

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FECUNDACION EXTRAUTERINA

Carlos Cárdenas Quirós

I. INTRODUCCION

Los avances cada vez mayores de la ciencia han llevado a desarrollos insospechados en el campo biológico que hacen necesaria una reflexión en torno al tratamiento jurídico que debe darse a estas nuevas circunstancias.

En 1980, con aguda percepción de este fenómeno, expresaba Albert Rosenfeld, director de ciencias en Saturday Review y catedrático de genética humana en la Universidad de Texas, que: “. . ., la biología atraerá cada vez más la atención de la religión —y de la política— aunque sólo sea porque el vertiginoso ritmo de su avance generará (y está generando ya) una multitud de dilemas morales. Algo que la biología nos dice claramente es que el futuro humano será muy diferente del presente humano, en gran parte por los poderes mismos que nos hemos conferido, un tanto inadvertidamente, gracias a nuestras entusiastas exploraciones por los confines de la biología” (1).

Los problemas jurídicos en torno a estos asuntos han dado como resultado que se planteen una serie de situaciones que requieren de análisis jurídico.

Como expresa acertadamente Cornejo Chávez, en el fondo de todos estos casos “lo que se está planteando es el significado que se da al acto procreador de un ser humano, a las bases mismas de la relación conyugal y paterno-maternal-filial y, en fin de cuentas,

(1) Rosenfeld, Alfred, Dilemas morales de la biología moderna, Facetas, Vol. 13, 1980, Núm. 1, pág. 87.

a la posición del hombre frente al gran interrogante de su propia especificidad, dignidad e intangibilidad y la legitimidad o ilegitimidad moral de la manipulación genética. Más específicamente, se trata de saber qué fines se persigue o qué necesidades se intenta satisfacer con el recurso a tales técnicas de la ciencia contemporánea; y si aquellas finalidades o necesidades no pueden ser atendidas de otro modo, como por ejemplo a través de la adopción; si el Derecho debiera permitir el empleo de dichas técnicas sólo en casos especiales y siempre que se trate de parejas matrimoniales o si también debiera permitirlo en parejas no casadas o incluso a quien o quienes no formen una pareja” (2).

El fenómeno de la reproducción se mantuvo constante a lo largo del tiempo, de modo tal que los mayores problemas jurídicos que surgieron en torno a ella tuvieron que ver con lo que se denominó como filiación legítima e ilegítima.

No existe ningún problema cuando el proceso de reproducción se presenta de manera total en una pareja de esposos. Cada uno de ellos proporcionará en la cópula sexual las células llamadas gametos: el esposo, el espermatozoide, y la esposa, el óvulo; la fertilización se llevará a cabo en la trompa de falopio que es el órgano genital femenino y el embarazo se realizará en el útero.

En todo este proceso se puede distinguir, según Seguín, tres etapas: 1) Las fuentes de los gametos (espermatozoides y óvulos); 2) La fertilización de los gametos (es decir, su unión dando lugar al embrión); 3) El lugar del proceso de desarrollo del embrión (preñez o embarazo). En relación a este proceso ha señalado el mencionado autor que, “pueden, así los gametos del esposo o la esposa ser reemplazados por los de otros; puede la fecundación realizarse fuera del organismo de la esposa y el proceso del desarrollo fetal hacerse en un lugar distinto del útero de la esposa” (3).

(2) Cornejo Chávez, Héctor, Los avances de la genética, Diario La República, Lima, 21 de noviembre de 1985.

(3) Seguín, Carlos Alberto, Sobre la reproducción humana, Dominical, Diario El Comercio, Lima, 19 de enero de 1986.

En relación con este artículo, nos permitimos reproducir un cuadro de Weil y Waters modificado por el doctor Seguín, en el que pone de

Todo esto da lugar a la utilización de las técnicas de inseminación artificial y fecundación extraterina para solucionar fundamentalmente el problema de la esterilidad.

Sin embargo, como expresa Arias Schreiber, debe esclarecerse “si la esterilidad es un tipo de sufrimiento y si la adopción constituye o no el medio suficiente para satisfacer el explicable deseo de la maternidad o paternidad frustrados” (4).

Las opiniones al respecto se encuentran divididas. Para unos es una práctica que degrada la honestidad del acto sexual y contraría la creación divina. Para otros, en cambio, es el modo de permitirle al ser humano una realización completa cuando por una u otra causa se presente algún impedimento que no permita la realización natural del acto de procreación (5).

manifiesto la multiplicidad de situaciones que se pueden dar por alteraciones en las fuentes de los gametos, el lugar de la fertilización o el lugar de la preñez. Obviamente, cada una de estas situaciones merece un apropiado análisis jurídico.

(4) Arias Schreiber Pezet, Max, *Genética y Derecho*, Diario El Comercio, Lima, 17 de noviembre de 1985.

(5) Entre las opiniones que se vierten a favor, podemos citar las siguientes:

Señala Zannoni que “si los esposos, manteniendo entre sí actos sexuales por sí aptos para la generación —como expresa el canon 1081 del Cód. Der. Canónico— no logran procrear (que constituye uno de los fines primarios del matrimonio, según la teología tradicional), el recurrir a los métodos o técnicas que la ciencia moderna pone a su alcance para la consecución del fin no importa una afrenta a la naturaleza. Es que el hombre mediante la ciencia ha logrado, gracias a la razón, superar carencias naturales. Del mismo modo que extirpa un tumor canceroso que la naturaleza produce espontáneamente en su cuerpo conduciéndolo a la muerte en caso de no hacerlo, o que interviene quirúrgicamente en la apendicitis o acepta una transfusión de sangre o un trasplante de riñón, el hombre asume su naturaleza y la completa, la perfecciona” (Zannoni, Eduardo A., *Inseminación artificial y fecundación extraterina*, Buenos Aires, 1978, págs. 48-49).

Zannoni se pronuncia a favor de la inseminación artificial y de la fertilización extraterina homólogas, no así de la heteróloga. Belluscio coincide con este planteamiento, al señalar “que no habría problema, ni jurídico ni moral, mientras se extraiga un óvulo del organismo de la madre y se lo fecunde con espermatozoides del hombre que forma pareja

El asunto no ha sido objeto de especial atención por la doctrina nacional, siendo escasos los textos que se ocupan de la materia en nuestro país. Los problemas, sin embargo, se encuentran planteados y ello justifica el análisis, desde una perspectiva jurídica, de asuntos de tanta trascendencia para la humanidad.

II. INSEMINACION ARTIFICIAL. CLASES

Consiste en la introducción del semen en el útero de la mujer para lograr que se produzca la fecundación uterina, que por diversas razones no puede ser lograda normalmente por la pareja.

Los primeros antecedentes de esta práctica los encontramos a nivel de animales. Así, “según Votta y Baldessari, en el año 1322, un jeque árabe fecundó a yeguas con semen obtenido, colocando una esponja en la vagina de una yegua en celo. En el siglo XVII Malphigi y Biffiena, realizan experiencias en gusanos de seda y en

con ella . . . Sea cual fuere la apreciación que quepa sobre la cuestión desde el punto de vista moral o religioso, jurídicamente se trata de acciones privadas que no ofenden al orden y la moral pública ni perjudican a terceros, de manera que sobre ellas en nada influye el derecho ni cabría pronunciamiento judicial (art. 19 de la Constitución Nacional)” (Citado por Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, Técnicas genéticas de fecundación en las personas de existencia visible. Sus implicancias éticas y jurídicas. En: Prudentia Iuris V, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, diciembre, 1981, pág. 88).

Haring sostiene que “la creación es una obra inacabada que reclama la cooperación del hombre para llevarla a una mayor perfección. Y el hombre mismo es también una obra inacabada llamada a ser una imagen cada vez más perfecta de Dios. Por eso, sólo puede ser fiel a sí mismo y a su Creador, pugnando por el progreso mediante creatividad. Es un ser cultural. Nunca se adapta simplemente a la naturaleza, sino más bien, como cocreador y correvelador de Dios, debe tomar la naturaleza en sus manos y transformarla de acuerdo con la finalidad de crecer en su capacidad de devolver ‘amor por amor’ y de discernir lo que realza la dignidad humana y lo que la bloquea (Cit. por Raffo Magnasco, op. cit., pág. 65).

