

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST GRADO

**Problemas jurídicos que plantean las técnicas de  
reproducción humana asistida en la legislación civil  
peruana**

TESIS

para optar el grado académico de Magíster en derecho con mención en  
Derecho civil y comercial

AUTOR

Rolando Humberto Canessa Vilcahuamán

**Lima-Perú**

**2008**

*A mis padres como  
testimonio eterno de  
gratitud y amor sublime.*

## INDICE

### CAPITULO I

#### 1. ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 TÍTULO .....	13
1.2 GENERALIDADES .....	13
1.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	14
A. Problema General .....	15
B. Problema Específico .....	16
1.4 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA .....	16
1.5 FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS .....	17
A. GENERALES .....	17
B. ESPECÍFICAS .....	18
1.6 OBJETIVOS .....	18
A. OBJETIVOS GENERALES .....	18
B. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	18
1.7 ANTECEDENTES .....	19
A. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA .....	19
1.8 METODOLOGÍA .....	21
A. Método .....	21

### CAPITULO II

#### 2. LA PROCREACIÓN ASISTIDA: LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA FECUNDACIÓN *IN VITRO* HUMANA

2.1 ANTECEDENTES .....	22
2.2 CONCEPTO .....	26
2.3 CAUSAS QUE ORIGINAN EL SOMETIMIENTO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA...	30
2.4 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.....	35
A. CONCEPTO DE INSEMINACIÓN	

ARTIFICIAL HUMANA.....	35
B.  PROCEDIMIENTO DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANA.....	38
2.5 CLASES DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANA ....	40
A.  INSEMINACIÓN HOMÓLOGA. (Inseminación artificial conyugal).....	40
B.  INSEMINACIÓN HETERÓLOGA .....	41
a.  CONSIDERACIONES DE ORDEN ÉTICO QUE PRESENTA LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.....	43
2.6 FECUNDACIÓN "IN VITRO" .....	47
A.  CONCEPTO DE FECUNDACIÓN "IN VITRO".....	47
2.7 CLASES DE FECUNDACIÓN "In Vitro".....	48
A.  FECUNDACIÓN "IN VITRO" HOMÓLOGA.....	49
B.  FECUNDACIÓN "IN VITRO" HETERÓLOGA.....	49
a.  LOS "DONANTES" DE GAMETOS.....	50
b.  LA MATERNIDAD BIOLÓGICA.....	51
c.  LOS CÓNYUGES O CONVIVIENTES.....	51
d.  EL NIÑO .....	52
2.8 VARIACIONES DE LA FECUNDACIÓN "In Vitro".....	53

### CAPITULO III

## 3. ALGUNOS NÚCLEOS PROBLEMATICOS QUE PLANTEAN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

3.1 LAS TERAS Y EL LIBRO I DEL CÓDIGO CIVIL.....	56
A)  Derecho a la Vida .....	56
a.- La postura de la fecundación .....	62
b.- La postura de la concepción .....	65
c.- La postura de la anidación .....	66
d.- La postura de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central.....	68
• España .....	72
• Alemania .....	74
• Italia .....	75
• Francia .....	76
• México .....	77
• Argentina .....	78
• Otras legislaciones .....	79
B)  El derecho a la vida y los embriones supernumerarios	89
• España .....	94
• Alemania .....	95

