humana, para facilitar la procreación cuando las demás terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas, ineficaces o imposibles de realizar.

18. Estas técnicas podrán utilizarse también para la prevención y eliminación de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando estén justificadas porque exista un riesgo serio de

8 Ibid., parte I, cap I, p. 17.

transmisión al hijo, y sea factible hacerlo con suficientes garantías.

118. Podrá autorizarse la gestación en la mujer sola por medio de estas técnicas, si padece una esterilidad irreversible que las justifique, y con cargo al erario público.

119. Si la mujer sola estéril tiene un ciclo ovárico normal, no se autorizará la gestación por donación de embriones.

120. La mujer sola no estéril podrá beneficiarse de estas técnicas. Se autorizará únicamente la inseminación artificial con semen de donante, sin que los gastos de su realización se hagan con fondos públicos.

121. Para autorizar una gestación en la mujer sola por estas técnicas, se valorará previa y razonablemente si la mujer reúne las condiciones precisas para gestar, mantener y educar dignamente al futuro hijo, y para facilitarle el adecuado ambiente de bienestar, evitando que pueda ser vejado o indiscriminado socialmente por causas ostensibles y notorias inherentes a la madre⁽⁹⁾.

La propia ley española de 1988 dice:

Artículo 1. (...) 2. Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la

9 VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. *El don de la vida*. Madrid, Editorial Covarrubias, 1987, Antología de documentos, pp. 161-171.

actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.

- El Consejo de Europa en sus recomendaciones de 1984 decía:

Artículo 2.- Las técnicas de procreación artificial podrán utilizarse (en una pareja) únicamente cuando:

- a) otros tratamientos de esterilidad hubiesen fallado o no presentasen ninguna posibilidad de éxito; o
 - b) existiese un grave peligro de transmitir al niño una grave enfermedad hereditaria; y
 - c) hubiere probabilidad de éxito y no existiesen riesgos notables que pudiesen afectar negativamente la salud y bienestar de la madre o del niño⁽¹⁰⁾.
- En un trabajo publicado por Levy y otros se indica que la Ley de Noruega propone como criterios de uso el remedio a la esterilidad y la prevención de enfermedades en sus artículos 8 y 12, y que la ley española hace lo propio en su artículo 1 inciso 2⁽¹¹⁾.
 - El Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de

10 Ibid., Antología de documentos, p. 176.

11 LEVY, Lea M.; WAGMAISTER, Adriana; IÑIGO, Delia. *Algunas reflexiones sobre reproducción humana asistida*. Buenos Aires, 1991, p. 1138. (Cuadro).

Lima ha propuesto lo siguiente: «Las técnicas de reproducción asistida sólo serán admitidas con el propósito de superar la imposibilidad para tener descendencia, siempre que resulten descartados otros tratamientos por inadecuados e ineficaces»⁽¹²⁾.

- Al propio tiempo, los textos se ocupan de casos en los que la reproducción asistida no debe ser utilizada. Dos son relevantes:

En las Recomendaciones de la Comisión Palacios de España: «10. No debería autorizarse la realización de estas técnicas en parejas homosexuales»⁽¹³⁾.

En las Recomendaciones del Consejo de Europa de 1984:

Artículo 3.- Las técnicas de procreación artificial no deberán usarse con el propósito de escoger el sexo del futuro niño, excepto cuando debiese ser evitada una enfermedad hereditaria seria conectada con el sexo⁽¹⁴⁾.

En todos estos textos existen dos razones básicas para dar paso a la reproducción asistida:

- Cuando existen problemas reproductivos en la pareja o en uno de los miembros y la aplicación de las técnicas tiene una finalidad terapéutica. El Consejo de

12 «Bases para una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida». En: VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético. Principios Generales*. Trujillo, Editora Normas Legales S.A., 1995, anexo, p. 73.)

13 VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. Op. cit., Antología de documentos, p. 160.

14 Ibid., Antología de documentos, pp. 176-177.

Europa añade, a nuestro juicio correctamente, que debe haberse descartado primero todos los métodos anteriores o que no presenten posibilidad de éxito. De esta manera, la reproducción asistida será estrictamente subsidiaria a la reproducción por el acto sexual.

- Cuando haya la amenaza de transmitir al niño una enfermedad o anomalía hereditaria. En este caso se podría recurrir a la participación de un donante.

No existe acuerdo sobre si facilitar las técnicas sólo a las parejas casadas o también a personas que no están casadas entre sí, o que están solteras.

En este punto, siguiendo la línea argumentativa que hemos desarrollado a lo largo de este trabajo, pensamos que las técnicas de reproducción asistida deben estar orientadas a reconocer el derecho del niño a vivir en el seno de una familia constituida (para efectos civiles, entenderíamos por «familia constituida» tanto a la formada por matrimonio, como a la que tiene forma de compañeros permanentes con reconocimiento jurídico). Desde luego que un varón y una mujer pueden, mediante el acto sexual, procrear fuera de estas relaciones y así sucede muchísimas veces. Pero, entendemos que son dos cosas distintas, una actuación poco responsable de dos personas frente al ser humano que podrían engendrar de su relación íntima, y la participación de toda la compleja gama de conocimientos y recursos sociales necesarios para producir un caso de reproducción asistida. La sociedad, para garantizar esta participación que no es sino creación colectiva, tiene el derecho de poner ciertas condiciones, como a menudo las pone en otros ámbitos

(seguridad social, por ejemplo, en la que sólo se presta servicios al trabajador y cierto núcleo de sus familiares). En ello no hay nada qué reprochar y, antes bien, creemos que exigiendo el servicio de las técnicas a familias constituidas, se cumple con uno de los principios claramente establecidos en el Derecho tradicional que regula estas materias y que, según hemos visto, soluciona muchos problemas y es conveniente preservar.

Compartimos con las citas hechas, y en base a los argumentos anteriores, que no debería autorizarse la realización de técnicas de reproducción asistida en parejas homosexuales, porque los derechos del menor a una familia constituida no se cumplen en tal relación y, más bien, se le pueden crear condicionantes culturales y emocionales para la vida homosexual. Obviamente, esta opinión en nada afecta que una pareja homosexual decida llevar vida en conjunto. Ese es un asunto completamente distinto no abordado en este trabajo.

Tampoco creemos que deba hacerse selección genética alguna con los gametos, ni mucho menos que pueda desarrollarse fórmulas de «hágalo usted mismo» (según una cita ya utilizada del informe Warnock) que signifiquen modificación intencional de la genética del niño por nacer. Toda forma de manipulación genética que se oriente en este sentido debe ser drásticamente prohibida y sancionada en bien de la humanidad.

2. La edad de las personas involucradas

La doctrina establece que debe exigirse a los participantes en actos relativos a reproducción asistida, un

cierto rango de edad. Fuera de él, los actos jurídicos serían nulos por incapacidad del agente.

Las recomendaciones de la Comisión Palacios en España decían: «45. La edad de los donantes debería establecerse entre los dieciocho y los treinta y cinco años de edad»⁽¹⁵⁾.

La ley española sobre técnicas de reproducción asistida del 22 de noviembre de 1988 establece:

«Artículo 6.

1. Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquellas de manera libre, conciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar. (...).

Javier Gafo, especialista en la materia dice:

Las sugerencias sobre edades de los donantes y de la mujer a inseminar vienen a apuntar a los límites de dieciocho a treinta y cinco años⁽¹⁶⁾.

En la medida que la edad núbil precede a la edad de plena capacidad de ejercicio, consideramos que debe establecerse dos requisitos para actuar en cualquiera de los roles de la reproducción asistida:

- Haber cumplido la edad a la que como regla general se adquiere la plena capacidad de ejercicio⁽¹⁷⁾, y

15 Ibid., Antología de documentos, p. 163.

16 GAFO, Javier. Op. cit., parte III, cap. I, p. 113.

17 Que no es lo mismo que tener plena capacidad de ejercicio pues ella

- Tener plena capacidad de ejercicio de los derechos.

Además, podrá establecerse una edad máxima en la que se puede participar como donante o como madre subrogada. Esta edad debe ser determinada por los especialistas, indicando a partir de qué promedio de años, el varón y la mujer empiezan a sufrir merma en su capacidad física que hace aconsejable que no participen en estos procesos. Gafo, como se vio, considera razonables los treinticinco años.

3. El problema del asentimiento de quienes participan en la reproducción asistida y de sus cónyuges

En el análisis hecho en el capítulo anterior, se vio la importancia que tenía para todos quienes podían participar en procesos de reproducción asistida la expresión de voluntad en el sentido de aceptar o no dicha participación. También se vio que debía tener consecuencias la aceptación de los cónyuges o compañeros permanentes.

En la medida que es preciso tener certeza de estas expresiones de voluntad, es indispensable dar forma escrita a la declaración de voluntad, no sólo para efectos de probanza sino de perfeccionamiento del acto jurídico de manera que si no consta por escrito, el asentimiento no fue expresado. Desde luego, las legislaciones podrán recubrir esta forma de mayores complementos como participación notarial, etc.

puede obtenerse antes mediante matrimonio o título que autorice a ejercitar profesión u oficio. Aquí estamos hablando de madurez para decidir y por ello nos parece mejor señalar la edad de adquisición de la capacidad que, en el caso peruano, es de dieciocho años.

Una propuesta cuya elaboración fue dirigida por Carlos Fernández Sessarego en el Perú, dice:

Previo a la realización de una técnica de asistencia a la fecundación, todas las partes que a ella se vinculen deben ser plenamente informadas sobre sus características y efectos y deben dar su consentimiento por escrito.

Para ello, el centro de salud proporcionará para su firma un formulario que resulte claramente explicativo⁽¹⁸⁾.

Estimamos que la necesidad de la información solicitada, en adición a la forma escrita y al formulario, son pertinentes para una legislación de la materia.

4. La revocabilidad del asentimiento

En materia de donación de gametos, se discute si puede haber o no revocabilidad. En España, las recomendaciones de la Comisión Palacios establecieron: «37. La donación de gametos para la fecundación asistida no debería poder ser revocada»⁽¹⁹⁾.

Sin embargo, hay una opinión contraria que merece reflexión:

No compartimos la conclusión a la que llegó la Comisión del Congreso de los Diputados por la que no se admite que la dación sea revocada: no estamos ante un contrato consensual que origine

18 «Bases para una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida». En: VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Op. cit., anexo, pp. 72-73.

