

# LA CONTRATACIÓN EN LA REPRODUCCIÓN. ALGUNAS APROXIMACIONES: UNA REALIDAD, UNA POSIBILIDAD O UNA BLASFEMIA

Desde hace un par de años, al cumplirse diez de la entrada en vigencia del Código Civil, se ha venido discutiendo con cada vez mayor intensidad sobre las modificaciones que dicho cuerpo legal requiere. Aun este contexto, sin embargo, casi no se ha discutido respecto de las modificaciones que esta norma necesita ante nuevos fenómenos como el vientre de alquiler, la fecundación artificial, los avances de la ingeniería genética, y otros que afectan el derecho personas, familia y, en general, los temas tradicionalmente *no patrimoniales* para el ordenamiento jurídico. La autora del presente artículo explora con interés la posibilidad de regulación legal y, sobre todo, privada de estos temas que la ley hasta ahora ha preferido ignorar y que siguen siendo dejados de lado tanto por ella como por la doctrina.

Liliana Marisol Requena Acevedo

Bachiller en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, jefe de prácticas del curso de contratos y PROSODE, en la PUCP

Hablar de la contratación en el ámbito de la reproducción humana asistida, puede sonar como una exquisitez académica, o como un absurdo, además de llegar a producir cierto desenfado; lo real del asunto y en lo que podemos considerar radica su importancia, no es en cuanto rechazo, o desenfado provoque en ciertas personas, sino en cuán práctico o necesario pueda resultar desarrollar el tema, en tiempos como éstos en los que nos toca vivir. El solo señalar que, por pertenecer a un país tercermundista, resulta ocioso el enfoque de problemáticas que ocurren en países de nivel industrial, termina siendo una disculpa no sólo vana, sino incompleta, si tomamos en consideración que la labor científica sobre estos rubros en nuestro país, además de la labor médica realizada por profesionales peruanos, no sólo es reconocida internacionalmente, sino también reclamada.<sup>1</sup>

La premisa tan conocida de la "no contratación sobre la vida humana" –consecuencia del temor al escándalo por el solo hecho de pensar que se pudiera comerciar con ésta y con sus más variadas expresiones, en definitiva, el rechazo a hablar de "precio"–, puede llegar a ser seriamente afectada ante la posibilidad de la contratación privada en ámbitos que antes le habían sido negados al hombre y que hoy, sin pretender contradecir los sentimientos religiosos que los mismos inspiraban o pueden seguir inspirando, se abren a éste y le permiten participar de él, reconociendo en el hombre también a un creador, de su tiempo, de su historia y de su destino.

## EL PROBLEMA

Todo cambio o transformación, por pequeño que éste sea, implica una cierta forma de rebeldía contra todo lo que le preexiste; sin embargo, esta rebeldía no es mala ni buena en sí misma, es tan sólo un medio de cambio, en un mundo que según las Sagradas Escrituras le fue concedido al hombre para que lo poblara y explotara en su beneficio, aún cuando para ello necesitara hacerlo a costa del sudor de su frente, la historia nos ha demostrado que este "ganarás el pan con el sudor de tu frente" no necesariamente ha querido significar el trabajo personal y directo; lo que sí resulta cierto es que todo cambio lleva implícito en sí mismo su propio costo (no hemos dicho realmente nada nuevo, sin embargo es necesario recordarlo).

Las revoluciones realizadas a lo largo de la historia y aún las propias guerras que nuestra generación ha conoci-

1 Ejemplo de esto último es que ALIRH (Asociación Latinoamericana de Investigadores en Reproducción Humana), cuenta con un consejo directivo conformado por profesionales peruanos dedicados a la investigación, siendo que los cargos de presidencia, vicepresidencia y tesorería son ocupados por los doctores Gustavo Gonzales, Carlos Carrillo y Arturo Villena, todos ellos miembros a su vez del Instituto de Investigaciones de Altura de la Universidad Cayetano Heredia.

do de manera directa y de las que, en algunos casos, ha participado, no son más que el costo –en suma, el precio– que naciones y poblaciones enteras han tenido que pagar, a cambio de lo que sus representantes han considerado como valores de necesaria salvaguarda: piénsese en la libertad o la integridad del territorio patrio (aun cuando muchas veces, esta libertad defendida no ha sido reconocida a todos por igual, o el suelo patrio defendido lo ha sido sólo por algunos cuantos que en un inicio ignoraban no sólo la ubicación, sino la existencia del mismo). Aún más ignoraban la historia tras la batalla en la que muchas veces se vieron obligados a participar, pues existe algo que los impulsa: en algunos casos es el sentir como suyo aquel ideal de libertad por el que están dispuestos a morir, o la defensa de aquel trozo de tierra que si bien les era antes desconocido, hoy les llega a significar de manera objetiva, a la Patria (visión ésta sublime del hombre), o porque luego de pensar en la posibilidad de desertar a la batalla, se dan cuenta de que ella es más peligrosa que la de pelear en conjunto contra un enemigo común. En suma, nuevamente han analizado cuánto más beneficioso les resulta pelear y morir, que desertar y vivir, y actuarán de acuerdo a lo que mayor beneficio les signifique.

Ésta es la razón de todo cambio, el hombre se moviliza siempre en función de aquello que pretende conseguir, sea porque de manera inmediata o mediata satisfaga con ello una necesidad. Por esta razón señalábamos en un inicio que el hecho del cambio, de la transformación, no es ni malo ni bueno, es sólo expresión de la necesidad humana.

Sin embargo, debemos reconocer que no todos los cambios han sido considerados como dignos de ser tolerados, piénsese, en el reclamo por la libertad de los esclavos y en el rechazo que ello generó al punto que la Guerra de Secesión tuvo que poner fin a la discusión.

La misma avidez por el reconocimiento al cambio como necesidad, persiste en el hombre de hoy; sin embargo, todo cambio deberá necesariamente afrontar el rechazo inicial: ése es el precio que tiene que pagar.

Cuando hablamos de la posibilidad de la contratación privada en el ámbito de la reproducción humana, somos conscientes que existe una fuerte oposición al respecto; es más, reconocemos en muchos de los fundamentos del rechazo una coherencia y razonabilidad, y en muchos de los opositores, a personas de reconocida trayectoria profesional, a quienes podemos respetar, pero de las que tenemos derecho a disentir.

La pregunta es si la relación establecida entre un dador de esperma, de óvulo, de un embrión, o de una madre sustituta y la pareja receptora, debiera regularse efectivamente a través de una relación jurídica de carácter patrimonial, esto es, bajo la perspectiva de los contratos (sean éstos de donación, transferencia o de subrogación) regulados por consiguiente por el libro de fuentes de las obligaciones, sección de los contratos en general, o por el contrario, al margen de cualquier acuerdo con contenido patrimonial.

Hablar del derecho de contratos, en el mundo de hoy, significa, como bien sabemos, hablar en términos generales de la existencia de un mercado y de una actividad económica que lo explica. ¿Qué significa esto último? Que se deja a la iniciativa de los propios particulares la posibilidad de satisfacer por sí mismos sus necesidades, a través del tráfico de aquellos bienes con los que cuentan, de manera que éstos se distribuyan desde aquellos que no experimentan la necesidad de los mismos, hacia aquellos otros que sí la experimentan, lográndose con esto último que los destinatarios finales, sean los que hagan un mejor uso de los mismos.

La oferta y demanda de bienes, generada por la necesidad existente, será canalizada a través del contrato, el medio más eficiente para asignar los recursos escasos (los bienes de los que se carece, sean éstos de la naturaleza que sean).

Sin embargo se hace necesaria desde esta perspectiva preguntarnos, por más que el contrato sea el medio más eficiente para la asignación de recursos escasos, sobre la posibilidad de entender a la capacidad humana de procreación como un recurso escaso, susceptible de ser reasignado libremente por los propios particulares, y si adicionalmente es siempre importante que los recursos

escasos sean reasignados de forma tal que los que carecen de ellos finalmente logren disfrutarlos, o si resulta mucho mejor que ciertos recursos escasos sigan siéndolo en la medida que otros bienes puedan verse afectados, bienes éstos a los que se valora como superiores, tales como la religión, la moral, la ética o la censura social. Existen

muchas variables que deben ser consideradas al momento de tomar una decisión.

Tomar decisiones es necesario; sin embargo hacerlo en base a criterios sesgados, subjetivos, abstractos o incompletos, en un mundo de escasez, puede terminar por ser una injusticia como lo señala Bullard, comentando a Guido Calabresi.<sup>2</sup>

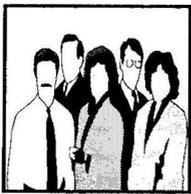
Pero, ¿cómo poder determinar que estamos ante una decisión que genera un desperdicio? Ciertamente no nos parece que resulte del todo fácil llegar a una solución al respecto, puesto que no es tan simple el reconocer cuando tenemos delante criterios sesgados, subjetivos u obsoletos.