• Italia	.....	96
• Francia	.....	96
• Argentina	.....	96
C)	El derecho a la integridad del embrión y las técnicas de reproducción humana asistida .....	99
• España	.....	106
• Alemania	.....	107
• Italia	.....	108
• Francia	.....	109
• México	.....	110
• Argentina	.....	111
D)	Derecho a la libertad y las técnicas de reproducción humana asistida: .....	112
a	El sometimiento o no a las TERAS a las mujeres solas	114
• España	.....	122
• Alemania	.....	123
• Italia	.....	123
• Francia	.....	124
• México	.....	125
• Argentina	.....	126
b	Donación de gametos .....	126
• España	.....	129
• Alemania	.....	130
• Italia	.....	131
• Francia	.....	131
• México	.....	132
• Argentina	.....	132
c	El consentimiento de la pareja en la aplicación de las TERAS en matrimonios o uniones de hecho.....	133
• España	.....	134
• Alemania	.....	135
• Italia	.....	136
• Francia	.....	137
• México	.....	137
• Argentina	.....	138
• Colombia	.....	139
E)	Las TERAS y el derecho a la intimidad.....	140
a	Intimidad del menor procreado aplicando las TERAS	142
• España	.....	143
• Italia	.....	143
• Francia	.....	144

b Intimidad del donador de gametos .....	144
• España .....	145
• México .....	146
3.1 LAS TERAS Y EL LIBRO II DEL CÓDIGO CIVIL.....	147
A) La filiación .....	151
a.- La presunción <i>pater is est quem nuptiae demonstrant</i> .....	152
b.- La declaración judicial de filiación-extramatrimonial paterna .....	155
c.- Declaración judicial de maternidad extramatrimonial .....	159
B) La filiación y las técnicas de reproducción humana asistida .....	161
a.- La inseminación artificial homóloga y la filiación del nuevo ser .....	161
• España .....	164
• Italia .....	165
• Francia .....	165
• México .....	166
• Argentina .....	166
b.- Inseminación artificial o reproducción <i>in vitro</i> heteróloga y la filiación del nuevo ser .....	167
• La filiación del menor, el derecho a su identidad y el derecho a la intimidad del o la donante.....	171
– España .....	176
– Italia .....	176
– Francia .....	176
– México .....	177
– Argentina .....	177
• Maternidad subrogada .....	178
– Concepto .....	179
– Clases de maternidad subrogada.....	181
– Problemas jurídicos que plantea la maternidad subrogada en relación al nuevo ser.....	183
– Validez jurídica del contrato de maternidad subrogada o asistida .....	184
– Determinación de la filiación de los nacidos de un contrato de maternidad subrogada o asistida .....	186
– Incidencia de los contratos de maternidad subrogada o asistida .....	189
– España .....	192
– Alemania.....	193
– Italia .....	193

– Francia .....	194
– México .....	196
– Argentina.....	196
– Falta de consentimiento de uno de los cónyuges	197
– España .....	201
– Italia .....	201
– Francia .....	202
– México .....	203
– Argentina.....	203
C) La inseminación artificial sin consentimiento del cónyuge y las causales de separación de cuerpos o divorcio	205
D) La filiación del nacido por inseminación artificial	
<i>post mortem</i> .....	209
• España .....	217
• Italia .....	218
• Francia .....	218
• Argentina .....	219

## CAPITULO IV

### 4. LEGISLACIÓN PERUANA PROPUESTA

4.1 BASES PARA UNA LEGISLACIÓN SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA .....	220
4.2 EL PROYECTO DE LEY DE ENMIENDAS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984.....	226
A) Estudio y revisión del Código Civil.....	226
B) Propuesta de reforma del Código Civil del Congreso Constituyente Democrático. ....	229
C) El código de los niños y adolescentes (D. Ley N° 27337).	231
D) Síntesis de la Propuesta .....	232
ANTEPROYECTO DE LA LEY QUE REGULA LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA... ..	235

CONCLUSIONES  
SUGERENCIAS  
BIBLIOGRAFÍA  
ANEXOS

## INTRODUCCIÓN

El Derecho como ciencia y creación social no es inmutable ni amovible, sino temporal, pues no es estático; es variable y dinámico puesto que debe adecuarse a los cambios (sociales, culturales, políticos, económicos y científicos) de allí la exigencia que las normas jurídicas sean revisadas periódicamente previo un vivenciamiento axiológico a fin de adecuarlas a las cambiantes situaciones de la realidad social y del vertiginoso avance científico, teniendo como sustento los valores éticos y jurídicos a fin de contar con una legislación remozada y actual; sin embargo a través del transcurso del tiempo nos damos cuenta que el Derecho no corre al mismo paso de la ciencia, es por eso que se puede persuadir que algunas de las normas vigentes en nuestra legislación civil suelen ser discordantes con nuestra realidad, puesto que los cambios y el desarrollo fluyen sobre la vida del hombre en forma acelerada deviniendo los cuerpos legales en obsoletos sino son adecuados a los cambios que se producen en la experiencia jurídica.