19 VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. Op. cit., Antología de documentos, p. 163.

obligaciones por la simple emisión del consentimiento. La simple promesa de dación no tiene ningún efecto, como no podrá exigirse, por lo mismo, responsabilidad a quien la incumpla o revoque. Nacerá el contrato por el mismo acto de la dación, unido al dato de la aceptación por parte del centro de inseminación, y, una vez el líquido reproductor obre en poder del centro, también tenemos reservas en admitir la irrevocabilidad. Otra cosa es que, si en el intervalo de tiempo que media entre la emisión del semen y la efectiva inseminación, el donante se retracta, tal vez debiera indemnizarse al centro —aunque tal vez no se trate sino de una cuestión más de riesgo empresarial a asumir por el hospital— de los gastos ocasionados por los análisis, etc. De no ser así, a cualquier persona que simplemente deseara conocer su estado de fertilidad le bastaría con efectuar una dación de esperma para luego revocarla a su antojo, alegando un sobrevenido escrúpulo moral. Solución diferente merecería el caso de necesitar el dador los gametos para sí mismo (por ejemplo, por haber perdido la fertilidad) o, en el caso de inseminación conyugal, cuando el marido desee revocar el consentimiento por haber sobrevenido una separación de los esposos⁽²⁰⁾.

En relación a los problemas planteados en la cita, cabe decir lo siguiente:

- La legislación peruana establece la revocabilidad de

20 GAFO, Javier. Op. cit., parte III, cap. II, p. 116.

la disposición de partes del cuerpo en vida, antes de la consumación del proceso (artículo 9 del Código Civil). Si bien es cierto que la norma tiene una textura más propia de las partes que sirven para transplantes de órganos o de tejidos, también es literalmente aplicable a los gametos. Por ello, en el Perú la donación puede ser revocable antes de su consumación.

- Sí es cierto que al revocar, habrá que resarcir los gastos que haya efectuado la entidad encargada del proceso técnico de los gametos entre la donación y la utilización.
- También es razonable que no tenga que indemnizar (y que por tanto sea un riesgo del laboratorio), el caso en el que el donante necesite los gametos para sí mismo o, cuando se iba a producir una fecundación dentro del matrimonio y los cónyuges se separan.

Consideramos que el establecimiento de estas tres reglas sería acertado en una normatividad dedicada a este tema.

En lo que se refiere a los otros asentimientos, la situación es básicamente la misma: se podrá revocar antes de la consumación. Luego no se podrá. Esto se aplica especialmente a la *madre subrogada*, pero también a los cónyuges y compañeros permanentes de quienes participan directamente en el proceso.

5. Número de fecundaciones por material de un mismo donante

La literatura especializada recomienda que se limite el número de fecundaciones con los gametos de un mismo donante, con la finalidad de no producir el problema

del incesto, es decir, que personas hijas de un mismo donante terminen uniéndose sexualmente entre sí. Jurídicamente no se producirían relaciones intrafamiliares cercanas, pero biológicamente sí y, precisamente, los impedimentos a los parientes cercanos tienen por finalidad evitar los problemas genéticos que este tipo de unión produce.

No existe un criterio uniforme sobre el número de fecundaciones a establecer. Entre seis y diez es el rango que generalmente se recomienda⁽²¹⁾.

6. Prohibición de mezcla de gametos

Algunos especialistas en la realización de los procesos de reproducción asistida deciden mezclar óvulos o espermatozoides de diferentes donantes en una sola fecundación, de manera que el resultado sea la total imposibilidad de saber quién fue el padre o la madre genética, o quienes fueron ambos.

A pesar de que la mayoría de los autores propugnan el anonimato de los donantes, no llegan tan lejos como a autorizar estas mezclas, pues también en la mayoría de

21 Diferentes fuentes dicen lo que sigue. Las Recomendaciones de la Comisión Warnock del Reino Unido, de julio de 1984, señalan: «23. Por ahora, debe establecerse un límite de diez niños engendrados por un donante». (VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. Op. cit., Antología de documentos, p. 153). Las Recomendaciones de la Comisión Palacios en España: «52. De un/a mismo/a donante de semen u óvulos, respectivamente, sólo deberían nacer como máximo seis descendientes, y en una misma circunscripción territorial, hasta que este número se determine por ley». (Ibid., Antología de documentos, p. 164). Las Recomendaciones del Consejo de Europa de 1984: «Artículo 10.- El número de niños nacidos de los gametos de un donante en concreto será limitado por la legislación». (Ibid., Antología de documentos, p. 178).

los casos se pretende que el donante que participó en una determinada fecundación sea identificado, por ejemplo, por razones médicas o sanitarias (si es que el niño hereda alguna enfermedad) y también para que, eventualmente, ejerza el derecho de saber a quién pertenecen los genes que le dieron origen⁽²²⁾.

Estimamos, con mayor razón nosotros que proponemos la responsabilidad del donante, que estas mezclas no se deben producir.

7. La disposición de gametos debe ser gratuita

Existe unanimidad en la literatura disponible en el sentido que la disposición de gametos debe ser a título gratuito⁽²³⁾. También nuestra legislación establece la gratuidad de la disposición de partes del cuerpo. Es una norma adecuada que no requiere mayor fundamentación que la ya abundante en la doctrina y que está centrada en la inconveniencia de poner valor a elementos tan ín-

22 Las Recomendaciones de la Comisión Palacios de España dicen: «29. Nunca deberá mezclarse semen de diferentes donantes para inseminar a una mujer.

30. Nunca deberán utilizarse óvulos de distintas donantes para realizar una FIV o técnicas similares». (VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. Op. cit., Antología de documentos, p. 162).

23 Por ejemplo las Recomendaciones de la Comisión Palacios de España: «36. Se debería autorizar la donación de gametos y embriones humanos. (...)

38. La donación de gametos y embriones humanos nunca tendrá carácter lucrativo y comercial, si bien deberán compensarse a los donantes los gastos que pudieran originarse por aquéllas, tales como la pérdida de ingresos ocupacionales o los gastos de desplazamiento». (VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. Op. cit., Antología de documentos, p. 163). También las Recomendaciones del Consejo de Europa de 1984: «Artículo 12.- (...) 3. La donación de gametos para la procreación artificial debe ser incondicional (y no puede ser revocada)». (Ibid., Antología de documentos, p. 179).

timos de la persona, así como en el peligro de lucrar a costa de la salud propia por el uso excesivo de partes del cuerpo para recibir dinero.

En el caso particular de la reproducción asistida, la doctrina, además, señala que repugna a la humanidad negociar con la procreación de la especie.

El efecto de obligar jurídicamente a la gratuidad, es limitado sobre todo si las partes hacen un trato clandestino o simulado. Sin embargo, siempre tiene un efecto jurídico: el contrato oneroso no puede ser demandado ante tribunales y en nuestro criterio, sólo eso ya justifica la decisión.

8. La disposición del material genético o del embrión conservado cuando quien donó ha muerto

El problema es distinto cuando se presenta en relación a los gametos y cuando se presenta en relación a un embrión por la diferente naturaleza de ambos.

En el caso de los gametos, si bien otros opinan que la disposición puede pasar a los herederos, nuestra opinión ya señalada antes es que deben ser destruidos pues en caso de ser utilizados *post mortem* se estaría fecundando con el material genético de quien luego no podrá ya asumir ninguna responsabilidad de las que le compete.

El principio de que no cabe entender que los herederos reciban en herencia el material genético conservado de un muerto tiene ratificación en la doctrina. Por ejemplo, Herrera dice:

Lledo, Yagüe, Zarraluqui, Lacruz Berdejo y

Pantaleón, que entienden que la doctrina dominante está en contra de la inseminación artificial de una mujer con el semen de su marido ya fallecido, que ésta es ilícita, aun cuando conste el consentimiento del difunto a que su esperma fuera utilizado con tal fin a su muerte; y está de acuerdo con esta postura, por dos argumentos fundamentales: «La decisión de que el semen sea utilizado con fines reproductores, por su carácter indudablemente personalísimo, no puede tomarse para el futuro de forma irrevocable: ha de ser necesariamente una decisión actual» en el momento en que la inseminación tenga lugar. No cabe, en consecuencia, reconocer eficacia alguna a la declaración de voluntad por la que un sujeto autoriza el empleo de su esperma tras su muerte con fines de procreación, puesto que en el momento del fallecimiento cesa la posibilidad de revocación y, por ende, no puede predicarse en lo sucesivo la «actualidad» de su consentimiento al respecto; consentimiento que, parece obvio, no puede ser sustituido por el de sus herederos o parientes próximos⁽²⁴⁾.

En relación a los embriones, tratamos el tema más extensamente en páginas sucesivas, pero consideramos que en ese caso se trata de una vida humana ya existente y, por lo tanto, sobre cuya disposición no cabe hacer negocio alguno. Simplemente deberá ser implantado y

24 HERRERA CAMPOS, Ramón. *La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación legal española*. Granada, Universidad de Granada, 1991, parte I, cap. I, pp. 43-45.

tendrá que nacer lo más rápido posible para evitarle daño⁽²⁵⁾. No es esta opinión unánime⁽²⁶⁾.

25 Por estas razones no estamos de acuerdo con las Recomendaciones de la Comisión Palacios de España en la parte que dicen: «102. Cuando se hayan donado embriones de una pareja previamente fallecida, la pareja receptora serán los padres legales, y sus hijos serán sus herederos (y no de los donantes), siempre que la pareja receptora haya dado su consentimiento expreso y escrito» (VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. Op. cit., Antología de documentos, p. 169). Y la sería problemática involucrada en la conservación de embriones apareció en Australia, resumido muy bien por Gafo: «El caso más espectacular lo protagonizaron recientemente en Australia dos embriones congelados que habían quedado huérfanos como consecuencia de la muerte en accidente aéreo de sus potenciales progenitores millonarios. Tras sucesivas recomendaciones, se procedió a su destrucción por decisión del Ministerio de Justicia australiano. Recogido en Diario A B C, 18 de junio de 1984, p. 65)». (GAFO, Javier. Op. cit., parte III, cap. II, p. 133, nota 64). Son problemas perfectamente replicables y que no deberían ocurrir.

26 Beatriz Boza refiere: «Se ha llegado a decir que el embrión constituye una nueva forma de propiedad, un bien de consumo que puede ser producido a satisfacción del comitente y vendido en el mercado donde los futuros padres son los consumidores de servicios altamente especializados. El profesor Kass habla de la despersonalización de la procreación». (BOZA, Beatriz. Op. cit., p. 89).