A este respecto creemos que lo manifestado por el premio Nobel de economía 1993 Douglas North en su obra "Instituciones, cambio institucional y desempeño económico",<sup>3</sup> puede brindarnos algunas luces; North sugiere que toda sociedad está necesariamente conformada por instituciones, esto es, por reglas de juego, "limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana" y por un marco institucional compuesto de una jerarquía de normas formales e informales. Estas reglas de juego (instituciones), tendrán razón

2 Bullard, Alfredo en su artículo "Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica, el alquiler de vientre, las madres sustitutas y el derecho contractual" en *Ius et Veritas*.

3 North, Douglas en su obra "Instituciones, cambio institucional y desempeño económico", Fondo de Cultura Económica, México 1993.

*Todo cambio o transformación, por pequeño que éste sea, implica una cierta forma de rebeldía contra todo lo que le preexiste; sin embargo esta rebeldía no es mala ni buena en sí misma, es tan sólo un medio de cambio*



## CIVIL

de seguir vigentes en la medida que efectivamente cumplan su función, esto es, en la medida que ciertamente reduzcan la incertidumbre del actuar humano, al hacer posible la vida en sociedad;

en caso contrario, habrán perdido su razón de ser.

Estas reglas de juego de las que hemos hablado, no son otra cosa que las reglas que regulan las relaciones de los sujetos en una sociedad determinada, en un tiempo determinado, reglas éstas que pueden ser consecuencia de un marco jurídico preestablecido que exige su cumplimiento obligatorio (lo cual no necesariamente indica un eficaz cumplimiento, muchas veces la desobediencia a las normas, genera su derogación de facto), o consecuencia de costumbres o tradiciones culturales, creencias religiosas, y valoraciones morales.

Las instituciones brindan seguridad a las relaciones humanas, en esto radica la importancia y necesidad de las mismas; sin embargo, nos resulta claro que esto no quiere decir que deban permanecer en el tiempo de manera inalterada e inalterable, éstas necesariamente cambiarán, en la medida que el ser humano y las necesidades que éste experimente se modifiquen.

Ahora bien, al hablar de cambio estamos queriendo significar no sólo la instauración de reglas novísimas, sino que consideramos la necesidad de la readecuación de las antiguas.

En una sociedad conformada por personas de diversas edades, niveles culturales, realidades sociales, hablar de cambio no siempre es posible, la comunicación se dificulta, porque en muchas ocasiones no a todos les interesa el cambio, es más, puede resultar mejor para algunos negarse a la posibilidad del mismo, por diversos motivos, tales como el temor, la pérdida de poder, o de dinero.

¿Qué hacer entonces? ¿quién decide cuándo cambiar y cómo hacerlo? ¿algunos pocos, algunos más o todos en conjunto? Sabemos bien que pretender que toda una sociedad en conjunto decida el cambio es no sólo imposible, sino que el solo intento de pretender una discusión al respecto sería demasiado costoso, ¿cuánto habría que invertir en recursos no sólo de dinero, sino de tiempo, para saber lo que las personas de una población determinada opinan? ¿cuánto más habría de costar comunicar a cada una de ellas de las opiniones de las otras? ¿cuántas horas / hombre habrían de necesitarse para que sólo el intento de un consenso pudiera ser posible? ¿qué tendría que ser sacrificado, tiempo de estudio, horas de sueño, tiempo de compartir en familia, o con los amigos, el tiempo de participación en labores sociales?

Estas reglas de juego de las que hemos hablado deben provenir del ingenio creativo (aunque a veces no tan creativo) de aquellos que en una sociedad determinada gocen de un reconocimiento social, pensemos en los con-

gresistas de la república, en los ministros, vice-ministros, de los diversos ministerios del país, en los representantes políticos partidarios, en las autoridades de la iglesia Católica, y en las autoridades de las diversas instituciones religiosas existentes, etc.

A éstos a quienes North denomina organizaciones o jugadores, ¿les incumben en exclusiva las decisiones de cambio? No, ciertamente, porque el cambio todo involucra al conjunto social respecto del cual opera, sin embargo por lo que anteriormente señaláramos, al ser imposible una evaluación respecto de las impresiones, prejuicios, temores o aversiones de cada uno de los miembros de una sociedad frente a un determinado cambio, les compete a quienes tienen el deber de hacer que la sociedad siga su curso, el mantenimiento y la instauración de aquellas reglas que permitan que el juego continúe, de manera tal que, al hacerlas lo suficientemente claras, se permita que los que quieran participar a sí lo hagan.

Estos organismos a los que hemos hecho referencia, actúan normalmente en función de sus propios objetivos, sin embargo ello no debería impedir que existiera una adecuada intercomunicación entre ellos, de manera tal que la sociedad toda se beneficiara; organismos como los cuer-

pos políticos del país, por ejemplo, en los diversos partidos políticos, o en los organismos de los cuerpos económicos, tales como empresas, sindicatos, o en los de los cuerpos sociales, tales como clubes, asociaciones, iglesia, y en los órganos educativos, piénsese en todos los valiosos aportes que podrían hacer al Congreso del país en temas que hubieren sido materia de algún estudio o investigación.

Sin embargo esto no ha sido posible, a pesar de que estos actores o jugadores del ámbito polí-

tico, económico, social y educativo se encuentran en mejores condiciones para observar y determinar cuándo un cambio social ha operado y necesita de reconocimiento, o cuándo un cambio social se está generando, o cuándo finalmente se necesita que éste sea generado.

Las organizaciones antes señaladas, se encuentran en posiciones estratégicas de manera tal que pueden no sólo conocer cuándo un cambio social se ha dado, sino predecir el mismo, esto porque el nivel de comunicación que mantienen con sus miembros es constante y actual, el costo de informarse respecto de los reclamos o demandas sociales y la posibilidad de conciliarlas es mínimo. Por esta razón el rol que les compete a las organizaciones es como dice North, ser jugadores, es más, nos atreveríamos a decir ser los entrenadores, por la necesidad de ir ideando nuevas estrategias, a medida que el tiempo del partido, y las características del contrincante lo requieran.

Hablar de progreso o de crecimiento no quiere sólo significar desarrollo científico; éste sólo es consecuencia objetiva de aquél; para efectivamente estar en una situación no sólo de progreso, digamos más bien de bienestar, el mundo dentro del cual nos organizamos, debe contar

*Hablar de progreso o de crecimiento no quiere sólo significar desarrollo científico; éste sólo es consecuencia objetiva de aquél; para efectivamente estar en una situación no sólo de progreso, digamos más bien de bienestar, el mundo dentro del cual nos organizamos, debe contar con reglas acordes a él y con una disposición hacia el cambio*

con reglas acordes a él y con una disposición hacia el cambio. Sabemos que las instituciones existen para brindar un marco de reglas que permitan reducir las incertidumbres, esto es, las dudas respecto a la conducta de los otros sujetos que participan en el proceso de interacción, aunque somos conscientes también que las mismas necesitan ser contemporáneas al hombre.

La incertidumbre a las que estas reglas claras pretenden hacer frente deben ser necesariamente actuales, de no ser así toda pretendida institución que ignore o responda a medias, generará también una información deficiente.

En el sentido antes expuesto, ¿con cuánta información eficiente cuenta hoy nuestra sociedad respecto de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida? Esto es, ¿con cuánta información completa, variada, seria y profesional?

Ciertamente somos conscientes que en este rubro del desarrollo científico la información que se tiene está limitada a un pequeño grupo, sea éste científico, intelectual o religioso; la sociedad en su mayoría, cuando no ignora el tema, cuenta con una información parcializada, distorsionada o sesgada dependiendo de la fuente de donde provenga.

El hombre social, el de todos los días, experimenta siempre una aversión al riesgo, busca constantemente seguridades, así, si quiere ingresar a la universidad buscará prepararse en una buena academia, si no puede pagarla, buscará la mejor posible dentro de sus limitaciones económicas, si quiere casarse buscará a la pareja que se acerque más al ideal concebido, si piensa comprar una casa tomará en cuenta si la misma se encuentra ubicada en una zona tranquila o no, si quiere contar con los servicios de alguien buscará al que considere mejor, etc.

Por ejemplo: Pedro le manifiesta a su amigo Juan que se negará a contratar con Jorge puesto que desconoce si éste es una persona confiable, a menos que tenga una recomendación de Hilda, persona a quien considera seria y responsable.

Pedro, no obstante la necesidad que pueda experimentar, estará dispuesto a esperar una recomendación para contratar con Jorge, es más, podría eventualmente contratar con un tercero, si es que respecto de este último contará con alguna información.