Simón Socorro señala que “en el Primer Congreso Mundial de Esterilidad y Fertilidad, en New York, en 1953; en el Congreso Mundial de Fertilidad, reunido en Japón, y en el Tercer Congreso Europeo de Esterilidad, reunido en Atenas en 1972, se hicieron ligeras o pocas oposiciones sobre bases morales y religiosas; se obtuvo un consenso de que el

el siglo siguiente Jacobi y Welthein logran la fecundación artificial de huevos de peces” (6).

En general se considera que este método fue utilizado por vez primera en la especie humana por Hunter en 1799 obteniendo un éxito total, al aplicar a una mujer el espermatozoide de su esposo que sufría una deformación de la uretra.

Sin embargo, López Saiz señala que “Munter, en una descripción que hizo de su viaje a España y Portugal a fines del siglo XV, refiere en detalle el ‘modus operandi’ como médicos españoles practicaron la inseminación artificial en doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV ‘El Impotente’, con espermatozoide del monarca que afirman era acuoso y estéril” (7).

procedimiento tenía un carácter médico y social de valor que podría ser de gran ayuda a las parejas estériles, para alcanzar la fecundación y, por tanto, una relación familiar y marital más estables” (Simón Socorro, Emilio, Inseminación artificial humana, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, año XVI, septiembre-diciembre, No. 51, pág. 226).

Entre las opiniones contrarias se encuentra la de Llambías, quien expresa que no basta la generosidad “para justificar arbitrios que lesionen la moral social y degraden la honestidad del acto sexual, ya por la injerencia extraña en su realización que repugna su natural privacidad, ya por la masturbación inicial que supone el trámite de la fecundación in vitro, sin apuntar a la secuela ruinosa para la unión de los esposos que pueda traer para ellos la inseminación heteróloga a la que hubiesen recurrido” (cit. por Raffo Magnasco, op. cit., pág. 64).

Raffo Magnasco señala por su parte que “la ciencia debe estar al servicio de la defensa del hombre en su intangible dignidad. Si los experimentos en las diversas especies animales parecen legítimos y razonables, no lo son cuando se intenta desarrollar artificialmente un embrión humano, porque no constituiría un intento de cooperación con la obra del Creador, sino de ‘suplantación’; supone, lisa y llanamente, rechazar las condiciones que El ha establecido para el desarrollo del hombre. El progreso del conocimiento no justificaría tales ensayos porque sería tratar a un ser humano como un medio en lugar de un fin que es en sí mismo” (op. cit., pág. 73).

(6) Santi, Orlando A., Inseminación artificial y fecundación in vitro con implante del huevo en el útero materno, pág. 440. Cit. por Raffo M., op. cit., pág. 67.

(7) Cit. por Gómez Piedrahita, Hernán, Problemas jurídicos de la insemina-

Luego de la experiencia de Hunter se continuó avanzando en el desarrollo de esta técnica, lográndose cada vez mejores resultados. Así, el doctor Mariom Sims, en 1866, perfeccionó el método inyectando el esperma directamente en el útero, con resultados satisfactorios. Actualmente, su utilización desde un punto de vista científico no ofrece mayores problemas.

Entre las causas que originan el sometimiento a la inseminación artificial, se encuentran la esterilidad, la falta de semen apropiado, la existencia de malformaciones genitales o aspermatismo, la incompatibilidad RH entre los esposos, la existencia de anomalías cromosómicas, trastornos endocrinos o del metabolismo, aplasia ovárica, atresias vaginales, etc.

Existen diversos métodos para obtener el semen para realizar la inseminación artificial. Entre ellos se encuentra el coito normal, el coitus interruptus, el coitus cōdomatus, la masturbación y la punción de los epidídimos. Esto quiere decir, que la característica fundamental de la inseminación artificial es que la fecundación uterina se obtiene sin que medie cópula sexual en la pareja.

a) *Inseminación homóloga*

Se presenta cuando el semen que se introduce en el útero de la esposa pertenece al marido. Este concepto se hace extensivo a la fecundación extrauterina cuando para lograr el embrión se utilizan gametos masculinos y femeninos provenientes de los esposos. En este caso, diremos que nos encontramos frente a una fecundación extrauterina homóloga (7a).

ción artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos, Edición Librería del Profesional, Bogotá, 1984, pág. 2.

(7a) Interesa mencionar que en los Estados Unidos de América se ha desarrollado un nuevo método de fertilización denominado "gift" (transferencia intrafalopiana de gametos), que consiste en introducir espermatozoides y un óvulo en la trompa de falopio de la mujer, que a diferencia del sistema "in vitro" permite que la fertilización se efectúe en la propia trompa, facilitando su posterior implantación en el útero" (ABC, Madrid, 6 de febrero de 1986, pág. 43).

Las principales críticas realizadas a esta práctica provienen de la Iglesia. El Papa Juan XXIII en su Encíclica *Mater et Magistra* sostiene lo siguiente: “Respeto a las leyes de la vida. Tenemos que proclamar solemnemente que la vida humana se transmite por medio de la familia, fundada en el matrimonio único e indisoluble, elevado para los cristianos a la dignidad de Sacramento. La transmisión de la vida humana está encomendada por la naturaleza a un acto personal de la vida humana y consciente y, como tal, sujeto a las leyes sapientísimas de Dios: leyes inviolables e inmutables que han de ser acatadas y observadas. Por eso no se pueden usar medios ni seguir ciertos métodos que podrían ser lícitos en la transmisión de la vida de las plantas y de los animales” (8).

La reciente Instrucción vaticana sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, de 22 de febrero de 1987, señala por su parte que “la inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso en que el medio técnico no sustituya el acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad natural. . . Por eso, la conciencia moral no prohíbe necesariamente el uso de algunos medios artificiales destinados exclusivamente sea a procurar que el acto natural 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. La inseminación artificial sustitutiva del acto conyugal se rechaza en razón de la disociación voluntariamente causada entre los dos significados del acto conyugal. . .”.

Sin embargo, no son solamente las voces religiosas las que se levantan en contra de la inseminación artificial. Distinguidos juristas han expresado su opinión en contra de la utilización de este método. Así tenemos, que Borda ha señalado “que la regulación legal no debe ser contraria a los principios morales y religiosos firmes y universalmente vividos por la comunidad; asevera que la ‘moral cristiana’ ha venido conformando el espíritu del hombre

(8) *Mater et Magistra*, Encíclica de S.S. Juan XXIII, Ediciones Paulinas, Lima, s.f., pág. 68.

occidental desde hace dos mil años, de manera que aun los no cristianos aceptan como válidas y vigentes muchas normas de la moral cristiana, una de las cuales es la repugnancia por la inseminación artificial. Es un procedimiento que rebaja, prostituye el misterio de la concepción divorciándose del acto de amor y convirtiéndolo en un experimento de laboratorio” (9).

Respetando la opinión de la Iglesia y la de los distinguidos juristas contrarios a la inseminación artificial, debemos señalar las ventajas que proporciona la inseminación artificial homóloga, sobre todo si se tiene en consideración que lo que se facilita con esta práctica es la fecundación uterina que por algún obstáculo de naturaleza orgánica o funcional no ha podido producirse a través de la cópula entre los esposos. Es pues, solamente un medio para conseguir la procreación.

La principal objeción a esta práctica es la de que constituye un medio antinatural para la procreación. No compartimos esta opinión y hacemos nuestra la crítica que a esta posición formula Zannoni; cuando sostiene que “la inseminación artificial homóloga durante el matrimonio no contradice la naturaleza en cuanto a lo fundamental: la fecundación del ser humano, con los componentes genéticos de marido y mujer. Falta el coito o cópula perfecta entre ellos, pero no porque éstos la excluyan del objeto de su matrimonio sino porque, por sí, ese coito o cópula no logra satisfacer un fin a que está ordenado por la naturaleza: la procreación (. . .). Si se recurre a la técnica para procrear es porque los esposos no logran superar su infertilidad, no obstante haberlo intentado mediante el coito por sí mismo apto para la procreación. Es más, podríamos llegar a pensar que el no recurrir a la inseminación en estos supuestos, frustra el fin natural de la unión matrimonial, desde la perspectiva ética que analizamos. En efecto, si los esposos no han excluido la cópula, recurrir a la inseminación es un medio que facilita el concurso de los componentes genéticos naturales para fecundar sin contrariar el objeto de la prestación natural del matrimonio.

(9) Cit. por Raffo Magnasco, op. cit., pág. 87.

La masturbación del marido para la obtención del semen no es, entonces, inmoral; es sólo el medio para posibilitar el fin natural. (. . .). Queda dicho pues que, en nuestro sentir, la técnica conducente a la inseminación homóloga no afrenta la naturaleza ni los fines del matrimonio y merece aprobación como un medio para superar, siendo posible, la infertilidad de los cónyuges” (10).