EL EMBRION Y EL INICIO DE LA VIDA HUMANA

HEMOS DICHO que para el Derecho tradicional el problema del origen de la vida se reducía a la fecundación del óvulo por el espermatozoide y a una presunción tan amplia como que esto ocurría en cualquier momento dentro de los ciento veintidós primeros días de los trescientos anteriores al parto pues, en el contexto de la concepción mediante relación sexual, no era necesario (ni posible) entrar en mayor detalle sobre este punto. La tecnología de fecundación asistida, y otros adelantos técnicos particularmente relacionados con los instrumentos de observación, han permitido hacer mayores discriminaciones en el conocimiento del inicio de la vida y, por consiguiente, cabe preguntarse si debemos modificar nuestra concepción jurídica sobre dicho comienzo.

Y es que en este asunto tiene que ver el tema de cuándo se inicia la vida humana, es decir, desde cuando la fecundación⁽¹⁾ de dos gametos humanos produce un

1 Para esta voz tomamos el significado del Diccionario de la Lengua

ser humano propiamente dicho. En esto no existe prácticamente consenso alguno en la actualidad. Dice Gafo:

En cuanto a la segunda cuestión —cuándo la vida humana que ha empezado es ya un ser humano—, el abanico de opiniones es amplio y variopinto: desde los que consideran que desde el mismo momento de la fecundación hasta los que se basan en criterios relacionales tales como «ser aceptados por sus padres», «ser reconocidos por la sociedad», «ser procreados intencionadamente», «estar destinado a vivir» (este criterio utilizado por algunos autores hace referencia a experimentos embriológicos como los que aquí nos ocupan: fecundación *in vitro*, congelación de embriones, etc), o, para otros, «que la cosa en crecimiento diga que es un ser humano», etc. Obviamente, en el contexto biológico en el que nos mo-

Española: «*Fecundación*.- Acción y efecto de fecundar». Y sobre fecundar: «*Fecundar*.- (...) 3. Unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser». De manera que para el idioma fecundación equivale a una unión celular para dar vida al cigoto, mezcla de elementos masculinos y femeninos. Esta aclaración es importante porque Soto dice: «(...) el término concepción no es sinónimo de fecundación, como después veremos, sino que implica el arraigo del cigoto en el útero materno, es decir que el óvulo fecundado ha sido retenido por el organismo de la madre, produciéndose el fenómeno del embarazo». (SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. cit., parte I, cap. V, p. 100). A su turno, el término concepción tiene el siguiente significado en el Diccionario de la Lengua Española: «*Concepción*.- Acción y efecto de concebir». Sobre concebir dice: «*Concebir*.- Quedar preñada la hembra». Sobre preñar: «*Preñar*.- Empreñar, fecundar o hacer concebir a la hembra». De esta manera, la distinción que hace Soto entre concebir y fecundar no es propia de la lengua y ambos términos son sinónimos. Rescatamos, sin embargo, que Soto trata de diferenciar dos situaciones distintas y en eso sí tiene razón: el cigoto no arraigado y el cigoto arraigado. Sin embargo, en cualquiera de los dos casos ha habido ya fecundación o concepción.

vemos tales criterios no pueden ser tomados en consideración⁽²⁾.

Para clarificar este problema tenemos que trabajar sobre un verdadero enjambre de conceptos que, como en el caso de la concepción y fecundación desarrollado en nota anterior, tienen que definirse con la mayor claridad posible.

Consideramos que lo esencial de la discusión está planteado en este largo texto que transcribimos:

Aun cuando la mayor parte de los autores aceptan que la fecundación constituye un momento inicial para la vida humana, no todos aceptan que ese sea el comienzo de una vida humana individual.

Para C.R. Austin la «individualidad, enfáticamente no es una característica del embrión» y la razón que da es que: «el potencial para el pleno desarrollo existe en cada uno de los blastómeros del embrión de 2, 4 y 8 células». Además, «la ocurrencia de embarazos gemelares espontáneos en humanos, con la producción de gemelos, trillizos, cuatrillizos, quintillizos y aun sextillizos, se produce por subdivisión del disco embrionario en el día 14 a 18 del embrión». Por otra parte, además de las mencionadas separaciones y subdivisiones, «la fusión entre dos o más embriones en división, o entre las masas ce-

2 GAFO, Javier (editor). *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y Derecho*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1986, parte I, cap. IV, pp. 40-41.

lulares internas de dos o más blastocistos, puede ser inducida fácilmente». El producto es llamado «quimera», la que es capaz de un desarrollo completo.

¿Qué prueban los argumentos de Austin?

En primer lugar nos parece que tanto Austin como los que argumentan como él, confunden la individualidad de un ser con su indivisibilidad, dos propiedades que en cierta medida se relacionan, pero que se distinguen netamente entre sí.

La individualidad dice de un ente indivisión actual, mientras que la divisibilidad significa la capacidad de un ente de ser efectivamente dividido en nuevos entes unitarios específicamente semejantes. La noción de individualidad, por lo tanto, sólo significa que un ser no se encuentra actualmente dividido, pudiendo eventualmente o no ser dividido, dando origen a nuevos seres específicamente semejantes.

El primer grupo de argumentos de Austin, lo único que muestran es que el individuo humano, en sus primeros momentos de la vida, pasa por una etapa en la cual, estando suficientemente individuado, no es específicamente indivisible. De hecho, algunos seres vivos conservan parcial o totalmente esta capacidad por largos espacios de tiempo, o aun por toda su vida, como es el caso de algunos gusanos, anfibios, vegetales y, en general, todos los unicelulares.

Con el segundo ejemplo —de la fusión de embrio-

nes— no nos dice explícitamente Austin lo que pretende probar, pero suponemos que se trata de aportar otra prueba de la supuesta no-individualidad del embrión. La tesis subyacente al argumento es que, si existiese individualidad previa, no se podrían fusionar.

Como veíamos anteriormente, la «no-fusionabilidad» constituye una propiedad distinta de la individualidad o indivisión actual, por lo que este argumento no aporta nada nuevo. Sin embargo, hay que reconocer que su fuerza parece ser mayor que la del primero. Esta fuerza deriva del hecho de que en este argumento se conjugan dos ideas. En efecto, la fusión de embriones nos plantea con mucha evidencia otro problema, distinto pero relacionado, que es el problema del tipo de individualidad que realizan los seres vivos.

El problema que tiene Austin parece ser el siguiente: si realmente existiese individualidad en las primeras etapas del embrión, entonces la fusión sería imposible; como la fusión es posible, entonces no hay individualidad.

Sin embargo, nada obsta para que, existiendo individualidad previa de ambos embriones, una de las individualidades persista y la otra se pierda. La muerte de los individuos no es novedad en el universo físico. La novedad estaría solamente, en este caso, en que el proceso que conduce a ella, sería excepcional o atípico. Sin embargo, hay algo que a Austin le impide aceptar —o le impide plantearse— esta alternativa, y

creemos que es lo siguiente: la dificultad para reconocer que la individualidad radical del ser vivo no es una individualidad genético-molecular, sino una individualidad ontológica o existencial (...)

Reconozcamos, en primer lugar, que la unidad y la indivisión son, desde el punto de vista nocional, muy vecinas. Tan vecinas que en términos de su fundamento existencial se identifican. Un ser uno y un ser indiviso, son lo mismo. Se trata de la misma realidad, sólo que la mente la conceptualiza desde una perspectiva levemente distinta. Es solamente la manera como la inteligencia se acerca a la comprensión del ser, lo que hace surgir en la mente nociones que no son exactamente equivalentes (...)

Ahora bien, los embriones componentes de la quimera, ¿eran previamente a la fusión, verdaderas unidades funcionales? A ningún biólogo del desarrollo puede caberle duda acerca de esto, desde un punto de vista estrictamente empírico. El embrión, ya desde su etapa unicelular, es una unidad funcional.

Pues bien, si el embrión precoz es una unidad genético-molecular, y una unidad funcional, realiza ya dos tipos de individualidad. ¿Cuál sería, entonces, la individualidad que a Austin le falta? Porque él insiste en que en esa etapa todavía no podemos hablar de individuo.

Existe un tercer tipo de unidad en el universo físico, además de la unidad material y de la uni-

dad funcional, que es la unidad ontológica, específica o existencial (nuevamente se trata aquí de conceptos levemente distintos cuyo fundamento real es el mismo). Este tipo de unidad es el más básico de todos los modos posibles de la existencia unitaria, y se encuentra presupuesto a toda otra unidad. Unidad que, como veremos, no supone en absoluto la simplicidad o indivisibilidad»⁽³⁾.

Los conceptos que aparecen como importantes de esta discusión son los siguientes: división, indivisión, individuo, no fusionabilidad, fusión, unidad. Todos y cada uno son útiles para determinar desde cuando podemos hablar de la existencia de un ser humano.

Los problemas de hecho son los siguientes:

- Desde que el espermatozoide fecunda el óvulo, el cigoto pasa por una serie de etapas de reproducción celular interna en el que se va subdividiendo en 2, 4, 8, 16, 32, 64 células y así sucesivamente.
- El día catorce de este desarrollo, el cigoto debe anidar en el útero. Si no sucede esto no podrá continuar su ciclo vital y se extinguirá. Cabe, sí, congelar el embrión en el intermedio para que no prosiga la evolución y pueda ser implantado en momento posterior para, así, seguir posteriormente su evolución.
- En torno al día catorce el cigoto puede subdividirse en dos o más embriones que darán a su vez lugar a

3 LAVADOS M., Manuel y SERANI M., Alejandro. *Ética clínica*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 1993, parte VI, cap. I, pp. 220-222.

sendos seres humanos. Por eso se sostiene que el embrión hasta estos días es divisible.

- También en este estadio de desarrollo el cigoto puede fusionarse con otro de manera que dos embriones den lugar a la existencia de una sola persona. Al individuo resultante de esta fusión se le llama *quimera*. De aquí se sostiene que el embrión antes del día catorce no es no fusionable.
- Luego del día catorce, es decir, producido el arraigo en el útero materno, la vida del embrión camina hacia el nacimiento de un nuevo ser humano.

Planteados así los hechos, aparece la siguiente pregunta que antes de la reproducción asistida y sus medios de observación no se podía hacer porque no teníamos posibilidad de constatar estos fenómenos: si el embrión en esta época puede fusionarse o dividirse y dar lugar respectivamente a un sólo individuo a partir de dos embriones, o a más de un individuo a partir de un embrión: ¿cuál es la naturaleza del embrión en ese estadio?

Tenemos que preguntarnos, primero, si hay allí o no un individuo claro y distinto. También tenemos que preguntarnos si hay allí vida humana o si no la hay porque podría ocurrir que no habiendo necesariamente un individuo (o tal vez, pareciendo que no lo hay), hubiera vida humana.