En nuestro ejemplo no importa que Jorge pueda ser bueno, honesto, trabajador, serio, en suma, responsable, lo que interesa es que Pedro conozca que Jorge es así; sin embargo, ante la imposibilidad de conocer, podría contratar con Víctor, quien, si bien no es ni tan trabajador, bueno y puntual como Jorge, es alguien respecto del cual se sabe que siempre cumple con sus compromisos, aunque a veces tarde.

Pedro estaría mucho mejor si contratara con Jorge, sólo que él no tiene como saberlo, por ello seguramente optará por contratar con Víctor, de quien sabe que seguramente demorará la entrega del trabajo, pero que finalmente cumplirá. La eficiencia fue sacrificada por la seguridad.

Resulta necesario determinar entonces cuán eficiente puede ser dejar a los particulares la determinación de la procreación.

Una vez decididos al intercambio, es importante determinar los costos de negociación que éste genera; sin embargo antes debemos definir lo que significa hablar de costos de negociación, a este respecto se dice que son "los costos de medir los atributos valiosos de lo que se está intercambiando y los costos de proteger y de hacer cumplir compulsivamente los acuerdos".<sup>4</sup>

Pero, ¿qué queremos decir cuando hablamos de medir los atributos valiosos de lo que se está intercambiando? Simplemente precisar el valor de cambio que las partes atribuyen a los bienes o servicios en función de las características

que reconocen en los mismos, por ejemplo, al comprar una bicicleta, tomamos en consideración el color, el diseño, la comodidad del asiento, los aditivos con los que cuenta, si es nueva o de segunda mano, si es de segunda mano, cuán usada o no está, si es rápida, si cuenta con frenos, etc.

Sin duda existe un reconocimiento de valor por parte de las parejas estériles respecto de la posibilidad de conseguir descendencia, sea a través de una terapéutica limitada a la pareja y al especialista en esterilidad e infertilidad, por ejemplo: inseminación artificial con el semen de la propia pareja, o en la transferencia intratubárica de gametos propios de la pareja, o en aquella otra en la que interviene un tercero denominado comúnmente donante.

El reconocimiento de valor que entendemos puede encontrarse en la relación surgida en ambos casos no será, en estricto, igual a la experimentada por aquel que en nuestro ejemplo para decidirse a comprar la bicicleta de segunda mano necesitaba determinar el estado de los pedales, el de los frenos, o el color de la misma. Y esto ciertamente no será así porque lo que se valorará será la posibilidad de vida humana y el hecho de que en la generación de esta vida pueda la pareja estéril participar, sea directamente con ayuda profesional o inclusive recurriendo a terceros.

Los atributos que se reconozcan variarán en función de los agentes (sujetos participantes en la negociación) y de las necesidades que los mismos experimenten.

Conjuntamente con la medición de los atributos valiosos, se debe considerar los costos de cumplimiento obligatorio; éstos no son otros que los costos en los que se incurren a efectos de poder predecir la idoneidad y oportunidad en el cumplimiento, respecto del bien o servicio ofrecido y de la actitud del agente o parte contratante, costos que entendemos pueden ser predecibles respecto de bienes a los que denominaremos –sólo a manera de ejemplo– de tráfico usual, para diferenciarlos de aquellos otros como las células sexuales masculinas y femeninas extraídas, la capacidad reproductora, o la actividad médica especializada, a los que preferimos denominar de tráfico reservado.

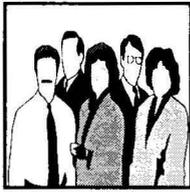
Consideramos importante precisar que esta noción de tráfico reservado recibe tal denominación atendiendo a que respecto de los bienes de los cuales entendemos la necesidad de su aplicación, una escasez de tipo especial surge.

Esta escasez ciertamente podría resultar no ser correctamente entendida en un país como el nuestro, puesto que estadísticamente estamos hablando de un país con población joven y que, al iniciar los años noventa, contaba con una tasa global de fecundidad (TGF) a nivel nacional de 3.5 por mujer, aunque en el caso de sub-grupos poblacionales como el de mujeres sin educación o en el de aquellas residentes en áreas rurales, los niveles de fecundidad experimentaban un incremento significativo de 7.1 y 6.2;<sup>5</sup> sin embargo, al hablar de la capacidad reproductora como un recurso escaso, nuestra intención es hacer alusión a la especial situación experimentada por un grupo minoritario de parejas en nuestro país, respecto de quienes la posibilidad de procrear resulta remota, cuando no imposible.

El cumplimiento obligatorio del acuerdo celebrado entre los agentes (partes contratantes o como mejor se prefiera), siempre genera expectativa, la diferencia radica en que a mayor información respecto de los sujetos que intervienen y del bien o servicio intercambiado, así como de las reglas que permiten y amparan el intercambio, esta aversión al riesgo disminuye, permitiendo que el tráfico de bie-

4 Op. Cit página 43.

5 Datos recogidos del "Informe nacional sobre la mujer" presentado en la cuarta conferencia mundial sobre la mujer, realizado en Beijing en setiembre de 1995.



## CIVIL

nes y servicios satisfaga las necesidades de los participantes, en otras palabras, permitiendo que la asignación de los recursos escasos sea eficiente, de manera que quienes valoren más alto un recurso

tengan acceso al mismo, logrando que la sociedad toda esté mejor al no haberse generado desperdicio.

El conjunto social en atención a evitar que estas expectativas sean tan grandes que eviten toda posibilidad de intercambio, establece reglas que aseguren el cumplimiento obligatorio, de esta manera hablamos de las limitaciones formales o informales, es decir limitaciones legales, sociales, culturales, religiosas, morales y otras, de manera tal que a pesar de la diversidad de valoraciones en los agentes participantes, la importancia en el cumplimiento sea una necesidad.

De todo lo anterior, resulta claro que sólo tiene sentido hablar de costos de negociación, limitaciones formales e informales, cumplimiento obligatorio, y otros en la medida que exista un mercado en el cual los bienes sean susceptibles de poder intercambiarse y ser reasignados a sus usos más eficientes.

Por esta razón resulta importante determinar si existen hoy en día las condiciones para un mercado de semen, espermias, embriones, hijos, madres y padres en el ámbito de la reproducción humana asistida o si, por el contrario, esto no sería más que una deformación de la noción de persona y de familia, condenada al fracaso y, por lo tanto, no significativa de problema alguno.

*El Derecho no es inmóvil, estático y siempre eterno porque esa sea su naturaleza; es un producto social y, como tal, debe adaptarse a las demandas sociales, de manera tal que brinde soluciones concretas*

### LA CONTRATACIÓN

Al hablar de derecho contractual, entendemos al mecanismo jurídico a través del cual los particulares mediante el ejercicio de la autonomía privada pueden regular jurídicamente las relaciones que establezcan a efectos de satisfacer sus necesidades, se reconoce en éstos la posibilidad de valorar lo que resulte más conveniente a sus intereses, garantizándoles que tales acuerdos gozarán del respaldo jurídico.

Esta satisfacción de necesidades a que hemos hecho mención sólo puede lograrse en la medida que los propios particulares cumplan con las reglas de conducta determinadas en el acuerdo contractual.

Cumplir significará, pues, que las partes contratantes se comporten de conformidad con lo acordado, esto es, verificando la entrega de algo o la realización de una conducta según sea el caso (el conocido dar, hacer o no hacer); todo esto nos moviliza entorno a una idea que resulta ser decisiva, la redistribución de bienes materiales o inmateriales, o de servicios, o para mejor decir de recursos.

El derecho de los contratos actúa garantizando la redistribución de recursos, lo cual a su vez nos conduce a lo siguiente:

- Si existe necesidad de redistribuir es por que existe carencia o escasez en algunos y exceso de recursos en otros.
- Por consiguiente la valoración de un mismo recurso

será distinta dependiendo del acceso que respecto del mismo se tenga.

- Si esto es así, habrá una preocupación o interés mayor por parte de aquellos quienes carecen de determinado recurso por obtenerlo, frente a aquellos otros que, por poseerlo, estarán dispuestos a entregarlo en espera de obtener algún otro recurso del cual puedan carecer.

Nos encontramos objetivamente hablando ante el juego de la oferta y demanda de recursos, que tienden a ser canalizadas jurídicamente a través de los contratos, nos encontramos en definitiva frente a un mercado.

La vigencia del sistema contractual y de los beneficios que éste proporciona es no sólo conocida sino reconocida por todos; sin embargo, resulta para muchos contrario a toda moral o dignidad humanas pretender aplicar el marco contractual descrito a ámbitos como el de la reproducción humana, pues se sostiene se rebajaría al hombre a la triste condición de objeto.