Debemos señalar asimismo que, desde un punto de vista jurídico, la inseminación artificial homóloga no ofrece mayores problemas, ya que al utilizarse los gametos de los propios cónyuges no se presenta dificultad alguna en torno a la filiación.

Los únicos problemas que podrían presentarse serían los derivados de la concepción o nacimiento del hijo después de la muerte, temas que trataremos en el punto III de este ensayo.

b) *INSEMINACION HETEROLOGA*

Se presenta cuando el semen que se introduce en el útero de la mujer no es el del esposo, sino de un tercero. Extendiendo tal concepto, cuando en la fecundación extrauterina, para lograr el embrión, se utilizan gametos masculinos o femeninos o ambos no pertenecientes a los esposos, nos encontramos frente a una fecundación extrauterina heteróloga.

La inseminación heteróloga ofrece serios problemas de orden ético y jurídico. Desde un punto de vista ético es reprobable porque como expresa Zannoni, “los esposos, por un acto de voluntad, aceptan que intervenga en la fecundación el elemento activo de un tercero y éste, el tercero, cede ese elemento que le ha sido dado por naturaleza para procrear sin hacerse personalmente responsable del nuevo ser que contribuye a crear.

(. . .). De un lado advertimos que la primera resistencia se presenta cuando se piensa que el hijo es una prolongación genética de sus padres. El hijo es fruto genético y trascendencia genética de sus dadores de vida. Es entonces indiscutible que la inseminación

(10) Zannoni, Eduardo A., op. cit., pág. 50.

de la esposa con espermatozoides que no es el de su marido compromete o repugna esa trascendencia genética. Genéticamente el hijo es de un tercero que no es el padre. El marido de la mujer ha contrariado la naturaleza al permitir que su esposa conciba con un tercero. Aludimos, obviamente, a contrariar la naturaleza ética que sólo en la concepción matrimonial ve el modo apetecible de generar la vida. Es decir no aludimos a la pura naturaleza biológica, pues que la fecundación se produce, en esos casos, cumpliendo las leyes de esa naturaleza. Lo que repugna es el medio: la implementación de la naturaleza biológica para afrentar la naturaleza ética de la procreación humana” (11).

En la misma dirección, la Instrucción Vaticana sobre el respecto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación expresa que “. . . el recurso a los gametos de una tercera persona, para disponer del espermatozoides o del óvulo, constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad. . . Es moralmente ilícita la fecundación de una mujer casada con el espermatozoides de un donador distinto de su marido, así como la fecundación con el espermatozoides del marido de un óvulo no procedente de su esposa. Es moralmente injustificable, además, la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donador. . .”.

Para realizar estas prácticas se utilizan los bancos de espermatozoides humanos congelados, los que empezaron a funcionar en la década de 1970, fecha en que como señala Paccard, centenares de miles de mujeres ya habían sido impregnadas artificialmente con espermatozoides humanos (12).

Debemos dejar constancia de que quienes sostienen la necesidad de regular jurídicamente la inseminación heteróloga lo hacen sobre la base de considerar que de este modo se logra que el ser humano imposibilitado por múltiples razones de procrear no vea frustrado su instinto de paternidad o maternidad.

(11) Zannoni, Eduardo A., op. cit., pág. 51-53.

(12) Cit. por Raffo Magnasco, op. cit., pág. 102.

Señala Araguez que “problemas como el de la inseminación artificial verificada plenamente in vitro, el del tratamiento del feto, los ‘lavados cerebrales’, procedimientos para intensificar la capacidad intelectual humana, trasplantes de corazón, etc., suponen junto al avance que en el plano biológico o científico propiamente signifique, una indudable derivación ética, social y jurídica. Independientemente del desarrollo técnico que de sí tales experimentos entrañen, el tema alcanza una trascendental repercusión en cuanto a su posible legitimidad o a las condiciones para tal legitimidad, en su caso. Lo que no cabe es perseverar en la actual falta de consideración jurídica hacia tales adelantos científicos, porque tal actitud equivaldría a abandonarlos en manos de posibles oportunistas quizá poco escrupulosos, y de otra parte, a que el Derecho no supiera estar a la altura de su tiempo” (13).

Independientemente de la posición contraria que sostenemos respecto de la práctica de la inseminación heteróloga, es preciso analizar los problemas jurídicos que se derivan de ella y las soluciones a darse a esta cuestión en el marco de ordenamiento legal peruano.

III. *ALGUNOS PROBLEMAS JURIDICOS DERIVADOS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL*

a) *Nacimiento del hijo después de la muerte del marido*

En relación con esta hipótesis se debe dejar constancia de que la muerte del marido origina una serie de consecuencias jurídicas, entre las que cabe mencionar las siguientes: pone fin a la persona, disuelve el vínculo matrimonial, cesan los derechos y deberes del matrimonio, el cónyuge supérstite puede volver a casarse, se extingue el régimen de sociedad de gananciales y se abre la vocación hereditaria del cónyuge supérstite y sus herederos.

Para comprender el supuesto planteado es necesario que analicemos el principio contenido en el artículo 361 del Código Civil,

(13) Araguez Perez, Felipe, El derecho a la disposición del cuerpo, Revista de la Legislación y Jurisprudencia, Tomo 222, pág. 46.

por el que se establece que: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. La regla consagra la presunción “*pater is est quem nuptiae demonstrant*”.

Si se practica una inseminación homóloga o aun una heteróloga (sin ser contestada la paternidad luego del nacimiento) durante el matrimonio y el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido, se entenderá que se trata de un hijo de éste y además será matrimonial. Si en cambio, el hijo nace con posterioridad a los trescientos días, no tendrá por padre al marido y se tratará de un hijo extramatrimonial.

No se suscita, pues, sobre el particular, mayor dificultad.

b) *Concepción del hijo despues de la muerte del marido*

El problema en cambio se plantea respecto de la inseminación artificial practicada luego del fallecimiento del marido con semen de éste obtenido antes de su muerte (14).

Teniendo en cuenta que lo que interesa en este caso no es el momento del nacimiento, sino el de la concepción, pues el matrimonio ya ha quedado disuelto con la muerte del marido, el hijo que nazca no tendrá por padre a aquél y será extramatrimonial (14a).

Es partidario de esta posición Raffo Magnasco cuando afirma que: “Si el hijo es concebido —mediante inseminación artificial o

(14) Cabe mencionar sobre este particular, el caso que se presentó en Francia en 1984, cuando Corinne Parpalaix solicitó judicialmente al CECOS (Centro de Estudios y Conservación de Esperma de Francia) que le devolviera el esperma congelado de su marido Alain, muerto en 1983 de cáncer a los testículos, con el objeto de ser inseminada artificialmente. El Tribunal de Creteil resolvió favorablemente la solicitud. Empero, no obstante practicarse la inseminación, debido a que el esperma no tenía suficientes espermatozoides, no llegó a quedar embarazada.

(14a) El artículo 386 del Código Civil Peruano establece lo siguiente: “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”.

fertilización in vitro y posterior implante de embrión— utilizando los elementos fecundantes del matrimonio ‘antes’ del fallecimiento del o los progenitores, el hijo ‘será matrimonial’. Por el contrario, si el hijo es concebido ‘posteriormente’ al fallecimiento, el hijo será ‘extramatrimonial’, porque el vínculo matrimonial preexistente ha quedado disuelto por la muerte” (15).

Acerca del supuesto del hijo concebido mediante inseminación homóloga practicada después de la muerte del marido, Zannoni (15a) pone de relieve el hecho de que “la moderna biología . . . logra que los seres humanos . . . puedan transmitir la vida después de su propia muerte física. 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*”.

Raffo Magnasco (15b) se muestra absolutamente contrario a la posibilidad de reformulación mencionada por Zannoni y que compartimos, y señala que “si bien es cierto que los elementos fe-

(15) Raffo Magnasco, op. cit., pág. 105.

(15a) Zannoni, Eduardo A., op. cit. pág. 75.