Lavados, en la cita extensa que hemos hecho anteriormente, dice que a pesar de los fenómenos de fusión⁽⁴⁾

4 Entendemos aquí por fusión el que dos embriones puedan juntarse

y división⁽⁵⁾ que existen con el cigoto humano antes del día catorce, se puede sostener que hay un individuo⁽⁶⁾ en

para que de ellos nazca una sola persona humana. Es el ámbito de las quimeras y los mosaicos. Gafo describe el fenómeno con claridad: «En relación con la propiedad de la unidad —condición de ser solamente uno— hay que hacer referencia a la existencia comprobada de quimeras humanas; es decir, personas que realmente están constituidas por la fusión de dos cigotos o embriones distintos. No obstante, desde el punto de vista genético, es importante distinguir los conceptos de mosaico y de quimera que algunas veces se utilizan inadecuadamente como sinónimos. Por mosaico se entiende la existencia de más de una estirpe celular en un mismo individuo originadas después de la fecundación por algún fenómeno genético anormal (mutaciones génicas o cromosómicas, etc.), mientras que por quimera se entiende la aparición de líneas celulares distintas originadas a partir de diferentes fuentes de fecundación. En este caso se puede distinguir entre quimeras cigóticas —producidas por la fecundación simultánea del óvulo por un espermatozoide y de un cuerpo polar derivado del mismo ovocito primario por otro espermatozoide, originando un solo individuo— y quimeras postcigóticas producidas por fusión de dos embriones distintos.

En el primer caso se trataría de la formación de un solo individuo a partir de dos cigotos distintos, mientras que en el segundo caso la fusión sería de dos embriones diferentes a partir de los cuales sólo se originaría un individuo; en cualquier caso, la propiedad de unidad no estaba establecida ni en los cigotos ni en los embriones fusionados. Parece ser que la fusión natural de embriones independientes en mamíferos, incluyendo la especie humana, es difícil, aunque no imposible. Lo que sí parece claro es que tal fusión tiene que producirse obligatoriamente antes de terminar la anidación.

En la especie humana se han descrito ya muchos casos de quimerismo. Normalmente, la existencia de una quimera humana se descubre al constatar la existencia de células con dotaciones cromosómicas sexuales diferentes XX/XY; es decir, el individuo tiene células femeninas y masculinas. Esto hace suponer que puede haber muchos casos de quimeras que pasan inadvertidos por ser los individuos XX/XX o XY/XY. Lógicamente, una vez descubierta la existencia de las dos líneas cromosómicas celulares se realizan estudios inmunológicos complementarios de grupos sanguíneos». (GAFO, Javier. *Op. cit.*, parte I, cap. IV, p. 43).

5 Nos referimos por división a aquellos fenómenos en los que un cigoto humano se parte en dos o más embriones generando hermanos gemelos.

6 Según el Diccionario de la Lengua Española, el concepto de individuo

cada embrión. Por las definiciones correspondientes, creemos que no puede decirse a ciencia cierta si hay o no un individuo en su sentido de completo e indivisible. En realidad, lo que la ciencia ha hecho es ver fenómenos que antes estaban fuera de su vista, pero no ha logrado *entender* qué sucede y por qué sucede. En otras palabras:

- Ningún científico puede explicar por qué ciertos embriones humanos se dividen para dar gemelos. Sabe que sucede, pero no puede explicarlo.
- Ningún científico puede explicar qué pasa en la fusión. Lo cierto es que existiendo rasgos genéticos de un individuo, pueden rastrearse en sus células rastros de otro que ya no existe más. Es interesante que Lavados pueda sostener que en realidad se trata de la muerte de uno de los dos embriones y que es un fenómeno equivalente al de la muerte de una persona, sólo que no se encuentra el cadáver porque todo ocurre en dimensiones celulares.

Al no comprenderse lo que se ve, mal se puede decir si todos y cada uno de los embriones humanos en esta época son individuos o si sólo la mayoría lo son o, siquiera, si todos pueden dar a la vida más de una persona en caso de ser divididos. Como nadie puede responder estas inquietudes con conocimiento de causa en el estado actual del saber, estrictamente hablando nos queda la im-

es el siguiente: «*Individuo*.- Que no puede ser dividido». Por consiguiente, si el cigoto humano puede ser dividido, mientras esta virtualidad exista no puede llamarse individuo. El individuo tendrá entonces unidad. El significado del Diccionario de la Lengua Española a: «*Unidad*.- Propiedad de todo ser, en virtud de la cual no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere».

posibilidad de responder contundentemente a la pregunta si todos o algunos de los embriones en esta época son individuos.

Sin embargo, esta imposibilidad de respuesta no inhibe la otra pregunta pendiente: ¿este embrión, en este estadio de su desarrollo, es vida humana? Probablemente, en el grado que la ciencia conoce actualmente estos fenómenos, no sea lo mismo hablar de vida humana que de individuo. Es posible que podamos decir que hay vida humana en una célula de la que puedan aparecer dos seres humanos o, a la inversa, que hay vida humana en dos células de las que aparecerá un solo individuo.

Los datos que nos da la observación contemporánea del período inicial del desarrollo celular del resultado de la unión del óvulo y el espermatozoide son los siguientes:

Desde el punto de vista genético, el desarrollo puede definirse como «un proceso regulado de crecimiento y diferenciación resultante de la interacción núcleo-citoplásmica, del ambiente celular interno y del medio externo, de tal manera que en su conjunto el desarrollo constituye una secuencia programada de cambios fenotípicos (de apariencia externa), controlados espacial y temporalmente, que constituyen el ciclo vital del organismo». Es decir, al producirse la fecundación de los gametos se origina un cigoto, que reúne, ya desde el mismo instante de su formación, toda la información genética necesaria para programar la formación del nuevo ser, de manera que, de no mediar alteraciones de cual-

quier tipo que interfieran con el proceso, a partir del momento que empiece a funcionar el primer gen en dicha célula inicial, única, la programación genética conducirá inexorablemente a la formación del individuo adulto⁽⁷⁾.

De esta primera cita puede apreciarse que desde la fecundación, el cigoto cuenta con toda la información que necesita para desarrollar a un ser humano pleno. El propio Gafo indica que pueden mediar alteraciones que interfieran con el proceso de desarrollo, pero es claro que el trayecto completo es en principio continuo. Las etapas que el autor considera son las siguientes:

En el análisis de la biología de la reproducción humana es conveniente diferenciar tres etapas que representan situaciones genéticamente (y embriológicamente) muy distintas:

- 1) gametos-fecundación-cigoto,
- 2) cigoto-mórula-blastocisto-anidación y
- 3) anidación-feto⁽⁸⁾.

Sobre la primera etapa dice lo siguiente:

En relación con la primera etapa ya hemos dicho antes que supone un cambio drástico, por cuanto se pasa de la existencia de dos realidades diferentes (los dos gametos) a una nueva realidad única (el cigoto) (...) Incluso en esta primera etapa, que es aparentemente la más clara en la pro-

7 GAFO, Javier. Op. cit., parte I, cap. IV; pp. 39-40.

8 Ibid., Parte I, cap. IV, p. 41.

blemática que nos ocupa, hay que señalar que el propio proceso de fecundación es largo y complejo desde que entra la cabeza del espermatozoide en el citoplasma del óvulo hasta la fusión de los dos pronúcleos. ¿En qué momento exacto podríamos hablar ya de cigoto?⁽⁹⁾

La segunda etapa tiene las siguientes características:

La segunda etapa (cigoto-mórula-blastocisto-anidación) es, desde el punto de vista genético, la más crucial en relación con la problemática de la reproducción humana, tanto en el aspecto del aborto como en el de las nuevas técnicas reproductivas que implican la manipulación de embriones, ya que cuestiona la individualización del nuevo ser.

En esta etapa, tras la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, el huevo fecundado inicia su camino hacia el útero, a la vez que se va dividiendo, alcanzándolo a los tres o cuatro días y en un estado de 16 ó 32 células (blastómeros), permaneciendo todavía libre dentro del útero por espacio de otros tres o cuatro días. Es decir, a la semana de haber ocurrido la fecundación es cuando el embrión, ya en estadio de blastocisto, comienza a fijarse en las paredes del útero, tardando otra semana aproximadamente en concluir su fijación (anidación). Por consiguiente, puede aceptarse como regla general que la anidación concluye unas dos semanas

9 Loc. cit.

(catorce días) después de ocurrida la fecundación. La importancia de la anidación en el proceso embriológico es tan grande que, por ejemplo, la Sociedad Alemana de Ginecología considera que el embarazo empieza con el final de la anidación, no con la fecundación⁽¹⁰⁾.

La descripción del proceso hasta este punto, obliga al autor a plantear los problemas de la unicidad y unidad en el desarrollo humano. Dice lo siguiente:

La individualización de un nuevo ser requiere que se den dos propiedades: la unicidad –calidad de ser único– y la unidad –realidad positiva que se distingue de toda otra; es decir, ser uno sólo–. Pues bien, existe una amplia evidencia experimental que demuestra que estas dos propiedades fundamentales no están definitivamente establecidas en el nuevo ser en desarrollo antes de que termine la anidación⁽¹¹⁾.

Y procede a explicarlo de la siguiente manera:

En relación con la unicidad hay que hacer referencia a los gemelos monocigóticos. Aproximadamente uno de cada 89 nacimientos son gemelos, entre los que un 20-30 por 100 son monocigóticos, lo cual da una frecuencia global aproximada de gemelos monocigóticos de un 2 por 1.000. Los gemelos monocigóticos –que es el único caso posible de identidad genética entre los individuos humanos– se forman por la división de un

10 Ibid., parte I, cap. IV, pp. 41-42.

11 Ibid., parte I, cap. IV, p. 42.

embrión, clasificándose en función de las relaciones entre los fetos y sus membranas: los que se originan por una separación más precoz tienen sus propios amnios y corion, mientras que los que se separan más tardíamente pueden compartir una o ambas membranas. Por consiguiente, se puede establecer una relación entre el tipo de membranas de ambos fetos (monocoriónicos, monoamnióticos o ambas situaciones a la vez) y el tiempo durante el desarrollo en el que ocurrió la separación. Por ejemplo, la formación de los gemelos a partir de la separación de los blastómeros tempranos daría lugar a gemelos dicoriónicos; en cambio, si el embrión se divide al principio de la segunda semana después de la fecundación se formarán casi con toda probabilidad fetos monocoriónicos y diamnióticos. Se estima que dos de cada tres gemelos monocigóticos se originan de esta forma. Cuando el embrión se divide mediada la segunda semana, los gemelos serán monocoriónicos y monoamnióticos; esto ocurre con muy baja frecuencia. En cualquier caso, la conclusión es evidente: la unicidad del nuevo ser no está fijada durante las etapas de desarrollo embrionario anteriores a la terminación de la anidación⁽¹²⁾.

