

**"LA FECUNDACION
ARTIFICIAL:
Estudio jurídico de la
Fecundación In-Vitro.
Especial incidencia en el
Derecho de Familia"**

Maritza Mauricio Valdivia

Tesis sustentada en febrero de 1988 ante los Dres. Roger Rodríguez, Aníbal Quiroga y Benjamín Aguilar. Sobresaliente.

Una temática de singular importancia aborda el presente trabajo de investigación, de gran actualidad en nuestros días.

En efecto, corresponde al derecho el expectante rol de conducir y reconducir el comportamiento humano a través de regulaciones normativas, ya sean estas escritas, orales o de costumbre. El innegable avance científico del presente Siglo, en particular de las últimas décadas, ha puesto al derecho frente a un verdadero reto; y el guante debe ser recogido por sus operadores: los juristas, hombres y mujeres del derecho de hoy con miras al mañana.

Este notable despliegue de la moderna ciencia el campo de la medicina, la genética y la reproducción humana es uno de los aspectos más audaces de ser enfrentados por la ciencia jurídica. Su actualidad ha desbordado, sin lugar a dudas, los márgenes de la formalidad del derecho como mecanismo social de regulación de las relaciones de familia y de regulación de las relaciones interpersonales.

La fecundación In-Vitro, o extracorpórea, ha posibilitado en gran medida la superación de los problemas físicos y médicos de la esterili-

dad y la ausencia de descendencia dentro del matrimonio. Pero al mismo tiempo, ha abierto una enorme vía por donde las relaciones de familia aparecen trastocadas con la posibilidad cierta de manipulación de los óvulos o espermatozoides de terceros a la relación matrimonial, los que luego serían llevados a las matrices de las gestantes involucradas en la relación matrimonial. Las interrogantes del futuro de esto son, pues, muchas y muy evidentes.

Si bien todo trabajo de investigación jurídica reposa en un análisis de las instituciones existentes y de sus antecedentes históricos, la verdadera riqueza que el derecho nos pone al alcance radica en la posibilidad de ser creativos, de adelantarnos al futuro y de diseñar estructuras jurídicas de comportamiento humano en el futuro inmediato y mediato. La tarea del verdadero jurista, como la de cualquier científico, no sólo supone el desentrañamiento de lo existente y su enseñanza sistemática, sino la posibilidad cierta de crear y recrear hipótesis que han de ser susceptibles de ser operacionalizadas en adelante.

Este es, quizás, el mayor mérito del presente trabajo de investigación. Como bien se apunta en el mismo, en el Perú ya es una realidad desde el punto de vista científico y médico la fertilización In-Vitro. Sin embargo, podemos afirmar con la autora y sin temor a equivocarnos que desde el punto de vista jurídico ello no se ha desarrollado con la misma dimensión y magnitud. Y un importante intento de ello lo constituye el presente trabajo realizado con gran esfuerzo y mejor esmero.

El presente trabajo pretende dar una visión general de la problemática de los métodos de inseminación artificial con especial énfasis en la

fecundación In-Vitro con transferencia embrionaria, apuntando todo ello hacia el Derecho de Familia. Es explícito que sobre la materia queda aún mucho por trabajar y estudiar sobre esto que es realmente novedoso, interesante, fascinante, apasionante y, a la vez, una gran interrogante a veces absuelta con temor por nosotros.

En el Capítulo Primero la autora aborda los aspectos generales de los métodos de fecundación artificial, con conceptos, clasificaciones y fundamento. También son desarrollados aspectos referidos a la admisibilidad de dichos métodos y al desarrollo mismo de la fecundación In-Vitro. En el Capítulo Segundo analiza la temática integrada de la fecundación In-Vitro y el derecho de disposición del propio cuerpo, sus alcances jurídicos y las relaciones obligacionales entre el dador, el receptor y el médico interviniente. En el Capítulo Tercero aborda aspectos de la fecundación extracorpórea y del Derecho de Familia, desarrollando la relación paterno filial y los problemas que le suscita aquella en el rubro general de la filiación paterna y materna, apuntando esbozos de solución jurídica a las hipótesis que en el propio trabajo se plantean. Es este último capítulo, si se quiere, el que contiene el meollo del trabajo de investigación, pues fija específicamente la posición de la autora respecto de esta temática. Ciertamente es que son hipótesis de trabajo que un mayor estudio y reflexión deberán pulir con el tiempo. Pero no resulta menos cierto que implican un muy serio intento intelectual que demuestra con las soluciones que con toda claridad y precisión —sin rehuir su debate— plantea con profundidad la autora.