(15b) Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, op. cit., págs. 106-107.

cundantes, llevan en sí parte del ser que lo elabora, a tal punto que trasmite caracteres, rasgos, enfermedades, etc. y que será padre del mismo la persona de quien provenga el gameto y madre aquella mujer de quien provenga el óvulo, ello será cuando la persona 'está viva' y no cuando 'ha muerto', pues ha perdido los 'atributos de la personalidad' y quien 'no es persona, no puede ser padre'. Pensar de otra manera es un desafío a Dios y si bien es sabido que el hombre hará prodigios, esos prodigios sólo los podrá hacer dentro del marco del respeto a la Ley de Dios y a la Ley que El ha impuesto a las cosas y no fuera de ella, porque fuera de ella no hay lógica posible, cayendo irremediabilmente en el absurdo”.

c) *La filiación*

De acuerdo con el Código Civil Peruano, la filiación puede ser matrimonial o extramatrimonial. Por la adopción, además, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

En el Derecho de Familia prima el principio “mater semper certa est, pater is est quem inutae nuptiae demonstrant”. Este principio se verá destruido con la fecundación extrauterina como veremos más adelante, ya que puede darse el caso de que quien realice el embarazo no sea la misma mujer que ha proporcionado el óvulo.

A este respecto puntualiza La Cruz Berdejo (15c) que “los progresos de la técnica acabaron primero con la incertidumbre de la paternidad (pater autem incertus) . . . Pero las ciencias siguen adelantando que es una barbaridad, y la segunda mitad del siglo nos ha traído, con nuevos progresos de la Biología, la posibilidad contraria: la de dejar en la incertidumbre la generación materna acabando con la regla “mater semper certa est”. En efecto, merced a la actual posibilidad de fecundar in vitro, en una placa de cristal, con gametos masculinos, un óvulo extraído de mujer, fabricando embriones al aire libre, que luego pueden implantarse

(15c) LaCruz Berdejo, José Luis, Hijos artificiales y madres de alquiler, en: ABC, Madrid, miércoles 6 de mayo de 1987, pág. 32.

en el útero de cualquier mujer en situación de gestar, puede quedar en el misterio la procedencia genética materna de cualquier humano. . .”.

El artículo 362 del Código Civil Peruano establece que “el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”. Esto quiere decir que si la mujer es inseminada artificialmente con semen que no es de su marido (inseminación artificial heteróloga) y sin consentimiento de éste, aunque la madre declare este hecho, si el esposo no niega la paternidad, el hijo será matrimonial y tendrá por padre al marido. Si este último, en cambio, no ha prestado su consentimiento para la inseminación heteróloga y se entera de este hecho, podrá negar la paternidad siempre que el hijo nazca antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio; si ha sido 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; si ha estado judicialmente separado; o si adolece de impotencia absoluta.

Por consiguiente, la inseminación homóloga que se realiza dentro del matrimonio dará lugar a un hijo matrimonial.

La inseminación heteróloga sin negación de la paternidad por el esposo dará lugar igualmente a un hijo matrimonial.

Vinculado con esta cuestión es necesario meditar acerca de si en un futuro cercano deberá considerarse la inseminación artificial heteróloga no consentida por el marido como causal de divorcio.

IV. *FECUNDACION EXTRAUTERINA*

Al igual que la inseminación artificial, su práctica empezó con animales. Schenk fertilizó artificialmente a fines del siglo pasado óvulos de coneja en un tubo de ensayo. Con posterioridad Austin, Blandau, Chang, Pavlok y otros perfeccionaron la fertilización in vitro de animales.

Merkin y J. Rock fueron los primeros que utilizaron este mé-

todo para fertilizar con espermatozoides un ovocito extraído de la trompa. Los trabajos científicos se multiplicaron y el 25 de julio de 1978 se produjo el nacimiento de Louise Joy Brown convirtiéndose en la primera bebé probeta del mundo. Su madre, una inglesa de 32 años tenía obstruidas las trompas de Falopio. Los médicos le extranjerón un óvulo maduro que en condiciones adecuadas fue fecundado in vitro con espermatozoides de su esposo. Con posterioridad, el embrión fue implantado en el útero de Lesley Brown donde se desarrolló normalmente hasta el momento del alumbramiento.

Con el nacimiento de Louise Joy Brown se produjo una gran conmoción en la humanidad que dio lugar a que otras parejas que se encontraban en la misma situación que los Brown quisieran someterse a este procedimiento. Las fecundaciones in vitro continuaron realizándose y el jurista se encuentra hoy día frente a una realidad que debe ser objeto de un tratamiento jurídico adecuado.

Publicaciones como las que vamos a mencionar a continuación hacen que el problema de la fecundación extrauterina resulte de gran actualidad.

“Un tribunal norteamericano dictaminó que la vida de probeta puede ser incluida en la ley federal que permite obtener patentes a todo aquel que ‘invente o descubra cualquier proceso, máquina, manufactura o composición de materia, nuevo o útil’. Tal la opinión del presidente de la Suprema Corte de Washington, Warren Burger, que en acuerdo con la mayoría expresó que un organismo vivo puede encuadrar dentro de la definición legal de ‘manufactura’ o ‘composición de materia’. De acuerdo con tal dictamen, podrán patentarse las nuevas formas de vida creadas en laboratorios científicos, mediante la llamada ‘ingeniería genética’. Agregó el juez que ‘el Congreso es libre de enmendar la Ley de Patentes como para excluir de la protección legal los organismos producidos por la ingeniería genética o de elaborar un estatuto específicamente creado para tales elementos vivientes’...” (16).

(16) Diario Clarín de Buenos Aires, julio de 1980. Cit. por Raffo Magnasco, op. cit., pág. 62.

Es de observarse que a este problema que es fundamentalmente humano se le está dando un tratamiento comercial que no puede ni debe permitirse en nuestro medio. A tal punto han llegado los excesos que los medios de información han publicado una noticia como la que nos permitimos reproducir: “Las ‘donadoras de maternidad’ podrían solucionar el problema de las parejas estériles en las que la mujer es la incapacitada para procrear. Así lo afirma un abogado de Detroit, que está organizando la nueva industria de la familia a nivel industrial. Todo comenzó cuando recientemente la prensa se ocupó del caso de una muchacha que dio a luz un niño ‘por cuenta de terceros’ y apareció por televisión otra joven que está embarazada de un hombre que no conoce. Esta última, fecundada artificialmente con el semen del hombre que ‘le encargó’ el hijo de acuerdo con su esposa, es virgen y recurrirá al parto con operación cesárea. En el caso del primer niño nacido por encargo, la pareja que ‘alquiló’ a la muchacha logró superar los obstáculos legales y adoptar al bebé. Por ahora la ley permite este tipo de servicio sólo nivel gratuito, pero Noel Keane —tal el nombre del abogado— sostiene que el futuro de esta solución para las parejas estériles, reside en que pueda cobrarse por la donación de maternidad. Afirma que pagando diez mil dólares —poco más de mil dólares por cada mes de gestación— se podría encontrar muchas jóvenes sanas, dispuestas a ‘vender’ su capacidad procreativa. Aconseja que mientras la ley siga prohibiendo el pago por el servicio, no queda sino un solo remedio: trasladarse a Kentucky, el único estado que no prohíbe este ‘contrato comercial’ ” (17).

El primer bebé probeta español nació el 12 de julio de 1984 en el Instituto Dexeus de Barcelona. Su nombre Victoria Anna es una expresión de agradecimiento a la labor de la bióloga Anna Veiga y de la victoria que significó para los padres la llegada del hijo tan largamente deseado.

Una muestra más de los problemas que puede acarrear la realización de esta práctica la encontramos en la siguiente noticia: “Volviendo a los probetas y a Estados Unidos, hay que mencionar

(17) *Femidiario*, Buenos Aires, julio de 1980. Cit. por Raffo Magnasco, op. cit., pág. 62.

el caso de los esposos Del Río, que han denunciado al que fuera director de obstetricia y ginecología del Centro Médico Presbiteriano, de la Universidad de Columbia, doctor Raymond Wiele, quien hace unos años, cuando aún ocupaba dicho cargo, sin consultar a nadie más que a su conciencia, destruyó una probeta en la que un colega, el doctor Shettles, estaba tratando de conseguirles a los Del Río el hijo que no conseguían tener por los métodos tradicionales. La explicación dada por el doctor denunciado, tras años de vacilaciones comprensibles, por parte de los frustrados Del Río, ha sido que el doctor Shettles no había pedido permiso para llevar a cabo su experimento a algo llamado el Comité de Reproducción Humana. Ya se sabe, en Estados Unidos hay comités por todo. La situación es aún más peregrina si se tiene en cuenta que el doctor Wiele se afirma contrario al aborto y partidario del Movimiento Defensa de la Vida, que agrupa diversas corrientes antiabortistas, sin que tan aparente contradicción parezca turbarle en absoluto” (18).