Debido a ésta situación ésta tesis centra su atención en tratar de establecer y dilucidar la problemática jurídica que se plantea en nuestra legislación civil



derivada del uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Inseminación Artificial Humana y Fecundación *in vitro*) estableciendo al mismo tiempo las alternativas, propuestas o posibles cambios que se deben realizar en nuestra normativa civil vigente porque a los más de veinte años de vigencia de nuestra norma sustantiva vigente han quedado algunos artículos en desuso encontrándose vacíos legales frente a las controversias sociales surgidas del avance de la ciencia en la vida cotidiana y específicamente de las del tema propuesto.

La reproducción humana asistida tiene una larga historia por ser el método más antiguo para combatir la esterilidad y propiamente son métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona.

Las Técnicas de Reproducción Humana Artificial (TERAS) se clasifican en Inseminación Artificial (I. A.) pudiendo esta ser homóloga o heteróloga cuando el material genético (semen) pertenece al marido, (existiendo vínculo matrimonial) o cuando el semen no es del marido, o el gameto femenino no es de la cónyuge, sino de un tercero o cedente y la Fecundación Extracorpórea denominada también Fecundación In Vitro, puede ser homóloga o heteróloga (según como se lleve a cabo dentro de matrimonio o fuera de él), la cual presenta diversas variaciones como la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos y la transferencia intratubárica de embriones.

El vertiginoso avance científico experimentado en la Biología, Genética, Ingeniería Genética y específicamente el avance científico logrado en el campo de Inseminación Artificial Humana y la Fecundación "In Vitro", conlleva y plantea dramáticas interrogantes y problemas desde la perspectiva, ética, moral, social y jurídica. De allí la necesidad de un estudio y debate serio, profundo y amplio sobre la temática de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida a la luz de las instancias jurídicas, morales, éticas, sociales y culturales a fin de forjar una adecuada normatividad, jurídica acorde a nuestra realidad socio-cultural y al avance científico.

Sin lugar a dudas, el incontenible avance científico experimentado en las ciencias bio-médicas y específicamente el desarrollo biotecnológico alcanzado hoy en día; trastocan los principios jurídicos tradicionales en materia de Derecho de las Personas, Derecho de Familia y Derechos de Sucesiones, sobre las cuales se edifica parte de nuestro ordenamiento jurídico vigente, razón por la cual éste debe ser remozado y actualizado a la luz meridiana de las instancias éticas, jurídicas y morales a fin de contar con un ordenamiento jurídico acorde a nuestra realidad social cambiante, fruto de los logros alcanzados en las ciencias señaladas, tanto más cuanto el Derecho es realidad y a decir de nuestro maestro sanmarquino el Dr. Carlos Fernández Sessarego (mentor de la teoría tridimensional del derecho en nuestro medio) es la "interacción activa y dinámica entre el hecho, valor y norma".

El tema elegido lo consideramos importante y trascendental especialmente desde el aspecto humano y jurídico, frente a la imposibilidad de muchas parejas que por algunas deficiencias o anomalías orgánicas no pueden concebir de modo natural, teniéndose presente que la común intención del varón y la mujer como pareja, generalmente expresan su deseo de ser padres. Resulta importante también el tema elegido por los problemas, interrogantes y consecuencias jurídicas que conllevan y se plantean en la legislación civil nacional como resultado de la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida.