Puedo afirmar sin ambages que es un trabajo riguroso y solvente,

metodológicamente bien estructurado. En mi opinión muy bien redactado, lo que facilita su lectura. Las Conclusiones en número de 23 reflejan la magnitud del trabajo realizado y mención especial merecen los tres apéndices conteniendo, entre otros, las recomendaciones del Informe presentado por la Comisión especial de Estudio de la Fecundación In-Vitro y la Inseminación Artificial entre Cónyuges del Congreso de los Diputados de las Cortes Españolas; habiendo sido, además, consultada la más moderna bibliografía con que en el medio se cuenta.

En suma un muy interesante trabajo cuya lectura será provechosa para quienes deseen abordar la materia, un muy superior esfuerzo intelectual y una muy justa calificación para su excelente sustentación y defensa en el examen de grado. (Anibal Quiroga León).

VIOLENCIA Y LEGALIDAD

Giulia Tamayo L.
Roxana Vasquez S.

Tesis sustentada en noviembre de 1987 ante los Dres. Jorge Price, Francisco Egui-guren y Francisco Ballón. Sobresaliente.

El tema de la violencia en nuestro país es abordado como un problema nodal para resolver las posibilidades de desarrollo y democratización en nuestra sociedad. La violencia plantea así una condición límite y crítica para la reproducción social e individual.

La concepción fundamental de la que parte la ciencia jurídica para pronunciarse respecto de la violencia, la misma que articula su existencia como saber y práctica social, es la de identificar al Derecho con una idea de orden que asegure la convivencia social. De esta manera se sostiene la premisa por la cual la legalidad es la única garantía de control de la violencia.

Giulia Tamayo y Roxana Vasquez desarrollan su tesis con el pro-

pósito de indagar sobre esta premisa, revisando la supuesta naturaleza antinómica entre violencia y legalidad así como la pretendida función pacificadora que le es adjudicada al Derecho. Obviamente tal intención excede los límites de una tesis, y no podría ser agotado a través de un problema nodal. No obstante, han considerado válido llevar adelante esta discusión a propósito de una investigación realizada en la quebrada de Canto Grande, en el Distrito de San Juan de Lurigancho, respecto del problema de maltratos a mujeres en relación de pareja (1).

Uno de los ejes que puntualizó dicho trabajo fue examinar la relación entre la demanda de las mujeres maltratadas por su pareja y la respuesta que nuestro modelo de Derecho, y su funcionamiento concreto les ofrece, encontrando que no hay concordancia entre la necesidad femenina demandada y la respuesta jurídica obtenida.

Esto por cuanto ni el objetivo punitivo, ni la condición de ruptura drástica son las buscadas por la mujer, menos aún por el varón; es más bien la búsqueda de espacios intermedios que propongan un conjunto de salidas para el procesamiento y recomposición del conflicto, para la producción de virtuales alternativas que apunten al tratamiento integral de la situación allí planteada, así como a la necesidad de un interlocutor externo, que legitime la validez de dicho proceso.

Sin embargo, el Derecho persiste en responder con dos tipos de acciones: la que está destinada a defender la integridad física y cuya racionalidad explícita es la sanción, y la otra, en donde reconoce que la existencia de estos hechos habilitan al agredido a separarse legalmente o a divorciarse, y en donde la racionalidad expresa una sanción de otra naturaleza, identificar al culpable de la ruptura matrimonial, situación que en términos sociales implica un costo mayor. De esta manera no pretende atender al conflicto como tal, ni apunta a su procesamiento, sino que impone categorías externas a él, bajo las cuales el conflicto deberá inscribirse, si las partes deciden apelar

a la acción legal como espacio resolutor.