A esto hay que añadir la descripción de las quimeras y de los mosaicos ya transcrita en una cita anterior y que muestra que dos células pueden reunirse para formar un sólo individuo nacido.

12 Loc. cit.

Los testimonios que hemos transcrito extensamente por provenir de las ciencias médicas, indican varias cosas que son relevantes para el Derecho:

- Existe una continuidad indiscutible en el proceso de constitución de la vida humana desde que dos células, el espermatozoide y el óvulo, se unen y forman una nueva célula que es el cigoto. Hay que anotar dos cosas en este aspecto: primero, que no se puede decir exactamente cuando se ha formado el cigoto. Gafo señala al final de una de las citas anteriores que cabe hacerse esa pregunta porque el ingreso del espermatozoide dentro del óvulo no es sino el inicio de un complejo proceso químico que conduce finalmente a la fusión de los dos núcleos celulares y al desarrollo del proceso de reproducción celular que constituirá al nuevo ser humano. Lo segundo que hay que destacar es que espermatozoide y óvulo, cuando se encuentran, son dos células a punto de perecer y, por su unión, se da inicio a un proceso de creación del nuevo ser humano.

Todos estos hechos dan pie a decir que con la unión del espermatozoide y el óvulo se inicia un complicado y largo proceso de nueva vida humana. En el cigoto existen todos los elementos que permitirán que este nuevo ser humano nazca, de no mediar imponderables, desde luego.

- El cigoto normalmente conduce al nacimiento de un ser humano pero, en sus primeras etapas de evolución, puede ser que se divida o se fusione. Esto, como ya hemos visto, impide poder asegurar que hay un individuo en cada cigoto, aunque no conocemos exacta-

mente los aspectos intrínsecos del hecho que los cigotos se subdividan o formen quimeras.

- A partir de la anidación, la unidad, y por lo tanto el individuo, parecen estar fijados definitivamente en el proceso.

Esto nos lleva a la conclusión de que si bien no podemos decir que en todos, o siquiera en algún caso haya individuo en el cigoto, sí podemos decir que existe vida humana. Lo que debe hacer el Derecho, por tanto, es enfrentarse a la pregunta de ¿cómo debe regular esta nueva situación de vida que aparece con la unión del óvulo y el espermatozoide?, ¿debe o no dar una protección especial a esta nueva vida humana?, ¿la protección de esa vida humana debe ser igual a la de las vidas humanas de quienes ya nacieron?

Tal vez sea necesario, para responder estas cuestiones, preguntarse primero qué es la vida. Sobre ello dice Lavados:

(...) «la vida» es una expresión abstracta, que como tal no tiene existencia en la realidad. Lo que primera y efectivamente existe en la realidad física son los seres vivos y sus partes. Los entes individuales y concretos que se nutren, crecen y se reproducen. Los seres vivos individuales tienen una existencia propia, autónoma, consistente y temporalmente finita, es decir, nacen y mueren, se generan y se corrompen. Ciertamente, el «fenómeno vital» es un continuo, pero la continuidad de este «fenómeno» no es, en la realidad, sino la expresión de la generación de

los seres vivos. Los unos a partir de los otros, en una sucesión que no admite discontinuidad.

En este sentido, ni el óvulo ni el espermatozoide son seres vivos. Son partes de un ser vivo, con cierta vitalidad —como toda parte—, e incluso con una cierta autonomía⁽¹³⁾.

Esta concepción de la vida, con la que estamos de acuerdo, muestra la importancia de la continuidad del proceso vital. Si ello es así, resulta importante darse cuenta que hay puntos iniciales y puntos finales de la vida de los seres. ¿Cuál es el punto inicial de la vida de un ser humano? Parece evidente que es aquel en el que dos células viejas y a punto de perecer, se unen para formar una nueva célula que inicia un proceso vital de largo plazo. Esta reflexión conduce legítimamente a sostener que es la fecundación el inicio de la vida humana.

A esta misma conclusión llega Lavados:

En conclusión, desde el punto de vista de la biofilosofía no existe ninguna razón para poner en duda el hecho de que la vida humana comienza de modo natural y usual, pocos instantes después de la unión física del óvulo con el espermio, siempre y cuando no existan obstáculos al proceso natural. Esto es lo que se quiere decir de modo simple cuando se afirma que la vida humana comienza en el momento de la concepción⁽¹⁴⁾.

13 LAVADOS M., Manuel y SERANI M., Alejandro. Op. cit., parte VI, cap. I, p. 220.

14 Ibid., parte VI, cap. I, p. 224.

En consecuencia, luego de revisar los nuevos conocimientos de la genética humana, y hasta el punto en que ellos han llegado en la actualidad, podemos sostener que es válido decir que la vida humana comienza con la concepción que es, precisamente, lo que el Derecho tradicional decía y que se recoge en el artículo 1 del Código Civil peruano: «(...) la vida humana comienza con la concepción(...)».

En este punto, resulta pertinente revisar lo que Herrera plantea en la cita que presentamos a continuación:

Por el contrario, el Informe Warnock mantiene que el embrión no puede ser considerado como persona ni aún potencialmente, mientras que no se implante en el útero, porque no tiene potencia para desarrollarse; por otra parte, hay quien mantiene que al embrión no se le puede considerar como titular de derechos y como persona, sino más bien se le puede considerar como una expectativa de vida humana y que tendría aquellos derechos que la Ley le pueda atribuir, y que esos derechos están pendientes de la condición de que nazca, y esos derechos tendrán efectos desde la concepción. Díez-Picazo y Gullón Ballesteros entienden que el concebido no es persona, ni tampoco posee una personalidad especial o limitada. No hay siquiera una genuina igualdad entre el concebido y el nacido; la equiparación es parcial (para los efectos que le sean favorables) y, además, sometida a una *conditio iuris* (que nazca con los requisitos del art. 30); tampoco se le atribuyen derechos ni siquiera de forma

condicional. Si el concebido nace con las condiciones del art. 30, se ha de entender que la personalidad la tiene no desde el nacimiento, sino desde la concepción, para todos los efectos favorables. Díez-Picazo entiende que la personalidad tiene que estar ligada a la existencia de vida humana, y que si consideramos al concebido como tal, no hay nada que impida la atribución de personalidad al concebido⁽¹⁵⁾.

La cita, tanto en su construcción interna como en la variedad de conceptos que maneja, muestra la confusión en la que se puede caer trabajando el tema desde el Derecho. Por ello, creemos pertinente aclarar conceptos y circunstancias.

En primer lugar, podemos decir que al haber vida en el cigoto, ésta debe ser protegida como un elemental reconocimiento a la naturaleza de las cosas: no estamos probablemente protegiendo a un individuo (o al menos no lo sabemos), pero sí una vida humana que normalmente hará que nazca un ser humano (y de repente, más de uno). Desde luego, en esta opinión influye el principio de que una vida humana debe ser siempre protegida y no cortada por mano humana. También aquí subyace el principio de que, en la medida que nacerá una y tal vez más de una persona, ya desde el cigoto estamos hablando no de objetos sino de sujetos. Por lo tanto, toda manipulación que trate al cigoto como objeto, no

15 HERRERA CAMPOS, Ramón. *La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación legal española*. Granada, Universidad de Granada, 1991, parte I, cap. I, parte I, cap. III, pp. 85-86.

parece acorde con los principios generales que informan a esta parte tan delicada del Derecho.

La cita de Herrera menciona que «el Informe Warnock mantiene que el embrión no puede ser considerado como persona ni aun potencialmente, mientras que no se implante en el útero, porque no tiene potencia para desarrollarse». Aquí cabe hacer la siguiente acotación que también tiene que ver con la naturaleza de las cosas: si bien el embrión adquiere continuidad al anidarse, también es cierto que desde la fecundación camina hacia el anidamiento. El hecho que anide o no, es equivalente a que el feto nazca vivo o no, o que el niño llegue a grande antes de morir o muera intempestivamente. Siempre puede suceder que el embrión no anide y muera, pero está en su naturaleza, y en el carácter continuo del proceso de desarrollo de la vida, que transite hacia su anidamiento. Por consiguiente, consideramos equivocado sostener que el embrión antes del día catorce puede ser destruido sin afectar la vida humana «porque no anidó aún». En esta parte creemos que lo sostenido por el Informe Warnock carece de sustento fáctico y de principio jurídico.

Sí es cierto que podemos establecer ciertas diferencias entre la vida humana que es el cigoto y la vida humana que existe en etapas más avanzadas del desarrollo del proceso de vida mismo, por ejemplo, cuando ya existe el feto o, aun, cuando ya se ha producido el nacimiento. Precisamente esto hace el Derecho al considerar que la vida humana se transforma para él en persona con el nacimiento. Lo dice de manera imperfecta el artí-

culo 1 del Código Civil: «La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento»⁽¹⁶⁾.

El Derecho ha hecho efectivamente diferencias entre «quien está en el útero de su madre» y quien ya nació. El trato distinto se refleja con claridad en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución del Estado en la parte que dice: «El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece» y en el mismo artículo 1 del Código Civil peruano que venimos comentando (y que, desde luego, ha recogido el contenido de la tradición romanista): «El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo».

Hay que notar que las diferencias en el trato entre el concebido y quien nació, son dos:

- La primera, que *quien* está en el *útero* es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, versión protectora frente al carácter de sujeto de derecho de la persona nacida, que también puede ser desfavorecida en su carácter de sujeto.
- La segunda, que quien está en el *útero* no tiene derechos patrimoniales a menos que nazca vivo. Este es un recorte frente a los derechos de la persona nacida, pero no afecta en lo más mínimo su protección jurídi-

16 Decimos que la redacción de esta norma es imperfecta porque debiera decir «El sujeto de derecho es persona desde el nacimiento». Este es el sentido del texto y, por lo demás, el único que puede obtenerse del contexto del mismo artículo 1. Una fundamentación más extensa del tema puede verse en nuestro trabajo: *El Ser Humano como persona natural*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, pp. 17 y siguientes.

ca como *vida humana* y por lo tanto, no existe agravo sustantivo a la *naturaleza de las cosas*.