Siendo intrincados y complejos los problemas que conllevan y plantea el desarrollo tecnológico, los mismos que afectan cuestiones de orden ético y jurídico, se hace imperativo abordar este problema enfatizando la tutela jurídica y la protección prioritaria de la persona humana desde el momento de la concepción tratando en lo posible que no se desnaturalicen los “principios esenciales de la paternidad, de los derechos del concebido, de la persona y la familia”.

La presente tesis consta de 4 capítulos: En el primero de ellos se abordan los aspectos metodológicos de la presente investigación, tales como la definición y justificación del problema, la formulación de las hipótesis y los objetivos, la enunciación de los antecedentes y demás.

Por su parte en el capítulo segundo sumariamente se exponen los antecedentes de la procreación asistida, estableciéndose su definición genérica, las causas que

originan el sometimiento a las técnicas de reproducción humana asistida, luego se define con toda amplitud tanto la inseminación artificial humana homóloga como heteróloga determinándose sus clases y/o variaciones como las consideraciones de orden ético que presentan, analizándose también el fenómeno del inicio de la vida humana y el comienzo de la persona.

En el Capítulo III tratamos el tema central de este trabajo que son propiamente los problemas jurídicos derivados de las técnicas de reproducción humana asistida en la Legislación Civil Peruana.

Para finalmente en el último capítulo, el capítulo IV, ocuparnos de las propuestas de modificación de la legislación nacional, especialmente de nuestro Código Civil, para tal efecto se ha elaborado un anteproyecto de la ley que regularía la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida.

**Lima, Marzo 2008**

**ROLANDO HUMBERTO CANESSA VILCAHUAMÁN.**

## **CAPÍTULO I**

### **1. ASPECTOS METODOLÓGICOS**

#### **1.1 TÍTULO:**

PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEAN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA.

#### **1.2 GENERALIDADES:**

La reproducción humana asistida tiene una larga historia por ser el método más antiguo para combatir la esterilidad y propiamente son métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) se clasifican en Inseminación Artificial (I.A.) pudiendo esta ser homóloga o heteróloga cuando el material genético (semen) pertenece al marido, (existiendo vínculo matrimonial) o cuando el semen no es del marido, o el gameto femenino no es de la cónyuge, sino de un tercero o cedente y la Fecundación Extracorporea denominada también Fecundación *in vitro*, puede ser homóloga o heteróloga (según como se lleve a cabo dentro de matrimonio o fuera de él), la cual presenta diversas variaciones como la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos y la transferencia intratubárica de embriones.

El vertiginoso avance científico experimentado en la Biología, Genética, Ingeniería Genética y específicamente el avance científico logrado en el campo de la Inseminación Artificial Humana y la Fecundación "*in vitro*", conlleva y plantea dramáticas interrogantes y problemas desde la perspectiva, ética, moral, social y jurídica. De allí la necesidad de un serio, profundo, amplio estudio y debate sobre la temática de las técnicas de Reproducción Humana y Asistida a la luz de las instancias jurídicas, éticas y sociales a fin de abordar a una adecuada normatividad, jurídica acorde a nuestra realidad socio cultural y al avance científico.

### **1.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:**

El derecho como ciencia y creación social no es inmutable ni amovible, sino temporal, pues no es estático, es variable y dinámico puesto que debe