Por otro lado, al entender como resultados idóneos de su intervención, los punitivos (sanción de privación de la libertad) y los reparativos (multa y reparación civil), inhibe su participación del ámbito preventivo, presupuesto básico para la afirmación de un derecho. Como consecuencia de esta racionalidad, la forma como se conduce el proceso judicial, necesita colocar a las partes en conflicto en situación de oposición, el litigio necesita un pre-condicionamiento de las partes, que apunte a la obtención de una victoria, que evidentemente se considera exitosa en tanto se cumpla con los fines punitivos y reparativos señalados.

Por lo demás, la indiferenciación que a nivel jurídico existe, al no tipificar específicamente los maltratos entre hombre y mujer en una relación de pareja, nos confirma su vocación de no atender ni registrar la exacta dimensión del problema planteado.

Las autoras de la tesis, ante este panorama, exploraron la posibilidad de encontrar espacios y procesos extra-legales, descubriendo que para las mujeres solo existe una opción: una de naturaleza pragmática y heterodoxa que condensa lo legal, lo ilegal y lo extra-legal, y se canaliza a través de la opción oficial.

Prueba de ello es que de los 104 casos analizados, ninguno de ellos fue tramitado o procesado de acuerdo a ley. Este alarmante dato es explicado por varios factores.

De entre ellos resalta el espacio y la relación principal que las mujeres entablan en su experiencia y contacto con el Derecho: las comisarias y las autoridades policiales. En él encontramos varios agravantes: uno, la minimización que hacen del conflicto, tratándolo como doméstico, secundario, por lo que descargan el impulso del proceso a las mujeres; otro, el someter a un juicio previo a la propia denunciante, culpabilizándola por su participación en el hecho; otro más, proponen un trata-

miento diferenciado al curso de las denuncias, distinguiendo donde la ley no lo hace; finalmente, desestima el seguimiento normal del proceso al asumir como válido optar por informar o no, confrontar, conciliar, amonestar, sancionar o incluso resolver, influenciando en las partes en su elección de continuar el proceso conforme a ley.

La intervención de médico legista, ingresa adecuadamente a esta misma lógica, al constreñir su actuación a la valoración del daño físico ocasionado, ratificando en las mujeres la percepción de una atención parcial a su problema, expresada por una de las entrevistadas en términos de "es un médico que no cura, solo nos mira los golpes...".

Todos estos argumentos sirven para visualizar los cauces del tratamiento discriminatorio en razón exclusiva de su pertenencia al género femenino, y que para efectos del Derecho se traduce en una opción de privilegio de la institución familiar, que al impedir un tratamiento adecuado a la demanda femenina, evidencia un cuestionamiento a la relación de pareja al interior del núcleo familiar. Desde otro ángulo, todo este problema simboliza o refleja la anulación social de la percepción del sufrimiento femenino en la vida cotidiana, incluso para ellas mismas.

Enfrentadas a un "edificio conceptual" bajo el cual se reproduce la legalidad como factor aparentemente disociado de la violencia y de las relaciones de poder, Giulia Tamayo y Roxana Vasquez, intentan decodificar al Derecho, asumiendo como válido el deselaborar los conceptos tras los cuales el Derecho se presenta como conocimiento, interpretándolo tal como Nietzsche propone (el conocimiento es una invención) y que Foucault recoge para desarrollar la relación entre el sujeto y el conocimiento, todo ello a partir de una perspectiva histórica.

Para ello realizan una "historia externa" con la finalidad de mostrar la conexión entre violencia y legalidad, no ya como un simple dato anecdótico en su montaje, sino en tanto su código en común se repro-

duce haciendo la historia del presente, vale decir, que las relaciones de poder y la violencia no sólo impregnaron sino que continúan haciéndolo respecto de la práctica social y teórica del Derecho, así como la legalidad crea y recrea las condiciones para preservar las relaciones de poder y, por ende, la violencia.