El Derecho de base romanista, desde Roma misma, tiene una tradición por la que se sostiene la protección de *quien está* en el útero. No es correcto, por lo tanto, sostener que la protección jurídica de la vida humana concebida (aunque modernamente ello pueda suceder fuera del útero materno) pero no nacida, pueda depender íntegramente de la voluntad del legislador, en el sentido de darla o no darla. Tampoco es correcto decir que la protección de la vida humana en el útero de la madre pueda ser recortada de acuerdo a la misma tradición. Lo que se ha recortado ha sido los derechos patrimoniales, no la vida misma y, por tanto, el carácter de sujeto de derecho del concebido, de acuerdo a sus propias circunstancias de vida.

Por ello, discrepamos de Beatriz Boza cuando, en un trabajo que hemos citado insistentemente por su calidad, dice lo siguiente:

Nuestro legislador no ha querido equiparar el embrión con un niño ni con un adulto casado. Tampoco el feto viable tiene rango de persona —a menos que nazca vivo—. El embrión sólo es una vida en potencia que el Estado protege en la medida que estime conveniente. La personería, y con ella la imputación de derechos y obligaciones, responde a un criterio netamente formal. Aquél a quien se le pone la «máscara» es persona a la luz del Derecho. El legislador no desconoce la naturaleza especial del óvulo fertilizado, ni de los gametos por separado; sólo establece

un orden de prelación, una escala de graduación que comienza con los gametos y termina con el que ha nacido. No es que uno sea más humano que el otro ni cosa por el estilo. Ambos son humanos, ambos «viven». Lo que ocurre es que uno ha ingresado a la comunidad jurídica con absoluto e irrestricto goce de derechos y obligaciones, mientras que el otro está «en vías de».⁽¹⁷⁾

Consideramos que lo correcto es decir que tanto el que está concebido pero no nacido, como la persona nacida, han ingresado plena y totalmente dentro de la protección jurídica. Pero la protección de ambos es distinta: mientras el no nacido tiene todos los derechos que le favorecen menos los patrimoniales (que obtendrá a condición de que nazca vivo), quien ya nació tiene plena capacidad de goce. Esto, sin embargo, es en nuestro criterio muy distinto a decir: «El embrión sólo es una vida en potencia que el Estado protege en la medida que estime conveniente», o «que uno ha ingresado a la comunidad jurídica con absoluto e irrestricto goce de derechos y obligaciones, mientras que el otro está ‘en vías de’».

En definitiva, opinamos que los avances de la ciencia actual no conducen a resultado distinto del que ha tenido el Derecho tradicional para efectos de calificar la vida humana y que debe mantenerse en pie los principios de que la vida humana comienza con la concepción (unión del óvulo y el espermatozoide) y que esa vida humana es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece,

17 BOZA, Beatriz. «Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho». En: *Derecho*, n° 45, Lima, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre 1991, pp. 97-98.

pudiendo o no condicionarse el goce de los derechos patrimoniales al nacimiento con vida (lo que no afecta la protección esencial de la vida, que se debe a la naturaleza de las cosas).

Consideramos que nuestra opinión está bien reflejada en la declaración de la Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica:

Esta Congregación conoce las discusiones actuales sobre el inicio de la vida del hombre, sobre la individualidad del ser humano y sobre la identidad de la persona. A ese propósito recuerda las enseñanzas contenidas en la Declaración sobre el aborto procurado. «(Desde el momento en que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre... la genética moderna otorga una preciosa confirmación. Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será ese viviente: un hombre, este hombre individual con sus características ya bien determinadas. Con la fecundación inicia la aventura de una vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar)»⁽¹⁸⁾.

Como corolario del tratamiento de este punto, resulta

18 Congregación para la Doctrina de la Fe. *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. Bogotá, Ediciones Paulinas, 1991, p. 17.

evidente considerar que la eliminación de embriones fecundados, en cualquier estado, constituye vulneración de la vida humana y esto hace particularmente repudiable el procedimiento normalmente aplicado en la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones, de producir más embriones que los que serán transplantados porque eso es equivalente a matar vidas humanas⁽¹⁹⁾. Dice Juan Pablo II:

(...) se producen con frecuencia embriones en número superior al necesario para su implantación en el seno de la mujer, y estos así llamados «embriones supernumerarios» son posteriormente suprimidos o utilizados para investigaciones que, bajo el pretexto del progreso científico o médico, reducen en realidad la vida humana a simple «material biológico», del que se puede disponer libremente».⁽²⁰⁾

Cabe también preguntarse si toda intervención sobre un embrión será cuestionable moralmente. Sobre ello tenemos las siguientes dos reflexiones que nos parecen apropiadas:

¿Son lícitas las intervenciones terapéuticas sobre el embrión humano?

19 Existe en el Derecho Penal una extensa discusión sobre qué delito sería éste de disponer de un embrión no anidado en el vientre de una mujer puesto que como no ha nacido no se trata de homicidio y, como no ha sido implantado, no se trata tampoco de aborto en la medida que éste ha sido definido en función de atentar contra la vida que existe en el cuerpo de una mujer. Es un asunto que deberá resolverse en el ámbito de la tipificación penal, que no abordamos en este trabajo. Sin embargo, como es obvio, la ausencia de un tipo adecuado, no quita gravedad al hecho y, desde luego, requiere un esfuerzo de clarificación para que la conducta sea penalmente reprimida.

20 JUAN PABLO II, PAPA F.R. *Evangelium vitae*, par.14, p. 14.

Como en cualquier acción médica sobre un paciente, son lícitas las intervenciones sobre el embrión humano siempre que respeten la vida y la integridad del embrión, que no lo expongan a riesgos desproporcionados, que tengan como fin su curación, la mejora de sus condiciones de salud o su supervivencia individual⁽²¹⁾.

¿Cómo valorar moralmente la investigación y la experimentación sobre embriones y fetos humanos?

La investigación médica debe renunciar a intervenir sobre embriones vivos, a no ser que exista la certeza moral de que no se causará daño alguno a su vida y a su integridad ni a la de la madre, y sólo en el caso de que los padres hayan otorgado su consentimiento, libre e informado, a la intervención sobre el embrión⁽²²⁾.

Consideramos que no hay nada que agregar a la claridad y pertinencia de las posiciones de la Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica en estos aspectos y que por lo tanto, las intervenciones en los embriones son lícitas al respetar la vida y la integridad, al disminuir los riesgos, al mejorar su calidad de vida. La investigación deberá asegurar que no se causará daño alguno a la vida y a la integridad del embrión y de la madre y deberá haber autorización de los padres.

21 Congregación para la Doctrina de la Fe. Op. cit., pp. 20-21.

22 Ibid., p. 22.

SÍNTESIS DE PROPUESTAS

A LO LARGO DE LAS PÁGINAS anteriores hemos mostrado nuestras reservas hacia la reproducción humana asistida y la necesidad de tomar en cuenta importantes principios del Derecho Civil tradicional para encontrar las nuevas respuestas a los problemas que plantea la tecnología.

La reproducción humana asistida existe, además, al margen de las voluntades de las personas que se oponen a ella y, aún, existirá al margen de las prohibiciones que pueda establecer la legislación. No será, por lo demás, la primera vez que esto ocurra.

Por ello es necesario proponer normas que solucionen estos conflictos. Un autor que ha reflexionado sobre la relación entre tecnología y naturaleza en la cultura japonesa y que ha traído estos pensamientos a la relación entre el Derecho y la reproducción asistida dice:

La manera de conjugar lo natural y lo artificial en la tradición estética japonesa sería un ejemplo válido para proponer criterios ante los dilemas bioéticos sobre cómo contrarrestar la mentalidad unilateralmente tecnológica sin caer, por otra parte, en el rechazo romántico de la tecnología. Tanto un naturalismo exagerado como un tecnologismo incondicional dificultan en Occidente las actuales discusiones bioéticas. El conjugar la manipulación por parte del hombre con la armonía respetuosa de la naturaleza sería la contribución oriental a la discusión bioética.

Un ejemplo muy típico podría ser el arte de jardinería japonesa, en el que la manipulación de lo natural se acomoda a la naturaleza para poner de relieve lo mejor de ella. Consiste en transformar lo natural manipulándolo con respeto dentro de la línea pedida por su misma naturaleza⁽¹⁾.

Luego comenta la diferencia entre lo natural y lo artificial señalando:

En la tradición que se remonta a Lao-Tsé lo contrario de natural no es artificial. Lo que se opone a lo natural es lo perversa o doblemente intencionado (en japonés, «sakui», intencionalidad manipuladora). También existe en japonés la palabra «jini» para designar lo «artificial» o produ-

1 MASIA CLAVEL, Juan. «La noción de lo natural en la tradición del pensamiento japonés». En: *La mediación de la filosofía en la construcción de la bioética*. Frances Abel y Camino Cañón (editores). Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1993, p. 137.

cido por mano humana. Pero esto no tiene necesariamente que ser antinatural. Si lo artificial se acopla al «camino» y deja que el «camino» despliegue sus virtualidades, lo artificial se hace de un modo natural⁽²⁾.

Y finalmente agrega:

Si juntásemos la interpretación dada por Sagara con las de Watsuji y Yuasa acerca de lo artificialmente natural, podríamos deducir un criterio utilizable en el contexto de discusiones bioéticas actuales. Formularíamos así la tesis: lo natural no es lo opuesto a lo artificial, sino aquello que, tanto si es natural como si es artificial, nos conduce a la solución más natural⁽³⁾.

Este es el espíritu con el que proponemos las reglas que se establecen a continuación: tratamos de lograr, hasta donde sea posible, que lo que ha parecido siempre natural en el Derecho, es decir, sus valores más significativos y profundos, sean los que moldeen las nuevas respuestas requeridas, de manera que las soluciones sean lo más humanas o naturales posibles.

Este capítulo contiene una síntesis de las propuestas que hemos hecho para regular la problemática de las relaciones de naturaleza familiar y sucesoria que se desprenden de la reproducción humana asistida. No se trata de proponer un proyecto de ley porque creemos que es una tarea de equipo e interdisciplinaria que no puede realizarse exclusivamente a partir del Derecho. Tam-

2 Ibid., p. 141.

3 Loc. cit.

co pretendemos que estas propuestas sean la base de una norma completa para el tema de la reproducción asistida porque existen muchos otros aspectos que debieran regularse y que no han sido tratados aquí (sólo a manera de ejemplo, podemos hablar de la regulación de los laboratorios donde estas prácticas se realizan).