adecuarse a los cambios (sociales, políticos, económicos y científicos) de allí la exigencia que las normas jurídicas sean revisadas periódicamente previo un vivenciamiento axiológico a fin de adecuarlas a las cambiantes situaciones de la realidad social y del vertiginoso avance científico, teniendo como sustento los valores éticos y jurídicos a fin de contar con una legislación remozada y actual; sin embargo a través del transcurso del tiempo nos damos cuenta que el derecho no corre al mismo paso de la ciencia, es por eso que se puede persuadir que algunas de las normas vigentes en nuestra legislación civil suelen ser discordantes con nuestra realidad, puesto que los cambios y el desarrollo fluyen sobre la vida del hombre en forma acelerada deviniendo los cuerpos legales en obsoletos sino son adecuadas a los cambios que se producen en la experiencia jurídica, debido a ésta situación nos avocamos a tratar de establecer y dilucidar la problemática jurídica que se plantea en nuestra legislación civil derivada de la inseminación artificial humana y fecundación *in vitro* humana estableciendo al mismo tiempo las alternativas, propuestas o posibles cambios que se deban realizar en nuestra normatividad civil vigente porque a los más de 20 años de vigencia de nuestra norma sustantiva vigente han quedado algunos artículos en desuso encontrándose vacíos legales frente a las controversias sociales surgidas del uso del avance de la ciencia en la vida cotidiana y específicamente de las del tema propuesto.

#### **A. Problema General**

¿En qué medida las Técnicas de Reproducción Humana Asistida afectan los principios tradicionales de Derecho Civil Peruano?

**B. Problema Específico**

¿Hasta que punto la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida debe ser legislada?.

#### **1.4 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA**

El tema elegido es un tema importante trascendental especialmente desde el aspecto humano y jurídico, frente a la imposibilidad de muchas parejas que por algunas deficiencias o anomalías orgánicas no pueden concebir de modo natural, teniéndose presente que la común intención del varón y la mujer como pareja, generalmente expresan su deseo de ser padres. Resulta importante también el tema elegido por los problemas, interrogantes y consecuencias jurídicas que conllevan y se plantean en la legislación civil nacional como resultado de la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida.

Siendo intrincados y complejos los problemas que conllevan y plantean el desarrollo tecnológico, las mismas que afectan cuestiones de orden ético y jurídico, se hace imperativo abordar este problema enfatizando la tutela jurídica y la protección prioritaria de la persona humana desde el momento de la concepción tratando en lo posible que no se



desnaturalicen los "principios esenciales de la paternidad, de los derechos del concebido, de la persona y la familia".

## **1.5 FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS**

Las hipótesis deben ser concretas y no muy numerosas, éstas constituyen la esencia de la tesis porque son proposiciones que el investigador plantea a priori y que deben ser comprobadas con el resultado de la investigación a posteriori.

### **A. GENERALES:**

- a) La disociación entre la reproducción humana por copulación sexual y la reproducción humana asistida implica modificaciones en el Derecho Civil, específicamente en Derechos de Personas, Familia y Sucesiones.
  
- b) Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en la práctica ocasionan problemas jurídicos que deben ser regulados adecuadamente por nuestra legislación civil sustantiva, la que debe adecuarse y actualizarse acorde al avance científico y a nuestra realidad social.
  
- d) El derecho debe cautelar la integridad de la familia antes que los

fines de la ciencia evitando la atomización y artificialización de la familia biológica, pues la familia de raíz biológica constituye un verdadero bien jurídico tutelado.

## **B. ESPECÍFICAS:**

- a) Las nuevas Técnicas de Reproducción Humana Asistida acorde al avance científico - tecnológico implican la regulación jurídica. Existe la necesidad de puntualizar aspectos de las Técnicas de Reproducción Humana que deben ser legisladas.
- b) Los cambios dentro de la sociedad peruana concebidos con ayuda de la ciencia, deben ser regulados jurídicamente.
- c) Adecuar la normatividad vigente frente a los problemas surgidos como consecuencia de la evolución de las ciencias.
- d) ¿Qué es conveniente incluir y que no en nuestra legislación civil sobre las técnicas de Reproducción Humana Asistida y sobre que presupuestos?.
- e) Las técnicas de Reproducción Humana Asistida son utilizadas en nuestro país como alternativas de solución al carácter procreador.

## **1.6 OBJETIVOS:**

### **A. OBJETIVOS GENERALES**

Determinar cuales son los problemas jurídicos que ocasiona la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en nuestra legislación civil sustantiva.