Por otro lado, las autoras de la tesis, analizan las relaciones entre dominio y conflicto (todo acto de poder genera resistencia, esta dinámica es la que define al conflicto), a propósito de la desigual relación entre géneros. Esto, llevado a términos jurídicos, debe servirnos para entender al Derecho como ritualización de una guerra (expresión de conflicto), en donde no hay dos contrincantes, sino que el Estado ingresa en ella a título de defensor de la sociedad (¿coincidirá con el interés de uno de los géneros?). A criterio de ellas, pareciera que es evidente la parcialidad del Estado, ¿cómo sino la conciliación presume el perdón de la mujer y el olvido de la causa?, ¿por qué se supedita la conciliación al ofrecimiento, sin garantía, del varón? ¿por qué en caso de incumplimiento de éste la mujer tenga que reabrir la ruta desde cero?

Desde la perspectiva de una "historia interna" no encontraremos otra cosa que la constatación de que la legitimidad es un recurso del poder para producir compulsivamente el acatamiento a las normas, representa un rango de fuerza para oponer al eventual contrincante.

Para poder analizar el supuesto carácter antinómico entre violencia y legalidad, R. Vasquez y G. Tamayo desarrollan los elementos que puedan permitir una ruptura paradigmática de dicha antinomia, a partir del género femenino.

Estamos absolutamente convencidos de que la metodología utilizada, unida a una madurez de razonamiento, hace que podamos afirmar que la tesis sobre la que hacemos esta reseña no sólo debe ser anotada como de lectura necesaria para una cabal formación en el Derecho, sino como el punto de partida para posteriores investigaciones que, suplien-

do aquello que no pudo realizarse en ella, nos permita lograr la ruptura paradigmática, definitivamente. Como colofón sólo queda expresar que sin esta tesis muy difícil nos resultaría el camino. (Jorge L. Price)

"LA ENTREGA DE TITULOS VALORES: ANALISIS DEL ARTICULO 1233 DEL CODIGO CIVIL"

Enrique Ferrando

Tesis sustentada en noviembre de 1987 ante los Dres. Lourdes Flores Nano, César Pérez y René Ortiz. Sobresaliente.

Es paradójico anotar cómo el trabajo exegetico de la ley es tenido por esencial en nuestro quehacer jurídico doctrinal y, sin embargo, no cuenta con muchos cultores fieles que desentrañen y proyecten a cabalidad el sentido de la realidad jurídica que postula la norma.

Si asumimos que una proposición normativa es, en realidad, una porción del mundo configurado por los legisladores que no necesariamente coincide con el mundo social, político o económico que nos circunda, admitiremos que sobre una norma reposan una serie de efectos propios —jurídicos—, fruto de una batería de supuestos que es preciso conocer si se quiere operar en el mundo del Derecho. La labor hermenéutica es, pues, indispensable y exigente.

Consciente de la paradoja primera y de la importancia de la tarea citada en segundo término, Enrique Ferrando nos ofrece un trabajo de tesis en el que se muestra fiel pero críticamente también los supuestos y efectos de la entrega de títulos valores como forma de extinguir las obligaciones.

Técnico y específico, el tema en mención es de aquéllos en los que se requiere aplicar dosis bastantes y suficientes de erudición, rigurosidad y originalidad para superar la medianía del mero reproductor de lo

expuesto en la norma y saltar hacia distintas posibilidades interpretativas.

Se avisa la erudición al extender la investigación del área obligacional, que nos sugiere la ubicación de la norma sub-estudio (art. 1233 del C.C.), hacia las materias mercantil, de los títulos valores, y procesal, del juicio ejecutivo. Entendiendo que nuestro ordenamiento jurídico se integra en un sistema —aún cuando el resultado de esta integración no sea plenamente sistemático—, el Sr. Ferrando discute, por ejemplo, cuáles son los títulos valores que prevee la norma del art. 1233, a la luz de la Ley 16587 y del D.L. 20236, y de la doctrina, entendiendo que "se aplica a todo título valor que constituya, por su naturaleza, un 'título de pago'".