Entonces, lo que sigue a continuación es sólo el intento de poner en orden y de dar unidad a todo lo visto hasta aquí. Los fundamentos están en los capítulos anteriores. No los repetiremos.

1. Reglas hermenéuticas generales

- 1.1. La vida humana comienza cuando el óvulo es fecundado por el espermatozoide. La vida humana es sujeto de derecho en todo lo que le favorece y debe ser tratada con el respeto que corresponde. No puede ser materia de derechos de terceros, ni puede ser eliminada, ni puede ser manipulada salvo para su seguridad, salud y bienestar.
- 1.2. Toda vida humana tiene el derecho inmediato de seguir su curso normal de evolución y de anidar en el útero de la madre biológica en debido tiempo.
- 1.3. En la resolución de cualquier problema referente a la reproducción humana asistida, deben ser tomados en cuenta los intereses de quienes participan en el hecho y también los del nuevo ser humano que emergerá. En caso de conflicto, debe prevalecer el interés objetivo del nuevo ser humano, que será deducido del contenido de los derechos humanos y de las reglas existentes sobre tratamiento de menores.

Esta regla, desde luego, es también exigible cuando se deba aplicar alguna de las siguientes reglas hermenéuticas.

- 1.4. Cuando se tenga que optar entre que el nuevo ser humano tenga padre y madre, o sólo uno de ellos, o ninguno, las soluciones jurídicas deberán preferir que tenga padre y madre a que tenga sólo uno, y que tenga sólo uno a que no tenga ninguno.
- 1.5. Siempre que se pueda elegir, se preferirá la solución jurídica que otorgue la paternidad y maternidad legales del menor, a personas que están casadas entre sí y llevan vida en común.

Si no es aplicable el caso anterior, se preferirá a la pareja que forme una familia bajo la relación de *compañeros permanentes*.

- 1.6. La presunción *pater is* es aplicable en todos los casos de reproducción asistida en los que proceda. También son aplicables las normas que permiten negar la paternidad. Para ello debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- 1.6.1. La presunción *pater is* supone que la cónyuge devenga en madre legal de un niño. Si se trata de un caso de reproducción asistida, la presunción *pater is* será aplicable siempre que la cónyuge devenga en madre legal, y aunque no haya gestado al niño. La presunción *pater is* no será aplicable al marido de la madre biológica (la que gesta), que no deviene en madre legal.

- 1.6.2. El marido que haya prestado su consentimiento a la participación de su mujer, bajo cualquiera de las formas en las que eso es posible, en hechos de reproducción asistida, y mientras ese consentimiento sea válido, no puede negar la paternidad del hijo de su mujer.
- 1.6.3. Se establecerá como causal de separación de cuerpos y de divorcio, el caso en que uno de los cónyuges participe de alguna manera en un hecho de reproducción humana asistida, sin que el otro haya dado su consentimiento en la forma que haya previsto la ley. Se considera que esta situación vulnera la fidelidad que se deben los cónyuges entre sí.
- 1.6.4. Cuando el marido haya recibido la paternidad legal del niño en aplicación de la presunción *pater is*, ningún hecho posterior alterará su paternidad legal, y tampoco la maternidad legal de su cónyuge.
- 1.7. Cuando el marido asuma paternidad legal por razón de su participación en un hecho de reproducción humana asistida y el niño no tuviera madre legal, la cónyuge tiene preferencia para, por su sólo voluntad, convertirse en la madre adoptiva de dicho niño.
- 1.8. Quien tenga la calidad de hijo será sucesor de su padre o de su madre en la forma que establezca la ley de la materia. Si cuando adquiere esta condición y el consiguiente goce de los derechos patrimoniales, los bienes de la sucesión han sido ya distribui-

dos, tendrá disponible el ejercicio de las acciones petitoria y reivindicatoria de herencia para exigir sus derechos.

1.9. Siempre que estemos ante una pareja de *compañeros permanentes* según hemos definido esta expresión, se observará las reglas siguientes:

1.9.1. Si la compañera deviene en madre legal de un niño, el compañero será considerado su padre legal.

1.9.2. El compañero permanente podrá negar la paternidad del niño cuando su compañera devenga en madre legal por haber participado de alguna manera en un hecho de reproducción humana asistida sin su consentimiento. La negación de la paternidad en estos casos funciona de la misma manera que en la presunción *pater is*.

1.9.3. Cuando no sean aplicables los dos párrafos anteriores y uno de los compañeros permanentes deviene en padre o madre legal o adoptivo de un niño por razón de su participación en hechos de reproducción humana asistida, el otro compañero permanente tendrá preferencia para, a su sola voluntad, convertirse en el otro padre adoptivo del niño.

1.10. Cuando la misma mujer es madre genética (es decir, aquella cuyo óvulo fue fecundado) y madre biológica (aquella que gestó y dio a luz), será también la madre legal del niño.

Cuando la madre genética y la madre biológica sean personas distintas, la madre legal será la madre biológica.

Si la madre biológica muere o deviene en físicamente incapaz de asumir la maternidad legal (por ejemplo por parálisis total o muerte cerebral) dentro de los dos primeros años del nacimiento del niño, la madre genética será la madre legal, salvo que fuera aplicable la regla 1.6.4.

- 1.11. El hijo concebido por técnicas de reproducción humana asistida, adquiere todos los derechos que corresponden a un hijo, incluidos los derechos de parentesco.
- 1.12. El padre o la madre genética que no sean padre o madre legal tienen obligación de prestar alimentos al ser humano engendrado con sus gametos a través de un procedimiento de reproducción humana asistida, aunque no sean titulares de la paternidad o maternidad legal.

La ley podrá hacer solidario de este deber alimentario al cónyuge o compañero permanente que dio su asentimiento para que el otro participara en el hecho de reproducción humana asistida.

- 1.13. No existe anonimato para quienes participan en hechos de reproducción humana asistida.
2. Normas permisivas y prohibitivas sobre las finalidades de la reproducción humana asistida
 - 2.1. La reproducción humana asistida se permitirá a pa-

rejas casadas y que hacen vida en común, o a parejas de compañeros permanentes, por razón de esterilidad no solucionada por otros medios y para los casos en los que haya fundado temor de que se produzca la transmisión de una enfermedad hereditaria grave para la prole. El procedimiento de reproducción asistida autorizado deberá cumplir dos requisitos cuanto menos:

2.1.1. El procedimiento deberá ser proporcionado al problema que se pretende solucionar.

2.1.2. Siempre se protegerá la seguridad y bienestar del embrión y se respetará su vida.

2.2. La fecundación *post mortem* está prohibida. Todo acto realizado en referencia a ella es nulo por afectar normas de orden público. Si no obstante la fecundación *post mortem* ocurriera, se tendrán las siguientes reglas:

2.2.1. Si la mujer fecundada no es quien fue cónyuge legítima del fallecido, no habrá declaración de paternidad legal para el donante por ningún motivo.

2.2.2. Si la mujer fecundada es quien fue la viuda del donante, se tendrán en cuenta las siguientes normas:

2.2.2.1. Si el donante declaró su voluntad de que ese espermatozoide fecundara a su cónyuge, aunque no lo haya dicho específicamente para el caso de fecunda-

ción *post mortem*, se le tendrá por padre legal.

2.2.2.2. Si el donante declaró su voluntad de que no se hiciera fecundación *post mortem*, o no existe prueba de que declarara voluntad de tener dicho hijo, entonces no se le tendrá por padre legal.

2.2.2.3. Las dos reglas anteriores serán aplicadas analógicamente al caso de la compañera permanente fecundada con semen de su compañero difunto.

2.3. Muerto el donante, el semen o los óvulos que se tenga disponibles serán eliminados bajo responsabilidad del jefe de la institución donde se encuentran conservados.

2.4. No se permite la reproducción humana asistida en favor de mujeres solteras.

2.5. No se permite la reproducción humana asistida en favor de parejas homosexuales.

2.6. Son nulos por atentar contra normas de orden público todos los actos jurídicos conducentes a la existencia de *madres subrogadas*.

2.7. Está prohibida la selección genética para los hijos por reproducción humana asistida.

3. Sobre los actos jurídicos relativos a la reproducción humana asistida

3.1. Toda declaración de voluntad en torno a estos actos

deberá ser hecha por escrito para tener validez. La ley podrá requerir formalidades adicionales.

Antes de la declaración de voluntad, será obligatorio que los interesados sean informados de todo lo concerniente al proceso de reproducción humana asistida en el que participarán, de sus consecuencias, significados y riesgos. La información la dará personal competente.

Toda declaración de voluntad en torno a estos actos será pura y simple.

Toda disposición de gametos será a título gratuito.

3.2. La voluntad declarada de la manera antedicha podrá ser revocada:

3.2.1. En cualquier momento antes de producida la concepción.

3.2.2. Si se ha realizado un primer intento fallido de fecundación y se está por iniciar uno segundo.

3.2.3. Si producida la implantación el embarazo se frustra.

3.3. No podrá revocarse la aceptación:

3.3.1. Después de iniciados los procedimientos biológicos que conducen ineludiblemente a la concepción y mientras ellos no se demuestren fallidos.

3.3.2. Desde que la concepción se ha producido, mientras exista vida humana a partir de ella.

- 3.3.3. La decisión será irrevocable luego del nacimiento porque, con él, nace la persona y quedan establecidos los vínculos de paternidad y maternidad de manera indeleble para el Derecho.
- 3.4. Para participar válidamente en actos relativos a reproducción humana asistida es necesario:
 - 3.4.1. Haber cumplido la edad a la que como regla general se adquiere la plena capacidad de ejercicio, y
 - 3.4.2. Tener plena capacidad de ejercicio de los derechos.
 - 3.4.3. Podrá adicionalmente establecerse una edad máxima. Se menciona en la literatura la de treinticinco años.
- 3.5. No se podrá realizar más de entre seis y diez fecundaciones con el material genético de un mismo donante. La ley deberá establecer el máximo preciso.
- 3.6. No se podrá mezclar gametos masculinos o femeninos entre sí durante cada proceso de reproducción humana asistida.

BIBLIOGRAFÍA

- ARSON DE GLINBERG, Gloria Hilda; SILVA RUIZ, Pedro F. «La libertad de procreación». En: *Revista jurídica argentina La Ley*, tomo 1991-B, Buenos Aires, 1991.
- BOZA DIBÓS, Beatriz «Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho». En: *Derecho*, n° 45. Lima, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre 1991.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina». En: *La familia en el Derecho peruano*. Fernando de Trazegnies Granda, Roger Rodríguez Iturri, Carlos Cárdenas Quirós y José Alberto Garibaldi F., editores. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.
- CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE.
Instrucción sobre el respeto de la vida huma-

na naciente y la dignidad de la procreación.
Bogotá, Ediciones Paulinas, 1991.