## B. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Lograr determinar los alcances de los problemas jurídicos que ocasiona la Inseminación Artificial Humana, homóloga y heteróloga.
- Lograr determinar los alcances de los problemas jurídicos que provocan la Fecundación *in vitro* homóloga y heteróloga.
- Conocer la situación jurídica en que se encuentran las personas que utilizan las Técnicas de la Inseminación Artificial y Fecundación *in vitro* en nuestro país.
- Determinar los problemas normativos en la que se encuentra inmerso nuestro actual Código Civil ante dichas prácticas.
- Establecer o delinear criterios de normatividad en estos asuntos.
- Establecer propuestas para sintetizar nuevas soluciones adecuadas, razonables a partir de la *ratio juris* de principios antiguos del Derecho Tradicional.
- Lograr conocer la situación jurídica en que se encuentran las personas que utilizaron las técnicas de la inseminación artificial y fecundación *in vitro* en nuestro país.

## 1.7 ANTECEDENTES

## A. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Ya desde siglos pasados se venían realizando diversas investigaciones sobre la práctica de la inseminación artificial en animales; es así que en el año 1332 un jeque árabe fecundó a yeguas, también cabe anotar el caso de Gregory Goodwin Picus, notable zoólogo británico, que en el año 1930 logró la activación artificial de un óvulo fecundado de una coneja.

En el siglo XVII Malpighi y Biffiena realizan experiencias en gusanos de seda, y en el siglo XVIII Jacobi Welthein logran la fecundación artificial de huevos y peces.

En 1961 se mantiene vivo un embrión humano durante 60 días en un tubo de ensayo, lo que fue condenado por la iglesia; 1972 sobreviven crías de embriones de ratones congelados; en 1973 nace el primer becerro congelado, en 1975 se logra la multiplicación por clones en conejos. En 1978 nace la primera bebé probeta, Louise Brown en Gran Bretaña, en 1981 nace la segunda bebé probeta Amandine en Australia. En 1983 nace el primer bebé producto del espermatozoides del esposo y el óvulo del donante, en 1984 nace el primer bebé de un embrión congelado Zoe en Australia, en 1986 una madre subrogada se niega a entregar al hijo que gestó.

En la actualidad la utilización de esta práctica científica no ofrece mayores problemas, aplicándose en la mayoría de países, sin embargo existen poca jurisprudencia y estudios de carácter doctrinario circunscrita a nuestra realidad social y específicamente al tema de nuestra investigación.

## **1.8 METODOLOGÍA**

Se debe indicar el camino a seguir para lograr la demostración de la hipótesis formulada.

### **A. Método**

En el desarrollo de la tesis se utilizará el método analítico, pues separaremos el objeto de investigación en sus partes integrantes con el propósito de descubrir los elementos esenciales que lo conforman, las síntesis con la cual integraremos los elementos o nexos esenciales de este problema, con el objetivo de fijar las cualidades del problema.

A partir del estudio de causas mediante el método de la Inducción se determinará las generalidades de las causas y efectos de los Problemas Jurídicos que se plantea en nuestra Legislación Civil derivadas de las Técnicas Procreación Humana Asistida. Igualmente mediante el método de la Deducción se estudiará las propuestas de normatividad como los principios existentes entorno al tema de investigación propuesta.

## CAPITULO II

### 2. LA PROCREACIÓN ASISTIDA: LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA FECUNDACIÓN *IN VITRO* HUMANA

#### 2.1 ANTECEDENTES:

Desde siempre la reproducción y, por ende, la fertilidad fueron temas que inquietaron al hombre en todas las civilizaciones, esto porque la procreación es un proceso ligado a la naturaleza<sup>1</sup> y porque el hombre es

---

<sup>1</sup> Boza Dibos nos dice al respecto: “La supervivencia de nuestra especie sobre la faz de la tierra está íntimamente ligada a la procreación de nuevas generaciones. En este sentido la reproducción de la especie humana es vital todo orden social. No sólo satisface la necesidad

probablemente el único ser con conciencia de poseer una existencia que se inicia en un momento determinado y que está irremediablemente limitada por la muerte, entonces tiene conciencia de que su única posibilidad de proyectarse mas allá de su propia realidad, es a través de la reproducción<sup>2</sup>.