No puede dejar de conmover el caso de la señora Pat Anthony, que está gestando tres fetos originados en una fecundación “in vitro” de óvulos de su hija y esperma de su yerno. ¿La señora Anthony se convertirá en madre y abuela al mismo tiempo o solamente adquirirá una de esas dos calidades? (19).

Se ha dado el caso, incluso, del nacimiento en Londres de quintillizos logrados mediante la técnica de la fertilización “in vitro” (20). Meses antes habían nacido en Jerusalén los primeros trillizos concebidos mediante este método (21).

En América Latina las técnicas de fecundación extrauterina

(18) Los bebés-probeta: Un problema de vida o muerte. Artículo publicado en el Diario La República, Lima, el 29 de marzo de 1986.

(19) “Madre gesta a trillizos ‘in vitro’ de su propia hija”. El Comercio, Lima, 9 de abril de 1987.

(20) “Nacieron los primeros quintillizos de probeta”. Diario El Comercio, Lima, 30 de marzo de 1986.

(21) “Trillizos de probeta nacen en Jerusalén”, Diario Ojo, Lima, 9 de enero de 1986.

han dejado de ser inusuales. Hace dos años se anunciaba en Argentina que mediante la técnica de la fertilización "in vitro" se habían obtenido los primeros tres embarazos de ese tipo en dicho país (22), y el año pasado nacieron en la clínica bonaerense Sol-Arenales los primeros trillizos concebidos por el método de fecundación "in vitro" (23).

En el Perú se han publicado diversas noticias señalando que el nacimiento del primer niño probeta peruano es una lógica consecuencia del desarrollo de esta técnica ampliamente utilizada en diversos países del mundo.

Después de lo señalado podemos definir la fecundación extrauterina, también denominada artificial, extracorpórea, en laboratorio o "in vitro" como una técnica por medio de la cual se provoca el encuentro de un óvulo con un espermatozoide para dar como resultado un embrión fuera del cuerpo de la mujer (24).

(22) "Lograronse tres embarazos 'in vitro' en nuestro país". Artículo aparecido en el Diario La Nación, Buenos Aires, 7 de agosto de 1985.

(23) "Nacen trillizos de probeta, Argentina". Diario Ojo, Lima, 10 de febrero de 1986.

(24) Señala Vila-Coro que: "Con anterioridad se somete a la paciente a unas dosis de hormonas para estimular la formación en los ovarios de ovocitos en mayor número de lo normal. Estos se extraen por medio de una pequeña intervención quirúrgica. Se depositan en un recipiente de laboratorio y se ponen en presencia de los espermatozoides. Si es indiferente el sexo del hijo que se desea, esta presencia se hace indiscriminadamente. Para conseguir un varón, se deben seleccionar los espermatozoides portadores de cromosoma Y. De esta unión surge la célula portadora del código genético que transmitirá los caracteres hereditarios del nuevo ser. Al dividirse ésta, adquiere las características de una zarzamora, por lo que recibe el nombre de mórula. Cuando adquiere el tamaño conveniente, lo cual ocurre a las 36-48 horas, se implanta en la matriz de la mujer. Si recibe una acogida favorable, anida y se produce el embarazo. De los óvulos que se extraen del ovario, y han sido fecundados, se implantan en la matriz tres o cuatro, como máximo, de los que tienen más vitalidad. Esta precaución tiene como objeto evitar los embarazos múltiples de fetos inviables. El resto de los embriones se puede congelar, conservándose en vida latente, pudiéndose descongelar en cualquier momento para ser utilizados" (Vila-Coro, María Dolores, Aspectos jurídicos

Tal como se ha señalado precedentemente, la fecundación será homóloga cuando intervienen los componentes genéticos de marido y mujer y heteróloga cuando se hace uso de óvulos de una mujer distinta a la esposa, de esperma de un tercero o de óvulos y esperma de terceros.

V. *PROBLEMAS JURIDICOS DERIVADOS DE LA FECUNDACION EXTRAUTERINA*

La fecundación extrauterina origina, como bien ha señalado Fernández Sessarego, “una ardua problemática ética, social y jurídica. La casuística que se puede presentar en esta materia da lugar a hechos que, de no estar sujetos a control jurídico, son susceptibles de causar grave impacto y tremenda perturbación en la vida de relación social. El prodigioso desarrollo de la genética hace factible, entre otras tantas posibilidades, obtener embriones sobre la base de donantes desconocidos; la fecundación de uno o más óvulos provenientes de la misma mujer mediante el esperma de diversos donantes; el logro de embriones sobre la base de donantes conocidos o anónimos para su implantación en útero diverso al de la cedente del óvulo; la selección eugenésica para obtener un cierto ‘tipo étnico’; o la voluntaria determinación del sexo. El caso más frecuente que se presenta en determinados países es el de la fecundación homóloga, es decir la consecución en laboratorio de un embrión por decisión y con la sola intervención de los cónyuges en caso de incapacidad de la mujer. El embrión así logrado puede implantarse en el útero de la propia cónyuge o, de existir impedimento, en el de otra mujer que se preste a su gestación” (25).

La fecundación extrauterina se presenta según se ha indicado antes, cuando la fecundación se realiza fuera del útero de la mujer, es decir, sin la realización de la cópula.

cos de la fertilización ‘in vitro’ Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Revista Jurídica General, Núm. 1/1985, enero-febrero, pág. 62).

(25) Fernández Sessarego, Carlos, Derecho de las Personas, Librería Studium Editores, Lima, 1986, pág. 50.

“Parece indudable que existe un legítimo derecho a que, con fines terapéuticos, se fecunde ‘in vitro’, es decir, en el laboratorio, un óvulo extraído de una mujer, con semen del marido, para que pueda conseguir un embarazo. Este caso se presenta cuando la paciente tiene obstruidas las trompas y el óvulo no puede circular libremente hasta la matriz. Se hace necesaria la intervención de un profesional para extraer el óvulo y, una vez fecundado, implantarlo en el útero, a fin de que pueda anidar en él. Esta situación parece que no presenta ningún problema ni desde el punto de vista jurídico ni desde el punto de vista científico. Los fines que la provocan no rozan la falta de ética profesional que establece la deontología médica, ya que se trata de suplir o corregir una deficiencia de la naturaleza” (26).

No encontramos, como en el caso de la inseminación artificial homóloga, inconveniente ético alguno para la fecundación extracorpórea homóloga. Los progenitores se encuentran ante la imposibilidad de engendrar un hijo mediante el coito. Con el mecanismo de la fecundación extrauterina se excluyen las dificultades para que tal procreación se verifique.

Situación distinta es la que se plantea con la fecundación heteróloga, pues en este supuesto se hace uso de componentes genéticos extraños a marido y mujer. Partimos del criterio de que ningún ser humano tiene derecho, desde un punto de vista ético, a disponer de sus componentes genéticos.

Los hijos deben ser el resultado de la intervención personal de la pareja. De admitirse una situación como la que se analiza, se daría el caso de un hijo que, genéticamente, lo sería de un tercero, distinto al marido o a la mujer, según el caso, o de terceros. En tales situaciones, no podría excluirse que se presentase la hipótesis de que la dadora del óvulo fecundado reclamase la maternidad del hijo concebido con aquél; o que el dador del semen reclamase la paternidad del hijo concebido; o que ambos lo hicieran (26a).

(26) Vila-Coro, op. cit., pág. 76.

(26a) En opinión de Zannoni (op. cit., pág. 110), la dadora del óvulo fecundado carecería en el caso propuesto de acción para reclamar la maternidad si el hijo no ha sido desconocido por quienes están habilitados con inte-

Participamos enteramente de lo que se sostiene en la Instrucción Vaticana sobre problemas de bioética respecto de la fecundación extrauterina heteróloga: “La fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal. Constituye además una ofensa a la vocación común de los esposos a la paternidad y a la maternidad: priva objetivamente a la fecundidad conyugal de su unidad y de su integridad, espera y manifiesta una ruptura entre la paternidad genética, la gestación y la responsabilidad educativa. Esta alteración de las relaciones personales en el seno de la familia tiene repercusiones en la sociedad civil: lo que amenace la unidad y la estabilidad de la familia constituye una fuente de discordias, desórdenes e injusticias en toda la vida social”.

a) *La concepción*

El artículo 1º del Código Civil Peruano ha establecido una moderna distinción entre la expresión “sujeto de derecho” y “persona”.