Si bien es cierto que mediante el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida se ha logrado dar una solución exitosa al problema que miles de parejas han experimentado en todo el mundo, también es cierto

que en muchos lugares la aplicación de tales técnicas se encuentra, o bien legalmente prohibidas o bien sancionadas socialmente (o ambas).<sup>6</sup>

Antes no resultaba mayor conflicto determinar cómo y cuándo un ser humano llegaba a la vida, el sistema tra-

dicional de Derecho partía del reconocimiento y atribución de derechos y obligaciones al ser ya existente, esto es, al nacido; sin embargo, este sistema tradicional se rompe en la actualidad con la diversa gama de posibilidades existentes susceptibles de influenciar en el proceso de la concepción, nacimiento, control de la natalidad, interrupción voluntaria del embarazo y procreación por medios artificiales. Surge la necesidad de un enfoque distinto desde el propio derecho, un examen de lo establecido debe ser realizado.

Resulta cuestionable que, respecto de estas nuevas realidades que afectan a la vida humana en su conjunto, la respuesta que gran parte de la doctrina haya brindado esté limitada sólo a un aspecto, el referido a la filiación, olvidando aspectos centrales como la necesidad de reconocer un status jurídico al embrión fecundado extracorpóreamente y, consiguientemente, atribuirle los derechos que su especial condición requiere.

El Derecho no es inmóvil, estático y siempre eterno porque esa sea su naturaleza; es un producto social y, como

6 En una clara actitud de repudio a todo lo que la reproducción humana asistida pueda significar se manifiesta José Joaquín Díez Díaz en su obra "Los derechos físicos de la personalidad. Derecho somático" donde señala lo siguiente: "una despreciable doctrina moderna ha visto en la inseminación artificial un vehículo más aconsejable que la simple adopción. Pero sucede no obstante que se lleva a cabo con la tónica premeditada de su ignorancia pública, para que no trascienda la incapacidad de fecundar. Procedimiento vergonzante que contrasta con aquella adopción, resuelta por la mutua conformidad de ambos cónyuges y que les enaltece moralmente". En el mismo sentido se expresa el catedrático argentino Cassiello en su artículo "Inseminación artificial heteróloga" en la revista "Clínica y laboratorio", octubre de 1959 página 260: "¿Aprobará la profesión médica el hecho de maslurbadores rentados? ¿Devendrán los médicos a la triste condición de intermediarios entre el suministrador despreciable y la inconsciente pareja estéril? ¿Se camuflará una procreación en la sombra parno delatar a un marido infértil y a una mujer semi-adultera? Corremos el riesgo de inferir a la clase médica el mayor agravio imaginable".

tal, debe adaptarse a las demandas sociales, de manera tal que brinde soluciones concretas. Por consiguiente toda actitud pasiva debe generar rechazo, máxime si tomamos en consideración que toda actitud de pasividad puede ser entendida como una de anuencia o permisividad.

¿Al servicio de quién está el doctrinario y el legislador cuando formula el primero propuestas y cuando las recoge el segundo?

Ciertamente la aplicación de las diversas técnicas de reproducción humana asistida afectará de modo directo a un número reducido de personas en cada país, y el nuestro no será en esto la excepción (no olvidemos el promedio de tasa global de fecundidad de 3,5 hijos por mujer a que ya en líneas arriba hicieramos referencia), sin embargo este hecho no puede ser aludido a efectos de menospreciar su significado sólo social.

Sea una posición de aceptación o de rechazo por parte del jurista y, fundamentalmente, del legislador sobre la aplicación de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida, una regulación a este respecto resulta ser fundamental.

Partiendo de lo anterior cabe preguntarnos si será dentro del marco del derecho tradicional que las nuevas técnicas de reproducción humana asistida deberán encontrar los instrumentos legales acordes para un desarrollo relevante, esto es, si bastará una evaluación del problema y la consiguiente propuesta de solución a partir de los principios, normativas y figuras legales existentes y no sólo una reinterpretación de las mismas, sino la creación de otras e, inclusive, la variación en el enfoque del problema de manera tal que lo central a considerar sean los efectos y la incidencia social más que el temor a la pérdida del control o poder social ejercido.

Por tanto consideramos la necesidad de trabajar todo esto desde dos puntos de vista:

- El Estado debe garantizar aquellos derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente y que constituyen la base sobre la cual debe marchar la sociedad toda, en consecuencia será deber del Estado dictar toda aquella legislación que busque la afirmación de los derechos fundamentales constitucionales. Entre éstos, el derecho a la vida, al desarrollo de la personalidad, a la salud, a la descendencia (aunque respecto de este último una fuerte discusión se ha generado, puesto que de considerarse un derecho constitucional implicaría que el mismo pudiera ser reclamado indistintamente, pudiendo ocasionarse que las parejas de homosexuales o de lesbianas lo exigieran).
- La legislación que el Estado proponga deberá ser tal que permita la solución de problemas no sólo presentes sino futuros, puesto que no es nada recomendable una legislación que pretenda prever casuísticamente todos los supuestos posibles, la velocidad del crecimiento científico experimentado en los últimos decenios nos muestra que legislaciones de este tipo terminan resultando desfasadas y, consecuentemente, obsoletas, pudiendo originar lo que en técnica legislativa se conoce como el "efecto boomerang", esto es, que al no haber sido posible la previsión de todos los supuestos y al no poder aplicarse principios como la analogía, dado el carácter sancionador de la ley, deberá llegarse a la conclusión de que lo que no está prohibido debe estar permitido, terminando por alcanzarse así un resultado no querido y, en algunos casos, absolutamente contrario al que fuera buscado, con el consiguiente costo social que tal externalidad genere en la sociedad toda.

*En la actualidad el surgimiento de la vida no es sólo producto de una unión de amor de dos personas sino, aún en una minoría de casos, el resultado de un trabajo de equipo, conformado por anestesistas, cirujanos, ginecólogos, biólogos, bioquímicos, científicos, técnicos, psicólogos, sociólogos, abogados, etc.*

Por estas razones es que consideramos aconsejable la instauración de un marco legislativo lo suficientemente claro y necesariamente genérico como para que la autonomía privada a través de su expresión más acabada, el contrato, puede plasmarse en la regulación normativa de las relaciones jurídicas que surjan entre los particulares por más novedosas que éstas sean,<sup>7</sup> lo cual no quiere significar la existencia de un derecho paralelo, sino la existencia de un acuerdo jurídico respaldado consiguientemente por el mismo ordenamiento legal que le dio existencia.

#### LA PROCREACIÓN ARTIFICIAL

La consecuencia de la evolución de la ciencia, la técnica y la medicina ha conllevado que procesos naturales como la fecundación y el nacimiento, la enfermedad y la muerte, hayan ido perdiendo gradual y crecientemente tal carácter hasta el punto que, hoy en día, se ha venido a decir que los mismos se han convertido en "procesos sociales disponibles", lo que quiere decir que será la discreción individual apoyada por el desarrollo científico la conductora de los mismos.

En la actualidad el surgimiento de la vida no es sólo producto de una unión de amor de dos personas sino, aún en una minoría de casos, el resultado de un trabajo de equipo, conformado por anestesistas, cirujanos, ginecólogos, biólogos, bioquímicos, científicos, técnicos, psicólogos, sociólogos, abogados, etc.

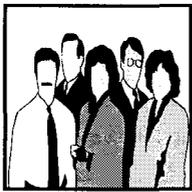
Tratemos en esta oportunidad sólo uno de los supuestos en reproducción humana asistida y es base a este expondremos algunas apreciaciones.

#### LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (ALGUNAS APROXIMACIONES AL PROBLEMA)

Por inseminación artificial se entiende a aquel método o artificio usado por el hombre distinto al de la naturaleza para lograr introducir el esperma en el interior de los órganos genitales de la mujer; la característica en este tipo de procedimientos es la ausencia del acto copulativo y su sustitución consistente en introducir el esperma masculino dentro de los órganos genitales de una mujer sin recurrir a la relación sexual, con el fin de favorecer o facilitar el encuentro de los espermatozoides con el óvulo, haciendo posible la fecundación de éste.<sup>8</sup>

7 Piénsese en las diversas normativas especiales existentes en el ámbito de contratos como los laborales, o industriales tales como los de *franchising*, *factoring* u otros que, sin embargo reconocen los principios generales de la contratación recogidos en el Código Civil de 1984.

8 Esto no implica que estemos hablando de una reproducción asexual, la cual es considerada como una de las más sencillas formas de reproducción y que se manifiesta sólo en organismos extremadamente simples tales como los unicelulares, los cuales para reproducirse sólo requieren dividirse.