Pero a diferencia del resto de los seres vivientes, el hombre puede controlar, con un gran porcentaje de efectividad (merced a los avances de técnicas anticonceptivas), cuándo tener un hijo o determinar el sexo del mismo<sup>3</sup>. Sin embargo, ese procedimiento, ligado indefectiblemente a la

---

socio-cultural de perpetuar la especie sino también necesidades biológicas y psicológicas del individuo: su instinto natural de subsistencia”.

BOZA DIBOS, Beatriz. **“Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho. Reflexiones en torno a la ‘reproducción humana asistida’”**. En: Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1991, N° 45, p. 72.

- 2 Desde una perspectiva distinta Chadwick, citado por Chofre, nos dice que las prácticas ligadas a las tecnologías de la reproducción asistida constituyen “la última expresión de la vieja tentativa de obtener el control sobre la reproducción, tradicionalmente preservado a la mujer”. COFRE SIRVENT, Jorge. **“Reproducción asistida y Constitución”**. En: Teoría y Realidad Constitucional. UNED. México: 2001, N° 7, p. 344.
- 3 Con los métodos de inseminación artificial no sólo se abrió una puerta para miles de parejas que no podían conseguir un embarazo por sufrir problemas de infertilidad, sino también se abrió una segunda puerta a otras terapias que van de la mano, como es el diagnóstico preimplantacional de embriones, la donación -ya sea reproductiva o terapéutica-, y la selección del sexo del futuro bebe.

La selección del sexo en las técnicas de reproducción asistida pueden ser de dos formas:

La primera consiste en la selección de espermatozoides por espectrometría de flujo, esto es la filtración del semen, a través de columnas de albúmina o sephadex, para separar los espermatozoides portadores del cromosoma Y de los cromosomas X. Así se logra una mayor concentración del esperma seleccionado y posteriormente se insemina a la mujer el día de su ovulación. El porcentaje de éxito es del 86% del cromosoma X y en el 67% para el cromosoma Y. En la actualidad ésta técnica se ha ido mejorando cambiando la espectrometría por una citometría de flujo, dónde se hace circular el semen por una cámara donde se logra identificar a través de un láser los espermatozoides que contienen el cromosoma X, ya que es mucho mayor que el Y. El éxito con ésta técnica ha aumentado alcanzando un 94% para el cromosoma X y un 81 % para el cromosoma Y.

La segunda técnica consiste en el Diagnóstico de Preimplantación, esto es una vez fecundado el óvulo por el esperma se le extrae una célula totipotencial, a ésta se le analiza genéticamente y se conoce al 100% el sexo, en el caso de que el embrión sea sano y tenga el sexo seleccionado se transfiere al cuerpo de la mujer para su posible embarazo, La eficacia es completa ya que no hay duda de su sexo. Sin embargo para muchos como Egozcúe, "la selección de sexo por

naturaleza, no está sometido exclusivamente a la libertad humana. Cuando la naturaleza no lo permite, la ciencia médica deberá recurrir brindando asistencia o alternativas artificiales para vencer la esterilidad y permitir así el ejercicio de la libertad de procrear

Así, desde mediados del siglo pasado se han sucedido en la ciencia una serie de avances con consecuencias espectaculares en el campo de la genética y de la biología molecular que despertaron un renovado interés por tales cuestiones.

Las primeras experiencias de inseminación artificial en seres humanos y ya en la Edad Media se atribuye a Arnaud de Villeneuve médico de Papas y Reyes, que realizó la primera inseminación artificial con el espermatozoide de Enrique IV de Castilla y la cónyuge de éste.