Como expresa Fernández Sessarego: “‘Sujeto de derecho’ es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. En la experiencia jurídica —en la dimensión existencial— este ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano, antes de nacer o después de haberse producido este evento, ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas. Es decir, el centro de referencia normativo tiene como su correlato a la vida humana, a los seres humanos en relación. El término ‘sujeto de derecho’ resulta así genérico al designar cualquier modalidad que asuma la vida humana en cuanto dimensión fundamental de lo jurídico. La expresión ‘persona’ se reserva, en cambio y de acuerdo con la tradición jurídica, para mentar dos situaciones específicas dentro de las cuatro categorías de ‘sujeto de derecho’ que reconoce el Código Civil. Nos referimos con el término ‘persona’ al hombre, una vez nacido, como individuo, o colectivamente organizado siempre que cumpla con la formalidad de su

rés legítimo. La misma solución es ofrecida en la eventualidad de que la paternidad fuera reclamada por el dador del semen (vid. págs. 66-67).

inscripción exigida por la norma. En el primer caso nos encontramos frente a la persona individual, a la que³ el Código menciona como 'natural', y en el segundo ante la persona colectiva conocida como 'persona jurídica' ” (27).

Es importante destacar que el artículo 1º del citado Código señala que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento y que la vida humana comienza con la concepción. De este modo, el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, con la salvedad de que la atribución de derechos patrimoniales está condicionada resolutoriamente, no suspensivamente, a que nazca vivo.

Si la vida humana comienza con la concepción, es preciso preguntarse cuándo, cómo y dónde se produce la concepción, porque de las respuestas que se den a estos interrogantes podrá determinarse si cabe o no pensar en una concepción uterina y en una concepción extrauterina. Si la última fuese posible, como la creemos, nos encontraríamos frente a un concebido extrauterinamente, sujeto de derecho para todo cuanto le favorece y nadie podrá tener la menor duda de que el derecho a la vida, sería el principal derecho que le correspondería, al que debe añadirse los derechos a la integridad física, a la salud, a la dignidad, entre otros.

Fernández Sessarego expresa que “el concebido constituye vida humana, genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide” (28). Por consiguiente, puede hablarse de un concebido extrauterinamente (28a).

(27) Fernández Sessarego, op. cit., pág. 26.

(28) Fernández Sessarego, op. cit., pág. 28.

(28a) Sobre este particular, la Instrucción Vaticana sobre problemas de bioética, citando las enseñanzas contenidas en la declaración sobre el aborto procurado, señala que “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 precisa confirmación.

Expresa Zannoni que: “Todas las legislaciones, aun las modernas, presuponen —es obvio— que la concepción en el seno materno es obra común de padre y madre que engendran al hijo mediante el coito o cópula. Sin embargo, la inseminación artificial —y ni qué decir la fecundación extrauterina— permiten observar que puede haber concepción humana sin cópula aunque —como ocurre en la inseminación homóloga— biológica y genéticamente el hijo concebido sea fruto de marido y mujer” (29).

Sobre la base de lo expresado y haciendo la salvedad de que debido a los avances de la genética es necesario que mediante un trabajo conjunto en el que intervengan médicos, abogados, religio-

Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será ese ser 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”. Y más adelante agrega: “. . . el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho de todo ser humano inocente a la vida”.

(29) Zannoni, *op. cit.*, pág. 29.

La discusión planteada por Zannoni está directamente vinculada con el status jurídico del embrión. Solucionado este problema las respuestas jurídicas a cada situación caen por su propio peso. Al respecto resultan ilustrativas las palabras de Vila-Coro para establecer los criterios que permitan diferenciar si hay vida o no en un embrión: “Si se considera que está vivo por el hecho de que tiene la capacidad de multiplicar sus células, como en el caso del embrión que está en el laboratorio, o necesita encontrarse en un medio apto para su supervivencia, ya que el laboratorio, por el momento, no puede conseguir que esa vida llegue a término. Existe otro criterio que es el mantenido por el doctor Edwards, quien junto con el doctor Steptoe, consiguieron el nacimiento por fertilización ‘in vitro’ del primer ser humano vivo: la niña Louise Brown. Este doctor mantiene que se puede investigar con el embrión hasta el 14º día de su vida, que es cuando se desarrolla el tubo neural con la aparición de los órganos de los sentidos. Si la persona se considera muerta cuando desaparecen las funciones cerebrales y de los sentidos ¿por qué no pensar que la vida también comienza cuando éstas aparecen?” (Vila-Coro, *op. cit.*, pág. 65).

sos, etc., se determine con exactitud qué se entiende por concepción, sostenemos que el artículo 1° del Código Civil no descarta la idea de una concepción uterina y otra extrauterina y, por tanto, comprende en sus alcances al embrión que aún no ha sido implantado en la mujer.

b) *El aborto*

El Código Penal Peruano contempla la figura del aborto en el Título II del Libro Segundo referido a los delitos, entre sus artículos 159° a 164° inclusive. De este modo, regula las figuras del auto-aborto, aborto consentido, aborto abusivo, aborto terapéutico y aborto preterintencional. Al tipificar cada una de estas figuras coloca como requisito 'sine qua non' para que se presenten el que se practiquen sobre una mujer. No cabe en este caso, entonces, la menor duda de que para que cualquiera de estas figuras delictivas se presente se requerirá que la inseminación artificial o la fecundación extrauterina ya se haya practicado en la mujer. En el último caso, deberá haberse depositado el embrión en el útero de la mujer.

En este orden de ideas, cualquier manipulación que se efectúe contra el embrión fecundado antes de su implantación, no será posible de sanción penal porque dicha conducta no encuadra en ninguno de los tipos penales existentes en el ordenamiento jurídico peruano.

Ante esta situación, resulta necesario que se configuren nuevas figuras delictivas. Si al embrión fecundado extrauterinamente se le considera como concebido, es decir, como sujeto de derecho, es indispensable tipificar un nuevo tipo de aborto del concebido extrauterinamente. En tal caso, la nueva figura delictiva estaría dada, como señala Raffo Magnasco, "por la circunstancia de que el procedimiento empleado consista en la fecundación de 'varios óvulos' para luego 'elegir' e implantar en el seno materno, el embrión que demostrase 'mayor vitalidad', es decir, de acuerdo a las informaciones que sobre la materia se han dado, se adopta un 'método selectivo' después de crear conscientemente, 'varias vidas huma-

nas', eligiendo indiscriminadamente la más dotada, para proceder luego a la 'destrucción de las demás' ” (30) (30a).

En relación con la cuestión planteada, participamos del punto de vista de Vila-Coro cuando señala que “lo que hay que concretar es si omitir el acto de facilitar al embrión un medio que haga posible su nacimiento, esa omisión es delictiva. Si es delictiva, también lo será el no proveer de una matriz a todos los doce o catorce embriones fecundados que en un período ovulatorio se hayan podido extraer de una mujer independientemente de sus debilidades o malformaciones, ya que el punto de partida es considerarlos vivos con derecho a la vida y sin discriminación, desde el momento de unión de los gametos de sus padres. Esto significaría lo contrario a colaborar con la naturaleza, sería ir en contra de sus planes de selección y superabundancia de medios. Está claro que ninguna mujer puede gestar un embarazo de doce óvulos que, sin embargo, su ovario sí puede producir” (31).

(30) Raffo Magnasco, Osvaldo Pedro, op. cit., pág. 92.

(30a) Acerca de la destrucción de embriones, la Instrucción Vaticana sobre problemas de bioética indica lo siguiente: “los embriones humanos obtenidos ‘in vitro’ son seres humanos y sujetos de derechos: su dignidad y su derecho a la vida deben ser respetados desde el primer momento de su existencia. Es inusual producir embriones humanos destinados a ser explotados como ‘material biológico’ disponible. En la práctica habitual de la fecundación ‘in vitro’ no se transfieren todos los embriones al cuerpo de la mujer, algunos son destruidos. La Iglesia, del mismo modo en que condena el aborto provocado, prohíbe también actuar contra la vida de estos seres humanos. Resulta obligado denunciar la particular gravedad de la destrucción voluntaria de los embriones humanos obtenidos ‘in vitro’ con el sólo objeto de investigar, ya se obtengan mediante la fecundación artificial o mediante la ‘fisión genelar’. Comportándose de tal modo, el investigador usurpa el lugar de Dios, y aunque no sea consciente de ello, se hace señor del destino ajeno, ya que determina arbitrariamente a quién permitirá vivir y a quién mandará a la muerte, eliminando seres humanos indefensos. Los métodos de observación o de experimentación que causan daños o imponen riesgos graves y desproporcionados a los embriones obtenidos ‘in vitro’ son moralmente ilícitos por la misma razón . . .”.