Se sabe que los babilonios y los árabes fueron los que en la antigüedad llevaron a cabo la práctica de la inseminación artificial en palmeras, a efectos de obtener mayor cantidad y mejor calidad de dátiles; posteriormente hacia el siglo XIV esta práctica se ensayará en la piscicultura, siendo que finalmente en la última década del siglo XVIII con el inglés John Hunter se dará comienzo a la inseminación artificial humana, para que, finalmente, en 1808 el decano de la facultad de Medicina de París sea el primero en Francia en realizar una inseminación artificial humana, resultando curiosas las justificaciones expresadas:

“Ésta puede ser útil: a las mujeres frías, a las que son indiferentes a los juicios de los maridos, a las que tienen antipatía por los hombres y a las mujeres públicas.”

“El marido puede desear la inseminación artificial si la mujer tiene demasiada negligencia para la higiene, una transpiración fuerte, un olor molesto, aliento desagradable, algunos defectos en la fisonomía...”

Como se puede inferir de lo expuesto, el empleo de la técnica en cuestión fue pensada básicamente para ser aplicada en parejas, constituidas formalmente o no; además resulta curioso observar que siempre la aplicación de las mismas iba ligada a un defecto de tipo físico atribuible a la mujer, no siendo mencionado en absoluto la esterilidad del hombre como la necesaria causa del empleo de estas técnicas.

Resultaba en aquel entonces vergonzoso, humillante y reprobable socialmente la práctica de la inseminación artificial propia en las parejas constituidas, tanto o más de lo que hoy en día pueda resultar la aplicación de la referida técnica vía donante.

Las razones básicas de la oposición de la inseminación artificial propia se sustentaban en dos supuestos a saber:

- El que el método señalaba paliaba una deficiencia masculina. La esterilidad no sólo era mal vista sino inaceptable desde que se confunden función genital con función sexual. Aceptar la responsabilidad masculina resultaba ser sumamente grave, pues terminaba confundiendo al hombre estéril con el hombre impotente.
- El que para llevar a cabo este método se requería pasar por la masturbación, lo cual, en una época tan moralizadora como la del siglo XIX, conllevaba al rechazo total, máxime si se toma en consideración que el Santo Oficio formula una condena enteramente explícita. Se originó con esto una doble corriente en materia de desarrollo científico respecto de esta técnica, puesto que dependía del grado de significación que, en cada contexto social, generaran las manifestaciones de rechazo de la Iglesia, dándose lugar con esto consecuentemente a que en aquellos países de ámbito de influencia latina, el desarrollo de esta técnica fuera rechazada plenamente, mientras que, por el contrario, en aquellos otros países de tradición anglosajona, el desarrollo de esta técnica continuó, dándose con ello lugar a que en 1884, Pancoast realice la primera inseminación artificial con donante.

Como hemos podido observar la relevancia de la que gozaron los preceptos religiosos resultó ser ciertamente decisiva para el desarrollo de la investigación, y de la técnica de la inseminación artificial.

Pero los criterios morales y religiosos en tanto expresiones culturales y contextuales, no son por naturaleza

absolutos e inmutables, sino variables en función de la historia y del propio devenir humano –sin querer con esto último relativizar su importancia, sino que reconociendo que siempre la conducta del hombre está enmarcada por determinantes morales, religiosos, sociales o culturales–; éstos no siempre son los mismos.

En la actualidad existen tres tipos de inseminación artificial a saber:

- Inseminación artificial homóloga, aquella que es realizada con el semen que procede del hombre con quien la mujer a ser inseminada mantiene una relación de pareja estable, aunque esto no signifique el estar casados.
- Inseminación artificial heteróloga, aquella que es realizada con el semen que proviene de un hombre distinto a la pareja y generalmente anónimo.<sup>9</sup>
- Inseminación artificial confusa, combinada o mixta, aquella en la que se utiliza una mezcla del esperma de dos o más personas, usualmente del marido de la mujer que va a ser inseminada y de uno o varios donantes.<sup>10</sup>

Sin embargo, pese a que la inseminación artificial con donante tiene más de cien años de experiencia, sigue soportando presiones diversas, las mismas que intentan frenar su evolución y a las que consideramos secuela de tiempos pasados e intentos desesperados de aquellos sectores o grupos de poder conscientes de la significación política y social que el reconocimiento expreso de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida puedan generar.

Se han señalado, según hemos podido investigar, como argumentos en contra de la inseminación artificial con donante entre otros los siguientes:

- Que es un pecado.
- Que viola la ley natural.
- Que constituye una procreación adulterina.

Argumentos que fueron manifestados sin tomar en consideración el costo social que generarían, puesto que, en 1945, a raíz del despegue definitivo de la inseminación artificial más de veinticinco mil nacimientos fruto de esta técnica fueron registrados y que ante la falta de una legislación que amparara el derecho de los concebidos e hijos nacidos a través de esta técnica, diera como resultado el que éstos fueran considerados como ilegítimos, con todo el problema legal y discriminatorio que tal status jurídico ocasionaba a tales criaturas.

Estábamos pues frente a un gran avance científico y social, y en contrasentido a esto, frente a una pasividad legal.

La inseminación artificial no es reciente como lo hemos manifestado, es más, ya había alcanzado tal estado de desarrollo y de demanda social, que en tiempos tan difíciles como los de la Segunda Guerra Mundial, se propuso:

- Llevar a cabo el reclutamiento de mujeres jóvenes y fuertes, con características especiales, para que fueran fecundadas con semen de los mejores genios y campeones de las distintas clases de deportes: pretendiéndose conseguir una élite inteligente y bien proporcionada físicamente para llevar a la cima el progreso de la nación.
- La introducción en el ejército norteamericano la práctica de enviar por avión el esperma de los soldados que se encontraban en el campo de batalla, para fecundar a sus mujeres ante el temor de que por algún accidente no pudiesen tener descendencia, el éxito fue grande.

9 Algunos autores consideran esta terminología como incorrecta ya que, en ciertos temas biomédicos, el concepto “heterólogo” se refiere a lo que acontece entre diversas especies, por poner un ejemplo, a la vinculación entre especies diversas. Por consiguiente resulta más conveniente hablar de inseminación artificial pareja o inseminación artificial donante.

10 Dos razones han sido fundamentales para esta práctica: a) de esta manera se cubre más adecuadamente los aspectos legales de la cuestión, al mantenerse la presunción de paternidad y b) desde el punto de vista psicológico, ayuda a consolidar la personalidad del esposo, al permitirle suponer que tal vez él sea el padre del hijo de su mujer.

La especial situación histórica-social, habría propiciado un reconocimiento en los hechos al derecho de descendencia.

Con el paso de los años sociedades de influencia religiosa católica habrían de enfrentarse a las manifestaciones de rechazo de su iglesia respecto de no sólo el desarrollo científico, sino de la consideración de un marco legal que regulara estas prácticas. Así, Francia abre en 1973 el primer centro parisino en el hospital Bicentre, para propiciar el desarrollo de los CECOS (Centros de Estudio y Conservación de Espermias Humanas), que verificarían una triple función:

- La recogida y conservación del espermia (estructura sobre la que se apoyará la inseminación artificial con donante) que tomará en consideración;
- El reclutamiento y selección de donantes.
- La aceptación de demandas y control; y
- La participación en las operaciones de congelación de espermias.
- La autoconservación del espermia de una persona para su propia utilización.
- La investigación.

Asimismo, España país de marcada y reconocida tradición católica, no estuvo al margen de este desarrollo puesto que ciudades como Barcelona, Madrid, Bilbao y Granada también a partir de 1973 reconocieron la validez del reclamo social, al propiciar y participar del establecimiento de bancos de espermia, aun cuando los mismos fueron manejados con criterios propios y disímiles en cada caso respecto de asuntos tales como:

- La recolección de espermia.
- El sometimiento a profundos reconocimientos médicos y analíticos previos, para determinar la fertilidad y la salud del mismo.
- El deslindamiento de toda posibilidad de enfermedades congénitas.

No vaya a pensarse que este avance en el reconocimiento de la necesidad de estudio y desarrollo de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida es debido a un cambio de actitud de la iglesia Católica o de algunos doctrinarios: en este sentido podemos citar lo que la instrucción vaticana sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación del 22 de febrero de 1987 señala: "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 (...). Cuando por el contrario la intervención técnica sustituya al acto conyugal será moralmente ilícita".

Por su parte juristas como Borda han señalado que la regulación legal no debe ser contraria a los principios morales y religiosos, firmes y universalmente vividos por la comunidad. Manifiesta su repugnancia por ésta al señalar que constituye un procedimiento que rebaja, prostituye el misterio de la concepción al divorciarlo del acto de amor y convertirlo en un experimento de laboratorio.

Es de la misma opinión el profesor Pérez de Petinto que manifiesta que la inseminación artificial quizás logre colmar los desviados anhelos maternos de algunas mujeres, pero recurriendo para ello a descender a niveles semi-animalizados.