CONILL, Jesús. *Naturaleza humana y técnica.* En: *La mediación de la filosofía en la construcción de la bioética.* Frances Abel y Camino Cañón Editores. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1993.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano.* Lima, Librería Studium Ediciones, 5ª ed., s/f.

ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Derecho de sucesiones.* Lima, Editorial Lumen S.A., 1946.

EWERLOF, G. «Swedish Legislation on Artificial Insemination». En: *La filiación a finales del siglo XX.* II Congreso Mundial Vasco-Gobierno Vasco-Departamento de Derecho Privado-Universidad del País Vasco. Madrid, Editorial Trivium S.A., 1988.

FERRERO, Augusto. *El derecho de sucesiones en el nuevo Código Civil peruano.* Lima, Fundación M.J. Bustamante de La Fuente, 1987.

GAFO, Javier (editor). *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y Derecho.* Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1986.

HERRERA CAMPOS, Ramón. *La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación legal española.* Granada, Universidad de Granada, 1991.

- JUAN PABLO II, PAPA F.R. *Evangelium vitae*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s/f.
- LAVADOS M., Manuel y SERANI M., Alejandro. *Ética clínica*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 1993.
- LEVY, Lea M.; WAGMAISTER, Adriana; IÑIGO, Delia. *Algunas reflexiones sobre reproducción humana asistida*. En: *Revista jurídica argentina La Ley*, tomo 1991-B, Buenos Aires, 1991.
- MASIA CLAVEL, Juan. «La noción de lo natural en la tradición del pensamiento japonés». En: *La mediación de la filosofía en la construcción de la bioética*. Frances Abel y Camino Cañón Editores. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1993.
- ROBERTS, Melinda. «Good intentions and a great divide: having babies by intending them». En: *Law and Philosophy*, vol. 12, n° 3, august 1993.
- ROCA TRIAS, E. «La incidencia de la inseminación-ferundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional». En: *La filiación a finales del siglo XX*. II Congreso Mundial Vasco-Gobierno Vasco-Departamento de Derecho Privado-Universidad del País Vasco. Madrid, Editorial Trivium S.A., 1988.
- SOTO LAMADRID, Miguel Angel. *Biogenética, filiación y delito*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990.

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. «La familia, ¿un espejismo jurídico?» En: *La familia en el Derecho peruano*. Fernando de Trazegnies Granda, Roger Rodríguez Iturri, Carlos Cárdenas Quirós y José Alberto Garibaldi F., editores. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético. Principios Generales*. Trujillo, Editora Normas Legales S.A., 1995.

VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. *El don de la vida*. Madrid, Editorial Covarrubias, 1987.

WAGNER, William Joseph. «The ethical and legal implications of hired maternity». En: *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 35, 1990.

NOTA EXPLICATIVA

(Indicaciones para el uso de este cuadro)

EL CUADRO TRANSCRITO a continuación es un intento de presentar todas las posibles situaciones problemáticas que se presentan frente al Derecho en relación a la reproducción humana asistida.

Las variables que intervienen en su elaboración (y que están descritas en el encabezamiento de cada una de las columnas) toman en consideración no sólo al sujeto que participa en la decisión, sino también las diversas situaciones jurídicas relevantes en las cuales puede expresar su voluntad. Por ejemplo, no tiene igual relevancia jurídica que una mujer acepte gestar un hijo para otra siendo soltera que siendo casada. En este último caso, también es diferente que lo geste con la aceptación de su marido o sin ella. A su vez, es distinto que el donador de espermatozoides esté casado o que sea soltero. También es distinto que la mujer inseminada artificialmente con semen de un desconocido sea soltera o casada y, en este último caso, que su marido consienta o no.

En cada renglón del cuadro se presenta una combina-

ción de variables distinta a la de todos los demás renglones. El cuadro está hecho para ser leído horizontalmente, es decir, renglón por renglón.

La manera de leerlo es ir construyendo cada caso en función de los casilleros llenados para él, los que deben ser agregados entre sí.

Por ejemplo:

- El caso «1» debe leerse: «El marido dona semen a su cónyuge. La mujer recibe (es inseminada) con el semen de su marido». Es decir, aquí se ha producido la inseminación artificial de la mujer, dentro de su cuerpo y para fertilizar sus propios óvulos, con el semen de su marido.
- El caso «4» debe leerse: «Un hombre soltero dona semen. Una mujer soltera recibe en donación un óvulo. Una mujer soltera dona un óvulo». El caso será un convenio entre tres personas todas solteras por el cual una mujer dona un óvulo y un varón dona semen para que, producida la inseminación artificial fuera del útero, el embrión sea implantado en el cuerpo de una tercera mujer soltera que, entonces, gestará y será la futura madre del niño.
- El caso «10» debe leerse: «Una mujer casada presta su vientre a terceros sin autorización de su marido. Una mujer casada contrata el vientre de la anterior sin autorización de su marido. El semen utilizado para fertilización es de un hombre soltero». En otras palabras, se ha producido un convenio entre tres personas: dos mujeres casadas una de las cuales alquila

su vientre y otra lo contrata para recibir el niño (ambas sin autorización de su marido), y un varón soltero que ha decidido donar semen para la fertilización. Como en este caso no está lleno ninguno de los casilleros de donación de óvulo, debe entenderse que el fecundado corresponde a la mujer que finalmente pretende asumir al niño.

Este cuadro nos ha servido para analizar todas las posibles combinaciones de hecho y así, controlar que los criterios generales que hemos elaborado en este trabajo, den solución a cualquiera de los problemas que, verosímilmente, puedan ocurrir en la realidad.

un viatico y otra lo contrata para recibir el niño (aunque sea sin autorización de su marido) y un varón soltero que ha decidido donar semen para la fertilización. Como en este caso no está lleno ninguno de los criterios de donación de gametos debe entenderse que el usuario debe corresponder a la mujer que finalmente pretende asumir al niño.

Este cuadro nos ha servido para analizar todas las posibles combinaciones de hecho y así controlar que los criterios legales que hemos elaborado en este trabajo, se ajusten a la realidad. La mujer decide por sí misma la solución a cualquiera de los problemas que, eventualmente, puedan ocurrir en la realidad.

Se le nos permite utilizar sus propios gametos y para su cuerpo y para fertilizar sus propios gametos y para su marido.

* El caso 4 debe leerse: Un hombre soltero dona semen. Una mujer soltera recibe su donación un óvulo. Una mujer soltera dona un óvulo. En este caso se trata de un convenio entre tres personas, una soltera por la cual una mujer dona un óvulo un varón dona semen para que, produciendo artificialmente la fecundación del óvulo, el embrión sea implantado en el cuerpo de una tercera mujer soltera que dará a luz y será la futura madre del niño.

* El caso 10 debe leerse: Una mujer soltera presta su vientre a terceros sin autorización de su marido. Una mujer soltera presta su vientre a terceros sin autorización de su marido. El caso 10 debe leerse: Una mujer soltera presta su vientre a terceros sin autorización de su marido. El caso 10 debe leerse: Una mujer soltera presta su vientre a terceros sin autorización de su marido. El caso 10 debe leerse: Una mujer soltera presta su vientre a terceros sin autorización de su marido.

Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio, se terminó de imprimir en el mes de octubre de 1996 en los talleres gráficos de Editorial e Imprenta DESA S.A. (Reg. Ind. 16521), General Varela 1577, Lima, 5, Perú.

PUBLICACIONES RECIENTES

GERARDO ALARCO LARRABURE

Agustín de Hipona. 1996. 154 p.

GUILLERMO DAÑINO

Esculpiendo Dragones. 1996. Tomo I. 416 p. Tomo II. 524 p.

La Pagoda Blanca. 1996. 296 p.

FERNANDO DUPUY

Imperio y Jurisdicción Voluntaria. 1996. 216 p.

FELIPE MAC GREGOR

Perú siglo XXI. 1996. 120 p.

ISMAEL P. MÁRQUEZ - CÉSAR FERREIRA

Asedios a Julio Ramón Ribeyro. 1996. 324 p.

MANUEL MARZAL

Historia de la Antropología Social. 1996. 388 p.

JOHN V. MURRA - MERCEDES LOPEZ-BARALT (Editores)

Las Cartas de Arguedas. 1996. 368 p.

HÉCTOR NOEJOVICH

Los Albores de la Economía Americana. 1996. 584 p.

MIGUEL A. RODRÍGUEZ R.

Tras las Huellas de un Crítico: Mario Vargas Llosa. 1996. 236 p.

VIRGINIA ROSASCO D.

Evolución del Derecho Marcario Peruano (1985-1994). 1996. 344 p.

EDUARDO VILLANUEVA M.

Internet: Breve Guía de Navegación en el Ciberespacio. 1996. 206 p.

Biblioteca de Derecho Contemporáneo

Volúmenes publicados:

**EL DERECHO EN LA SOCIEDAD
POSTMODERNA.**

René Ortiz Caballero.

**LAS REGLAS DEL AMOR EN PROBETAS
DE LABORATORIO (Reproducción Humana
Asistida y Derecho).**

Marcial Rubio Correa.

**LAS DOCTRINAS TRADICIONALES FRENTE
A LA CONTRATACION COMPUTARIZADA.**

Mario Castillo Freyre.

**EL PRINCIPIO PRECAUTORIO
Y SU APLICACION A LOS ENSAYOS
NUCLEARES SUBTERRÁNEOS FRANCESES
EN EL PACIFICO SUR.**

Elvira Méndez Chang.

**LA CONSIDERACION JURIDICA
DEL EMBRION IN VITRO.**

Gorki Gonzales Mantilla.

De próxima aparición:

**EL DELITO INFORMATICO EN EL CODIGO
PENAL PERUANO.**

Luis Alberto Bramont-Arias Torres.

**HACIA UNA CONCEPCION JURIDICA
UNITARIA DE LA MUERTE.**

Juan Morales Godo.

**LA REVOLUCION DEL DERECHO DE SEGUROS
Y DEL DERECHO LABORAL (Genética y Derecho:
El Proyecto Genoma Humano).**

Pinkas Flint Blanck.

FONDO EDITORIAL

Av. Universitaria, cuadra 18 s/n,
San Miguel.

Apartado 1761. Lima - Perú.

Tels. 462-2540 anexo 220 y 462-6390.