(31) Vila-Coro, op. cit., pág. 75.

VI. *REGULACION LEGAL DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FECUNDACION EXTRAUTERINA. LA EXPERIENCIA EXTRANJERA*

Resulta de particular interés analizar en este punto el Informe Warlock que estudia las implicancias morales y científicas en relación con la fecundación extrauterina (32).

Señala Vila-Coro (33) que los principios contenidos en este informe son los siguientes:

- “1. Se rechaza totalmente la ‘maternidad alquilada’, es decir, la mujer que se ofrece para desarrollar en su útero durante nueve meses el embrión implantado, ya sea por dinero o por otras razones.
2. Para evitar problemas de consanguinidad, se debe limitar el número de óvulos o de semen que puede donar una persona.
3. La venta de semen, óvulos o embriones, será autorizada únicamente bajo licencia, permaneciendo siempre en el anonimato tanto donantes como receptores.
4. Los hijos de estos donantes serán legítimos de la mujer y del hombre que figure como padre, sin que tengan los donantes ningún derecho ni deber respecto a ellos. En caso de la viuda que quiera ser inseminada con semen del marido muerto, se le puede permitir, considerando que el niño debería ser privado de los derechos sucesorios o de herencia del padre, para disminuir el número de inseminaciones.
5. Los bebés nacidos por algunas de las técnicas autorizadas, tienen derecho en su momento a conocer su origen genético.
6. Se pueden autorizar experimentos con embriones fertilizados, siempre que no sobrepasen los catorce días después de producida la fertilización. A partir de cuyo momento estos experimentos se deberían considerar delito”.

(32) El informe publicado bajo el título de Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology (Informe del Comité de Investigación sobre la Fertilización Humana y Embriológica), fue redactado entre 1982 y 1984 por dieciséis expertos: médicos, teólogos, abogados y catedráticos bajo la presidencia de Mari Warlock.

(33) op. cit., págs. 65 y 66.

Muchos países del mundo están tratando de regular la inseminación artificial y la fecundación extrauterina para evitar posibles conflictos legales o éticos que pudieran suscitarse en el futuro.

Señala Spencer Reiss que “en Gran Bretaña, en julio de 1984, un comité designado por el Gobierno recomendó crear una autoridad legal para vigilar y controlar la aplicación de la fecundación in vitro, las donaciones de espermatozoides y óvulos, y otros aspectos de la investigación sobre la fertilidad. El comité propuso también la prohibición de las agencias de madres sustitutas. En noviembre de 1984, el Estado australiano de Victoria promulgó la primera ley general sobre la reproducción artificial. Estipula que se deben llevar registros detallados acerca de la verdadera identidad genética del niño, da al ministro de salud la autoridad final para decidir en los casos de embriones ‘huérfanos’, y prohíbe la donación, la reproducción entre especies diferentes y la maternidad sustituta” (34).

En Suecia, está en vigencia la ley de 20 de diciembre de 1984 que regula la inseminación artificial (35).

En los Estados Unidos de América, los Estados de Georgia y Oklahoma aceptan legalmente la inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido (35a).

La Administración Nacional de Sanidad de la República de China en Taiwan ha decidido establecer una serie de normas en este sentido (36).

(34) Reiss, Spencer, “Concepción humana artificial: Asombro e inquietud”, *Selecciones del Reader's Digest*, Enero, 1986, pág. 33.

(35) Cfse. Piga Rivero, Antonio, “Aspectos médico-legales de la inseminación artificial” en: “El Derecho en las fronteras de la Medicina”, Madrid, 1985, pág. 126. También cfse. ABC, Madrid, 4 de setiembre de 1986, pág. 66.

(35a) Cfse. Zannoni, op. cit., págs. 61 y 62.

(36) “Planifican control sobre inseminación artificial”, *Diario Extra*, Lima, 21 de marzo de 1986.

En Francia se ha legalizado la inseminación artificial como método legal de procreación. El Secretario de Estado para la Salud, Edmond Gervé, anunció en una conferencia de prensa un proyecto de ley en relación con los nuevos métodos de reproducción y fertilización artificial; añadió que, como primera medida, “los Centros de estudio y conservación de esperma o los Centros que se dedican a la fecundación in vitro, deberán tener un permiso oficial para poder seguir funcionando”. El Gobierno pretende ante todo alejar los riesgos de consanguinidad y la tentación de manipulaciones genéticas. También determinará quién podrá tener acceso a estos nuevos métodos, si sólo parejas estériles o mujeres solteras que desean tener un hijo (37).

The Australian Medical Research Council (El Consejo Australiano de Investigaciones Médicas), ha establecido las siguientes directrices para la fertilización “in vitro” (38):

- El óvulo, el esperma y el embrión pertenecen a los donadores y las instituciones deben respetar en lo posible sus deseos respecto de su uso, almacenamiento y última voluntad (38a).
- El programa debe ser aprobado por un comité ético oficial.

(37) Vila-Coro, *op. cit.*, pág. 67.

(38) Vila-Coro, *op. cit.*, págs. 67 y 68.

(38a) En junio de 1984 se informó de un caso insólito: el de unos embriones congelados existentes en el Centro Médico de la Reina Victoria en Melbourne, Australia, resultado de una fecundación extrauterina con óvulos de una mujer casada con semen de un tercero. Con posterioridad a la fecundación “in vitro”, los esposos involucrados, Mario Ríos, chileno, y Elsa de Ríos, argentina, fallecieron en un accidente de aviación, habiendo manifestado en vida, aparentemente, su deseo de valerse del útero de otra mujer para la gestación de los embriones, pues la esposa no podía hacerlo. A lo expuesto se agregaba el hecho de que existía un hijo del esposo producto de un matrimonio anterior. Según se informó en octubre de 1984, los embriones “huérfanos” congelados serían dados en adopción e implantados para su ulterior desarrollo y nacimiento en el útero de una mujer, en contra del propósito inicial de destruirlos, “en vista de que los padres no habían dejado instrucciones al respecto y nadie más tenía derecho a decidir por ellos”, según lo había recomendado en setiembre de ese mismo un comité de expertos. Para el efecto, la

- Debe existir una relación familiar aceptable (38b).
- Se admite implantar óvulos donados.
- No se aceptan las madres “alquiladas” o “sustitutas” (38c).
- Se prohíbe continuar el desarrollo embrionario “in vitro” más allá de cuando la implantación se llevaría a cabo.
- En caso de desacuerdo de los donantes sobre qué hacer con el embrión, debe decidir la Institución.
- El “Cloning” (39) no mencionado por los ingleses se considera inaceptable. No menciona la fertilización entre especies.

Camara Alta del Parlamento del Estado de Victoria, Australia, aprobó una ley especial destinada a resolver el problema suscitado (Cfse. “En ‘adopción’ darán embriones congelados”, El Comercio, Lima 24 de octubre de 1984).

- (38b) En Europa se plantean actualmente casos de lesbianas que hacen uso de los mecanismos de la inseminación artificial y de la fecundación extrauterina para tener hijos. Se presentan inclusive situaciones en que los dadores de semen son homosexuales. Es indispensable poner término a estas prácticas que lesionan gravemente el derecho de la persona a ser concebida y a nacer en el matrimonio y del matrimonio.
- (38c) En febrero de 1985, los esposos William y Elizabeth Stern firmaron un “contrato” con la señora Mary Whitehead, casada y con dos hijos, por el cual se comprometieron a entregarles diez mil dólares a cambio de que ella les trajera un hijo al mundo. Con ese objeto, la señora Whitehead fue inseminada con esperma de William Stern. El 27 de marzo de 1986, Mary Whitehead dio a luz una niña que fue entregada días más tarde a los Stern. Estos, a su turno, le pagaron la suma acordada. Empero, con ocasión de una visita a la niña, la señora Whitehead se la llevó con ella y devolvió el dinero. Planteando un proceso judicial con este motivo, la custodia provisional fue concedida a los Stern en setiembre de 1986. La sentencia dictada por el juez Harvey Sorkow de Nueva Jersey en abril de 1987, resolvió que el “contrato” celebrado fue válido y legal, concediéndose definitivamente la custodia de la niña al matrimonio Stern y excluyéndose todos los derechos de la madre natural sobre la niña. Cuestiones como la planteada hacen urgente una definición legal sobre este tipo de situaciones.
- (39) Consiste en extraer del óvulo fecundado el núcleo que es donde se encuentra el código genético y sustituirlo por el de cualquier otra célula del cuerpo que tiene una dotación cromosomática completa, de tal modo que el nuevo ser engendrado será idéntico al donante de la célula que sustituye el núcleo del óvulo fecundado. El clonning también es conocido como partogénesis.