Si bien podría o debería resultar menos cuestionable por parte de quienes critican la aplicación de estas técnicas, el que éstas fueran aplicadas a las relaciones de parejas estables tales como las matrimoniales, se ha podido observar que no es así, los argumentos mayormente esgrimidos en contra han sido que:

- Se atentaba contra la dignidad y naturaleza humanas al pretender recurrir a métodos artificiales en contra de los principios de amor y unión católicos.
- Que en la obtención del espermia del marido intervenía un acto contrario a la moral, la masturbación.

Objeciones éstas que básicamente han girado en torno de concepciones religiosas o morales y de ciertos prejuicios más que en una seria puesta de atención hacia problemáticas concretas y hacia los beneficios que a través de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida se podrían obtener.

¿Por qué la dignidad o la naturaleza humanas podrían verse afectadas? ¿qué es lo degradante en el uso de estas técnicas?

El ser humano en tanto ser social es el resultado del medio en el cual se desarrolla, requiere por lo mismo sentir y recibir de éste pertenencia y aceptación. La familia es el primer contacto social del hombre o debería serlo, la escuela y la comunidad conforman espacios y contactos distintos que dependiendo de la edad y los personales requerimientos comportan en la historia de las personas significaciones diversas.

Pero a la vez en el desarrollo de la personalidad juega un papel determinante, la imagen que el hombre mismo tenga de sí, el autoconocimiento y la autoestima, son esenciales para la aceptación. Una persona que se rechaza a sí misma, que se sienta disminuida frente a los demás, es una persona cuyo equilibrio emocional resulta seriamente dañado.

Es una realidad conocida, el que la vida humana se inicie con la concepción, que la persona exista con el nacimiento y que en la mayoría de los casos las personas aspiren a tener descendencia, pues ésta permite en alguna medida continuar la perpetuidad en medio de la limitación de la existencia humana; sin embargo, no queremos con esto manifestar que la única manera a través de la cual el hombre logra satisfacer su necesidad de permanencia y continuidad en el mundo sea solamente a través de la reproducción, esta necesidad de trascendencia humana puede conseguirse de diversas maneras, así, mediante producciones intelectuales, artísticas, científicas, aunque será el plano familiar –descendencia–, el que mayor reconocimiento, no sólo social o cultural sino personal, encuentre.

Esta proyección del hombre respecto del mundo y en el mundo es fundamental para la autoestima a que hiciéramos mención, siendo determinante el que el hombre cuente con la posibilidad de optar, elegir por aquella forma o expresión que entienda más acorde a su manera de ser, vivir, sentir o pensar.

Como bien sabemos todo acto de opción parte de un conocimiento que necesariamente debe preexistirle, de manera tal que luego sea la discreción del sujeto la que determine la conveniencia o no de las posibilidades y que, en función a los personales intereses (entiéndase, en atención a la satisfacción de necesidades), una elección pueda ser tomada.

Sin embargo debemos preguntarnos si existe realmente la posibilidad de optar a que hiciéramos mención: ¿cómo poder decir que la posibilidad real existe en aquellas personas que por razones biológicas, enfrentan problemas de reproducción? ¿quizás en un intento por mostrar la revelaría de la pregunta anterior cabría que nos preguntáramos si la descendencia debe ser entendida como un derecho de la personalidad, vinculado a la noción de individuo o si, por el contrario, es un derecho que cabe ser reconocido a las parejas estables, sean éstas matrimoniales o uniones de hecho, o si cabe distinguir entre éstas si son expresiones



## CIVIL

de un concubinato propio o de uno impropio, o si, finalmente, podemos considerar que la problemática indicada debe ser desarrollada dentro del campo del derecho a la salud?

La gama de posibilidades es grande, la opción del legislador deberá tomar en cuenta a aquellas que sean acordes con el pensamiento y programa político trazado y que responda por lo tanto a la demanda social.

¿No es acaso legítimo el derecho a vivir? ¿no es menos cierto que también es legítimo a todo ser humano el deseo de constituir una familia y el de determinar el número de hijos a tener? Sin embargo, en el propio ejercicio del mencionado derecho a vivir, por más que se pueda discutir lo digno o moralmente aceptable de la conducta con la que la vida misma es llevada, no se prohíbe que cada sujeto se comporte como mejor le parezca, en tanto que con su actuar no se perjudique el derecho o derechos de terceros.

¿No es acaso merecedor de rechazo, y sin lugar a dudas contrario a la dignidad humana el que muchas familias vivan en estado de hacinamiento o en lugares que representan grave peligro para su seguridad? Sin embargo nuestros gobiernos, más allá de haber llevado a cabo la construcción de algunos complejos habitacionales –que no llegan a ser una solución real al problema–, no han tenido delimitada tampoco una estrategia al respecto.

¿No resulta ciertamente contrario indigno al ser humano la miseria y extrema pobreza que tienen que afrontar? ¿no es acaso también indigno el que, para sobrevivir, los niños se alimenten con aquellos desperdicios que encuentren a su paso, o, aún más, que sean muchos de estos niños abandonados o inclusive arrojados a la basura? ¿qué se ha hecho al respecto?

Para algunos la capacidad de procreación significa un problema (ante el desconocimiento de la correcta manera de llevar su vida sexual, consecuencia de la mayoritaria desinformación que sobre temas como éstos se experimentan en nuestro país), mientras que para otros, la imposibilidad de procrear es la que genera el problema; sin embargo, nadie se ha atrevido a argumentar como posibilidad de solución en el primer caso que el derecho a procrear sea limitado, por ejemplo no se ha pretendido determinar u ordenar el número de hijos que cada familia debería tener, tampoco se ha planteado que, atendiendo a la condición económica de cada pareja, se determine el número de hijos que le serían permitidos procrear, ni siquiera las evaluaciones para el proceso de adopción en nuestro país gozan de una investigación minuciosa que logre determinar la idoneidad de trato presente o futuro de los adoptantes, mientras que respecto de aquellas otras personas distintas sólo por no poder experimentar o participar del acto de la procreación como el común de

personas lo hace, una actitud de celo y rechazo excesivos al deseo natural de descendencia propia es la manifestada: se discrimina legislativamente a estas personas, sólo se legisla para la mayoría.

Los sentimientos de minusvalía y rechazo experimentados por aquéllos con problemas de reproducción son considerados como secundarios frente a la supuesta valoración de un conjunto social al cual le resulta ajeno el problema señalado. ¿De qué mérito gozan estas personas para prejulgar o juzgar la permisibilidad o no de la aceptación de estas técnicas de reproducción humana asistida e imponer consiguientemente a las parejas estériles como única posibilidad para configurar una familia, a la adopción?

Como anteriormente señaláramos, el rechazo expuesto ha sido planteado en algunos casos al entender a esta técnica como legitimadora de relaciones adúlteras (esto solamente en el caso de la inseminación artificial con donante), lesivas

consecuentemente a la unidad familiar, al permitir que el hijo de un tercero extraño a la pareja matrimonial sea acogido por ésta como si tal situación nunca hubiera ocurrido.

Estas prácticas, se dice, se encuentran condenadas al fracaso, pues al no establecer una auténtica relación padre-

hijo, condenan a éstos a la orfandad al generar en el padre e hijo postizos sentimientos de rechazo y minusvalía.

A esto podemos responder lo siguiente:

- El estado de orfandad o de rechazo que un niño pueda o no experimentar no es exclusivo de aquellos niños que viven al lado de quienes no son sus padres biológicos: respecto de esto es conocido el alto índice de maltratos, explotación o violación de la que muchos niños por parte de sus propios padres son víctimas. La garantía de la no orfandad o abandono del menor no está en si el padre legal de éste coincide con el biológico o no, el problema es mucho más serio, se encuentra en la capacidad de responsabilizarnos por lo que hacemos.
- Por adulterio sólo es posible entender aquella relación sexual en la que por lo menos una de las dos personas involucradas se encuentra casada con una tercera, sin embargo la inseminación artificial con donante como su propio nombre lo indica, es lograda sin mediar contacto sexual alguno, por lo tanto desde que es presu- puesto del adulterio la realización del acto sexual y puesto que éste no existe en la aplicación de la inseminación artificial con donante, no puede hablarse de adulterio alguno.

Sin embargo, sí consideramos importante destacar que el desarrollo de esta técnica genera rechazo ante el supuesto de que en un futuro pudieran producirse relaciones incestuosas entre hijos del mismo donante, pues uno de los requisitos que se ha manifestado a efectos de propiciar el desarrollo de esta técnica ha sido el del anonimato. Participamos de la necesidad de una toma de conciencia al respec-

*Para algunos la capacidad de procreación significa un problema (ante el desconocimiento de la correcta manera de llevar su vida sexual, consecuencia de la mayoritaria desinformación que sobre temas como éstos se experimentan en nuestro país), mientras que para otros, la imposibilidad de procrear es la que genera el problema*

to, y de la evaluación de la importancia del mismo o no a efectos de determinar si por la sola posibilidad de que una relación incestuosa pudiera generarse bastaría para descartar a esta técnica. Se deberán evaluar los riesgos y beneficios que puedan ocasionar atendiendo a hechos objetivos como éstos.