Por otro lado, el rigor académico exhibido en la tesis está graficado en una distinción aparentemente elemental en el esquema del trabajo: la separación de los contenidos desarrollados en los capítulos III y IV (los supuestos y los efectos). También está presente en el esclarecimiento de expresiones tales como "obligación primitiva", "pago documental" y "perjuicio del título valor", las cuales constituyen el corazón de la norma y cuya desinteligencia derivaría en más de un despropósito.

Finalmente, la originalidad, nota distintiva de las tesis, la advertimos en las posiciones personales sostenidas —y defendidas— por el autor más allá de las *auctoritas* de versados maestros. Ejemplos en este sentido los tenemos en una disputa sobre si los títulos valores se perjudican por efecto de la caducidad exclusivamente o también por la prescripción; y otra referente a si la

pérdida del mérito ejecutivo produce el perjuicio del título valor.

La tesis del Sr. Ferrando tiene la virtud de demandar una lectura exigente que acompañe al autor en el desenvolvimiento de su razonamiento. El lenguaje empleado no ha sido un estorbo para él y estimamos que tampoco lo será para los lectores que auguramos. (René Ortiz C.)

"OBLIGACIONES GENERICAS: ELEMENTOS Y PROBLEMÁTICA"

Horacio Gago P.

Tesis sustentada en mayo de 1987 ante los Dres. Carlos Cárdenas, Humberto Jara y Alfredo Ostojá. Sobresaliente.

La tesis presentada por el Sr. Horacio Gago Priale está dedicada al estudio de la institución que la doctrina denomina Obligaciones Genéricas. Se trata de un tema en el que no hay opciones tomadas sino más bien opiniones diversas que buscan determinar cuáles son los ámbitos y las características dentro de los cuales debe enmarcarse esta figura. En tal sentido, la tesis tiene como una de sus virtudes notorias el buscar esclarecer conceptos que permitan un mejor conocimiento a los que frecuentan el tema de las Obligaciones.

El tema es desarrollado por su autor en cinco capítulos. El primero, se detiene en los antecedentes romanos; el segundo ensaya una distinción entre los conceptos de género y especie y otros vinculados al tema; el tercero, estudia las distintas clases de obligaciones genéricas; y los capítulos cuarto y quinto se des-

tinan a un análisis exegético de las normas que sobre la materia se encuentran en los dos Códigos Civiles derogados de 1852 y 1936 y en el reciente de 1984. Finalmente, con un saludable sentido de la creatividad, el autor propone un proyecto de articulado para una materia que nuestro Código Civil omitió regular con detenimiento.

El capítulo tercero es el fundamental de la tesis. En dicha sección el Bachiller Gago efectúa, de manera sustanciosa, una distinción de las tres categorías de las llamadas obligaciones genéricas, esto es, con género incierto, con género fungible y con género limitado. Igualmente, efectúa, con claridad una distinción entre los conceptos elección e individualización, concluyendo acertadamente en que se trata de conceptos diferentes, que no son sino modalidades de la determinación.

Un mérito que vale destacar con marcado énfasis es la actitud del autor en ingresar sin temor a un trabajo de por sí arduo y complicado y de tratamiento bastante abstracto. Asimismo, debe notarse que el trabajo suple, doctrinariamente, una carencia del legislador del 84 que un tanto injustificadamente omitió efectuar una regulación detallada de las obligaciones en las cuales el objeto de la prestación consistiera en uno genérico.

La tesis tiene el indudable mérito de ser un trabajo de aporte no sólo porque es un tema no tratado en nuestro medio sino además por la calidad que fluye de sus páginas, lo cual acredita el mérito académico de Horacio Gago. Vale también mencionar que la sustentación oral influyó decisivamente en el fallo del Jurado, por la manera solvente en que se desarrolló (Humberto Jara).