— Permite investigaciones terapéuticas en ese campo.

La Sociedad Americana de Fertilidad “ha elaborado un código ético y unos estándares mínimos, para llevar a cabo un programa de fertilización ‘in vitro’. En 1982 sólo la consideraba éticamente indicada en mujeres con ausencia o con lesión irreparable de las trompas de Falopio. En 1984 considera como indicaciones todos los casos antes mencionados y se refiere a la fertilización “in vitro” como una alternativa ética a la infertilidad que no puede resolverse por otras vías. La citada sociedad, que representa a unos 8,000 profesionales del campo de la reproducción, opina que los óvulos fecundados sobrantes no deben dejarse desarrollar más allá de catorce días, tras los cuales, siempre con el consentimiento de la donante, se pueden dar, bien a otra pareja estéril, o bien congelarlos para su futuro uso, en principio, por los mismos padres” (40).

El Consejo de Europa redactó un proyecto de recomendaciones a raíz del Simposium Internacional sobre inseminación artificial humana en 1979 (41):

- “1. Las presentes reglas se aplican únicamente a la inseminación artificial de una mujer con espermatozoides de dador anónimo.
2. La inseminación artificial no puede ser practicada sino cuando se dan condiciones apropiadas para asegurar el bienestar del futuro niño. La inseminación artificial deberá ser practicada solamente bajo la responsabilidad del médico.
3. El espermatozoides de una persona no debe ser utilizado a los fines de una inseminación artificial, sin el consentimiento de aquélla. El consentimiento de la mujer y, si ella está casada, el de su marido, es necesario para practicar una inseminación artificial. El médico responsable de la inseminación artificial debe vigilar para que los consentimientos dados sean de forma explícita.
4. Un médico o un establecimiento médico que reciban espermatozoides humanos para inseminación artificial, deben proceder a las in-

(40) Citado por Vila-Coro, op. cit., pág. 68.

(41) Citado por Vila-Coro, op. cit., págs. 69 y 70.

investigaciones y exámenes médicos apropiados, a fin de prevenir la transmisión por vía del dador de enfermedades de carácter hereditario o de afecciones contagiosas u otros factores peligrosos para la salud de la mujer o del futuro niño. De otra parte, el médico que proceda a la inseminación, debe aportar toda medida apropiada, a fin de evitar un peligro para la salud de la mujer y para la del futuro niño.

5. El médico y el personal del establecimiento médico que reciban esperma o practiquen la inseminación artificial, deben preservar el secreto de la identidad del dador y, bajo reserva de exigencias de la justicia, de la identidad de la mujer y, si ella está casada, de su marido, así como el secreto sobre la propia inseminación artificial. El médico no procederá a la inseminación si estas condiciones hacen improbable el mantenimiento del secreto.
6. La donación de esperma debe ser gratuita. Sin embargo, la pérdida de salario, así como los gastos de desplazamiento y otros desembolsos directamente causados por la donación del esperma, pueden ser reembolsados al dador.
La persona o el organismo público o privado que ceda esperma para inseminación artificial, no deberán hacerlo con finalidad lucrativa.
7. Cuando la inseminación artificial ha sido practicada con el consentimiento del marido, el niño será considerado como hijo legítimo de la mujer y de su marido, y nadie podrá contestar la legitimidad por el solo hecho de la inseminación artificial.
Ningún lazo de filiación entre el dador y el niño concebido por la inseminación artificial, puede ser establecido. Ninguna acción con fin alimentario podrá ser intentada contra el dador o por éste contra el niño”.

El Código de Familia de Bolivia en el segundo párrafo de su artículo 187° relativo al desconocimiento de 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 72, tercer párrafo, referido a la impugnación de la paternidad es-

tablece: “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”.

VII. *CONCLUSION*

A lo largo de este ensayo se han planteado algunos de los problemas que surgen como consecuencia de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina, los que obviamente exigen una toma de posición. Por ello, acogemos el llamado formulado hace unos años por Fernández Sessarego, en el sentido de que debemos meditar, “honda y seriamente, en la impostergable necesidad de que los juristas asuman, cuanto antes y con valentía, la solución ético-jurídica de los innumerables casos que pueden presentarse como consecuencia de manipulaciones genéticas en el laboratorio y se determine, en su caso, la licitud o ilicitud de cada una de tales posibles prácticas genéticas. No es oportuno ignorar por más tiempo el problema. Se requiere, con urgencia, valorar éticamente estas situaciones a fin de encauzarlos normativamente” (42).

(42) Diario El Comercio, Lima, 8 de julio de 1984.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- Albacar López, José Luis,
“Aspectos penales de la manipulación genética”
Madrid, 1985.
- Díez Picazo, Luis, y Gullón, Antonio,
“Sistema de Derecho Civil”, Volumen I
Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1984.
- Fernández Sessarego, Carlos,
“Derecho de las personas”
Librería Studium Editores, Lima, 1986.
- Gisbert Calabuig, Juan Antonio,
“Los problemas deontológicos y jurídicos de los métodos arti-
ficiales de fecundación”
Madrid, 1985.
- Gómez Piedrahita, Hernán,
“Problemas jurídicos de la inseminación artificial y la fecun-
dación extrauterina en seres humanos”
Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1984.
- Martínez Calcerrada, Luis,
“El Derecho ante la inseminación artificial”
Madrid, 1985.
- Novoa Aldunate, Eduardo,
“El comienzo de la existencia humana y su protección jurídi-
ca”
Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969.

- Piga Romero, Antonio,
“Aspectos médico-legales de la inseminación artificial”
Madrid, 1985.
- Zannoni, Eduardo A.,
“Inseminación artificial y fecundación extrauterina. Prospecciones jurídicas”
Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.

ARTICULOS DE REVISTAS

- Chang - Silva, Augusto W.
“Bebé probeta en el Perú”
Revista Gente, No. 518, Lima, 14 de noviembre de 1985.
- Freeland Judson, Horace
“Ingeniería genética: Inquietudes actuales”
Revista Facetas, No. 85-5, Washington D.C., 1984.
- Goyoso y Navarrete, Mercedes
“La inseminación artificial frente al Derecho Clásico y Justiniano. Propuesta para México”
Ponencia presentada en el “Congreso Internacional de Derecho Romano” celebrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, del 06 al 08 de agosto de 1985.
- Raffo Magnasco, Oswaldo Pedro
“Técnicas genéticas de fecundación en las personas de existencia visible, sus implicancias éticas y jurídicas”
Prudentia Iuris V, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, diciembre, 1981.
- Reiss, Spencer
“Concepción humana artificial: Asombro e inquietud”
Selecciones del Reader's Digest, Enero, 1986.
- Rensberger, Boyce
“Cultura/Genes: El debate continuo”
Facetas, Número 63, Washington D.C., enero de 1984.

- Rosenfeld, Albert
 “Dilemas morales de la biología moderna”
 Facetas, Vol. 13, Washington D.C., 1980, Número 1.

- Simón Socorro, Emilio
 “Inseminación artificial humana. Problemas genéticos, morales y legales que pueden presentarse con ella”
 Revista de la Facultad de Derecho, Año XVI, Septiembre - Diciembre, No. 51, Maracaibo, 1976.

- Vila-Coro, María Dolores
 “Aspectos jurídicos de fertilización ‘in vitro’ ”
 Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
 Revista Jurídica General. Número 1/1985. Enero - Febrero.

ARTICULOS DE PERIODICOS

- Arias Schreiber, Pezet
 “Genética y Derecho”
 Diario El Comercio, Lima, 17 de noviembre de 1985.

- Cornejo Chávez, Héctor
 “Los avances de la genética”
 Diario La República, Lima, 21 de noviembre de 1985.

- Fernández Sessarego, Carlos
 “Los embriones de Melbourne”
 Dominical, Diario El Comercio, Lima, 8 de julio de 1984.

- Seguín, Carlos Alberto
 “Sobre la reproducción humana”
 Diario El Comercio, Lima, 19 de enero de 1986.