En este sentido resulta un ejemplo el artículo publicado en la revista "Fertility and Sterility Supplement" 2,<sup>11</sup> denominado "Artificial Insemination - Donor", donde se destacan las siguientes reservas:

- La posibilidad de que el proceso causare problemas psicológicos en el esposo, la esposa (o la pareja en general) o el donante.
- El riesgo de transmisión de enfermedades genéticas o infecciosas en el feto o en el esposo, al posibilitarse que la enfermedad se desarrolle en la esposa después de la inseminación.
- Cuando se habla de semen criopreservado (entiéndase congelado), la existencia de problemas en cuanto a daños genéticos.

Sin embargo, el comité de ética planteó como razones fundamentales para recomendar esta práctica las siguientes:

- El que estas prácticas pueden ser la mejor solución posible para la infertilidad de parejas al permitir que por lo menos exista una vinculación genética con uno de ellos, además de permitir se participe conjuntamente de la experiencia del embarazo.
- Que ante la alternativa de la adopción que implicaba traer un niño dentro de un matrimonio, cada vez resulta menos viable además de incierta como consecuencia del decrecimiento en el número de niños,<sup>12</sup> así como a los problemas legales que se pueden suceder. Se indica a este respecto la posibilidad de problemas médicos por parte de los padres biológicos que no hubieren podido ser perceptibles, piénsese por ejemplo en los originados por el consumo de sustancias nocivas durante el embarazo.

Para prevenir cualquier efecto negativo por el desarrollo de estas prácticas el comité recomendó lo siguiente:

- Que los pacientes fueran adecuadamente informados respecto de estas técnicas, de manera tal que se incluya la información concerniente a los riesgos posibles aún cuando éstos fueran mínimos.
- Respecto de la criopreservación del esperma se manifestó que esto permitía más tiempo al físico para observar y comparar las características del donante con las necesidades de la pareja. Y que, asimismo, esto permitía la realización de exámenes exhaustivos respecto del material genético aportado.
- Se consideró como conveniente la anonimidad y confidencialidad respecto de la identidad del donante.

Posición que compartimos, puesto que a través de ella se garantiza que el donante mantenga el carácter de tercero solidario pero ajeno y no pueda verse perjudicado por un actuar futuro por parte del padre legal que pudiera pretender desconocer su paternidad legal.

11 Fertility and Sterility, Supplement 2. Official Journal of the American Fertility Society. Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies by the Ethics Committee of the American Fertility Society, June 1990. Vol 53, N.º 6.

12 A este respecto es de resaltar que no sería el caso particular peruano, puesto que, por el contrario, el número de niños en estado de abandono es creciente. Aunque nos parece importante mostrar, a efectos de dar ejemplos, que los criterios planteados por el comité de ética toman en consideración las particularidades y necesidades del contexto y conjunto social.

*Sin embargo, si consideramos importante destacar que el desarrollo de esta técnica genera rechazo ante el supuesto de que en un futuro pudieran producirse relaciones incestuosas entre hijos del mismo donante, pues uno de los requisitos que se ha manifestado a efectos de propiciar el desarrollo de esta técnica ha sido el del anonimato*

- A efectos de evitar posibles relaciones incestuosas respecto de hijos de un mismo donante, se precisó la conveniencia de que este no participe en más de diez inseminaciones.

En todo caso nos parece que también podría ser considerada como una alternativa viable por ejemplo el limitar no sólo el número de inseminaciones en las que participe un donante, sino además limitar la procreación a un determinado sexo, (puesto que, como bien es de nuestro conocimiento, depende de la capacidad cromosomática del hombre la determinación del sexo del hijo).

- Se determinó también la conveniencia de que no existiera pago alguno por la dación de semen, aunque sí una compensación por el tiempo y los costos que tal técnica hubiere generado a expensas del donante, puesto que si bien la actividad del donante se funda en un acto de solidaridad, de este acto no puede resultar un perjuicio económico para aquel que se solidariza.

Muchas y distintas son las implicancias jurídicas que genera la inseminación artificial así tenemos:

- Que en la inseminación artificial homóloga, pueden generarse dos situaciones diversas:
- Que la inseminación sea realizada durante el matrimonio.
- Que la inseminación sea realizada después de la disolución del mismo.

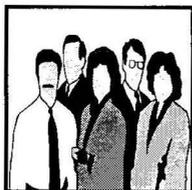
En el primer caso consideramos no se generaría mayor problema legal para el menor, pues éste tendría por padre al marido, de conformidad con la presunción recogida en los artículos 361 y 362 de nuestro Código Civil que señala respectivamente que: "El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido" y que "El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera".

En el segundo caso consideramos se generaría una situación sumamente problemática, si es que al respecto no se tomará una posición legal lo suficientemente clara y coherente.

En la actualidad la inseminación artificial no utiliza el esperma fresco, sino que como señaláramos es necesario previamente congelarlo y someterlo a todas aquellas pruebas necesarias para la detección de enfermedades.

Como consecuencia de esto podría plantearse lo siguiente:

- Que el marido haya depositado el esperma para el solo estudio de que está sano y no transmite enfermedad alguna.
- Que el marido decida depositar su esperma en un banco para hacer uso de él posteriormente.



## CIVIL

Si, después de disuelto el vínculo matrimonial, la mujer logra ser inseminada con el semen del ex-esposo, biológicamente hablando, el niño tendría como padre a éste; sin embargo, lo que en los he-

chos sería una verdad incuestionable, en el derecho en términos jurídicos podría resultar negado; el niño tendría por madre a la que cumplió con el proceso de gestación y dio a luz, no porque esta verdad biológica baste, sino porque legalmente ha sido considerada como el criterio que establece la filiación madre-hijo; sin embargo, al haberse separado o divorciado, el hecho de comprobar que fuera inseminada con el semen proveniente del ex-marido podría carecer de efecto legal alguno si el nacimiento del mismo se produjera más allá de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio (artículo 361 del Código Civil). El niño nacido en este caso sería considerado extramatrimonial y carecería de padre legal alguno, no pudiendo reclamar del padre biológico ni el derecho a llevar su apellido, ni herencia o beneficio alguno.

Consecuencia de la injusta situación antes expuesta habría de formularse la siguiente pregunta:

¿Debería en-

tonces permitirse la inseminación artificial de la ex-mujer con el semen del ex-marido, aún cuando el mismo hubiere sido obtenido antes de la separación o divorcio? Quizás para responder a esta pregunta debiéramos previamente formularnos la siguiente: ¿la posibilidad de descendencia puede entenderse como un derecho legítimo de la persona, hombre o mujer, indistintamente, o de la pareja? Y, en función de esto, determinar quién poseería la titularidad del semen: ¿el hombre? ¿la mujer? ¿O la pareja? No olvidemos que la misma fue extraída durante el matrimonio de la pareja y que, en algunos países, se entiende que la inseminación artificial sólo puede proceder respecto de parejas estables, casadas o no.

Por su parte la inseminación artificial heteróloga también presenta sus particularidades, pues se ha determinado que hablar de contratación en este ámbito implica reconocer la especialidad de los bienes que son materia del mismo; a este respecto se ha determinado que son tres las características que deben ser reunidas:

Gratuidad, premisa generalmente aceptada frente a todas las aportaciones recibidas en los bancos sean de semen, óvulos o embriones, que parte, sin embargo, de reconocer una compensación en favor de los "donantes" por todos aquellos gastos que hubieran sido originados como consecuencia de la "donación".

En este sentido se manifiesta la ley de reproducción asistida de España, el proyecto de recomendación N° 87 del comité de ministros a los Estados miembros, el informe Warnock, entre otros a efectos de tender hacia un sistema que tienda a compensar gastos.

La tendencia a la gratuidad se basa en que resulta difícil concebir la contratación en el ámbito de la vida huma-

na dentro de un esquema netamente comercial, razón esta última que debería conducirnos a determinar si es posible hablar en términos contractuales, esto es, patrimoniales respecto de la donación de semen, óvulos, embriones, pues, aun cuando se defienda su gratuidad, este hecho no determina su no patrimonialidad.

Legislación como la española, si bien cuenta con un marco normativo sobre reproducción humana asistida, cuestiona el que se hable de donación de semen u otras sustancias, no por el carácter patrimonial que en estricto entendemos existe, sino porque entiende que la donación implica el deseo de beneficiar a alguien directamente y que tal beneficio debe quedar en él.

Pero ¿es acaso necesario que por la donación al donatario (beneficiario) permanezca el bien donado siempre en la esfera de éste? ¿es acaso connatural a la donación que el bien quede con el donatario? ¿no podría éste acaso disponer de tal bien y, en este sentido, donarlo a terceros si así lo

decide? Pensemos en el donante de semen frente a la clínica o institución médica respecto de quien dona, y en la actuación posterior de ésta al determinar respecto de qué pareja estéril verificar la inseminación.

En nuestra legislación no existe al respecto limitación en cuanto a la disposición del

bien donado: quizás, a este respecto podría decirse que esta no limitación es debida a que la donación a que hace referencia nuestro Código Civil, está pensada respecto de la circulación de bienes distintos a los orgánicos como las células, órganos o tejidos.

Si bien es cierto que no caben limitaciones sobre el derecho de propiedad de objetos sin vida, esto es distinto en el caso de los bienes en cuestión, pues éstos son expresión de la naturaleza humana. Siendo condescendientes con esto debemos preguntarnos si debe o no existir una reglamentación y limitación en cuanto al empleo de estas donaciones (máxime si nos ponemos a pensar en la aplicabilidad o no de estos criterios sobre el embrión).

Hay muchas preguntas que surgen al abordar un tema como éste, así por ejemplo: ¿entre los donantes y el centro médico que tipo de relación existe? Es una relación jurídica, social, moral, religiosa. Resulta obvio que no será una relación de prestación de servicios puesto que, de ser así, como el servicio de la extracción del semen, óvulo o embrión lo realiza el centro médico, el "donante" debería pagar a éste por el servicio prestado, lo cual no ocurre sino, como bien sabemos, es todo lo contrario lo que acontece: es el "donante" el que recibe el reembolso de los gastos (pero sólo eso, ninguna otra compensación adicional) a través del centro médico, puesto que la donación se entiende anónima.

Sería necesario que ahora comentáramos un poco respecto de la relación centro médico y pareja, ¿a quién cobra esta institución médica el tiempo invertido (que implica además de los estudios de la pareja, la búsqueda del mejor donante posible) en la terapia de inseminación artificial vía donante? Pero, además ¿no es acaso cierto que también hay un adicional que es cobrado por razón de los

*Pese a que en nuestro país se vienen efectuando este tipo de prácticas -aun cuando éstas se den en forma restringida- no existe un marco médico-legal que permita determinar responsabilidades ante los excesos que se pudieran cometer*

conocimientos científico-médicos por la institución sanitaria? Este adicional cobrado ¿no es acaso expresión de un fin de lucro? Todo médico o clínica, si bien existe el trasfondo de ayudar a restablecer, mantener o salvar vidas, presenta un ánimo de lucro.

¿Por qué, si esto es así, una actitud de horror es manifestada ante la posibilidad de que el "donante" reciba una adicional a los gastos en los que hubiera incurrido? ¿por qué el nerviosismo, la incomodidad, no son valorados al momento de restituir los gastos al donante a quien se señala no se pretende perjudicar? Apelar a la solidaridad humana es una respetable manera de pensar, pero seamos coherentes y apliquemos tal manera de razonar a todos los participantes de esta cadena, beneficiemos a todos por igual sin discriminaciones de tipo alguno.

- Anonimato: Se entiende que la inseminación artificial heteróloga dadas las especiales circunstancias que la determinan, requiere entre otras cosas "el anonimato" respecto del donante por parte de los padres legales y viceversa. Se pretende, como señaláramos anteriormente, con todo esto, proteger y limitar la responsabilidad del donante; no se irá más allá de una información completa del estado de salud y del historial médico, personal y familiar. Mayor responsabilidad resulta impensable puesto que debería ser asumida ésta por el padre legal (pareja estable de la mujer inseminada, sea este el esposo o el conviviente).

Sin embargo, cabría preguntarnos si con este afán especial de mantener el anonimato, no se estaría produciendo un perjuicio a la criatura, a quien se le privaría de conocer a sus ascendientes genéticos ¿cabría a lo mejor la posibilidad de plantear una suerte de anonimato flexible? esto es, un anonimato que permita al hijo, una vez alcanzada la mayoría de edad, saber la verdad de su nacimiento y conocer al padre biológico? Consideramos importante que el menor conozca de su origen, sobre todo a efectos de manejar una información completa respecto de sus herencia biológica.

- Capacidad: presupuesto indispensable en la medida que el acto que se llevará a cabo requiere de plena conciencia y responsabilidad, al producirse como consecuencia de la participación de un tercero ajeno, la concepción de un hijo que no será considerado como propio pero respecto de quien existe un vínculo genético importante que obliga al donante a brindar toda información valiosa y no sólo la requerida que permita obtener el éxito del nacimiento esperado.

Debido a que la inseminación artificial con donante requiere de un tercero ajeno a la pareja, se busca brindar la mayor protección tanto a éste, como a la pareja y a la criatura resultante, de manera tal que ninguno resulte perjudicado. Se entiende que esta especial participación del donante surge como consecuencia de un acto de solidaridad humana,<sup>13</sup> a partir del cual se construye un esquema con características definidas que se espera sean respetadas.

En el Perú, según se nos manifestara, sólo se ha llevado a cabo la inseminación artificial homóloga y la fecundación artificial homóloga, a través del marco legal y social tradicional de las relaciones médicas, puesto que se carece de una legislación al respecto. No nos cabe duda de

*Las diversas técnicas empleadas en la reproducción humana asistida, ciertamente pueden no resultar, para quienes observan el problema externamente, del todo confiables, aceptables o moralmente válidas. Sin embargo, es claro que toda actitud de rechazo a priori es una injusticia*

que la especial relación médica que surge entre la pareja infértil o estéril y el médico, y los otros profesionales de la salud vinculados o el instituto sanitario y la criatura producto de estas técnicas, requiere de un marco legal especial por la responsabilidad que para la vida humana, en general, significa.

Pese a que en nuestro país se vienen efectuando este tipo de prácticas –aun cuando éstas se den en forma restringida– no existe un marco médico-legal que permita determinar responsabilidades ante los excesos que se pudieran cometer: la evaluación o no de la labor del médico, del investigador, del científico está limitada por parámetros que éstos se han visto en la necesidad de determinar: un ejemplo es lo que ocurre en la Universidad Peruana Cayetano Heredia, frente a la necesidad de experimentar y desarrollar estudios que involucran la seguridad de las personas, antes de llevar a cabo un proceso de investigación, éste es evaluado por dos comisiones de ética, un comité de ética interno una conformada por personal vinculado a la labor universitaria de esa casa de estudios, el otro denominado comité de ética externo, conformado por un sacerdote, un abogado, un científico, todos ellos sin vínculo con la universidad. La participación de este comité, resultan ser el mejor instrumento con el que se pueda contar a efectos de medir las implicancias sociales.

Las diversas técnicas empleadas en la reproducción humana asistida, ciertamente pueden no resultar, para quienes observan el problema externamente, del todo confiables, aceptables o moralmente válidas. Sin embargo, es claro que toda actitud de rechazo a priori es una injusticia.

En la medida que estas técnicas sean aplicadas a partir de consideraciones éticas y actitudes responsables, la integridad y dignidad humanas no podrán verse afectadas, puesto que se actuará respetando lo que es la persona, y su individualidad en conjunto. Siendo esto así ¿por qué negar a las parejas con problemas de esterilidad o de infertilidad la posibilidad de la propia descendencia? ¿por qué no reconocer en los directos interesados, parejas infértiles, profesionales de la salud y terceros vinculados (donantes) a los agentes más idóneos para determinar y satisfacer sus necesidades?

Recordemos las palabras de Albert Schweitzer:

*"Vida significa para nosotros no sólo vivir nuestro propio destino, sino todo lo que sucede con otros seres en torno nuestro, trátase de personas u otras criaturas, como algo que no es ajeno a nuestro destino; significa sentir la preocupación del otro, su angustia, como algo propio; significa ayudar..."*

La necesidad de un compromiso serio frente al problema de la pareja estéril o infértil, implica una acto de responsabilidad que no incumbe en exclusiva a los profesionales de la salud: corresponde también a la sociedad, en su conjunto, ser capaz, si no de entender, sí de conocer y plantear alternativas; el silencio o la indiferencia no se pueden seguir tolerando. **D&S**

13 No olvidemos que esta especial participación del donante se verifica directamente con la institución médica o con el médico, no con la pareja que resultare beneficiada. Se quiere beneficiar a una pareja estéril pero no existe el conocimiento respecto de esta pareja; resultando con esto que no estaríamos pues frente a una figura de donación, pues ésta requiere, por su definición, del querer beneficiar a quien se dona, lo cual no podría ocurrir en este caso, pues una de las características a las que haremos mención resulta ser el anonimato.