Sin embargo informaciones más exactas remontan la primera inseminación artificial humana a la realizada por el médico Hunter en 1799 sobre una pareja estéril cuyo esposo sufría una deformación en la

---

diagnóstico de preimplantación no difiere del aborto más que en el tiempo y en el estadio de desarrollo"

Al respecto a nivel europeo, en la selección del sexo, encontramos la Convención para la protección de los Derechos del hombre y de la dignidad del ser humano ante las aplicaciones de la biología y de la medicina, aprobada por el Comité de ministros del Consejo de Europa en abril de 1997, que prohíbe la selección del sexo a través de técnicas médicas, y únicamente se acepta cuando tenga por objeto evitar enfermedades genéticas ligadas al sexo como es el caso de la hemofilia.

DOBERNIG GAGO, Mariana. "La selección de sexo: una alternativa de las técnicas de reproducción asistida". En: Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México: 2003, N° 33, p. 398.



uretra, realizándose pocos años después la primera inseminación con donante.

El método de la inseminación artificial como técnica de reproducción se fue desarrollando en el campo animal desde mediados del siglo XIX aplicándose a ovejas, vacas y yeguas; desarrollándose totalmente a finales de dicho siglo con el patologista ruso Elie Ivanoff, sirviendo de técnica que se aplica todavía en la actualidad.

Sherman en 1953 en los Estados Unidos logró los primeros embarazos humanos con semen congelado, desde entonces se considera el avance científico en el campo médico - biológico como vertiginoso - posibilitando la reproducción humana asistida.

Respecto a la fecundación *in vitro* también denominada Fecundación Extrauterina, artificial, extracorpórea o en laboratorio, podemos afirmar que es una técnica por medio de la cual se provoca fuera del cuerpo de la mujer, el encuentro de un óvulo con un espermatozoide para dar como resultado un embrión, el que será implantado en el útero de la mujer o en el de una tercera persona.

Se atribuye a Merkin y Rock ser los primeros que utilizaron este método para fertilizar con espermatozoides un ovocito extraído de la trompa. Los trabajos científicos se multiplicaron y el 25 de julio de 1978, se produjo el

nacimiento de Louise Joy Brown en el *Oldham Hospital*, ubicado cerca de Macherster, Inglaterra, convirtiéndose en la primer bebé probeta del mundo. Su madre, una inglesa de 32 años, tenía obstruidas las trompas de falopio. Los médicos le extrajeron un óvulo maduro que en condiciones adecuadas fue fecundado "*in vitro*" con espermatozoides de su esposo. Con posterioridad, el embrión fue implantado en el útero de Lesley Brown donde se desarrolló normalmente hasta el momento del alumbramiento<sup>4</sup>.

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

## 2.2 CONCEPTO

Las técnicas de reproducción humana asistida –conocidas por algunos como TERAS y por otros, simplemente como TRA– a decir de Varsi Rospigliosi “son aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en

---

<sup>4</sup> En un ámbito geográfico más cercano a nosotros podemos apuntar que, en Argentina, el primer nacimiento mediante la técnica de fecundación *in vitro* tuvo lugar en 1986. PIÑA, Roxana Gabriela. “Las técnicas de fecundación asistida, ¿dieron lugar a la aparición de un nuevo sujeto de derechos? El embrión humano y su relación con bienes jurídicos dignos de protección penal”. En: Revista Latinoamericana de Derecho. Rubinzal-Culzoni editores. México: 2004, año 1, N° 2, p. 251.

la persona o en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia”<sup>5</sup>.

Estas técnicas de fecundación asistida deben ser receptadas por el ordenamiento jurídico como técnicas que ayudan a solucionar un problema que podría catalogarse como enfermedad<sup>6</sup>.

Entre aquellas técnicas, de acuerdo a lo que explica Noriega Hoces<sup>7</sup>, tenemos a las siguientes:

a.- Relaciones sexuales dirigidas.-

Se basa en corregir desórdenes coitales de la pareja, dirigiendo su actividad sexual reproductiva a los días ovulatorios y así poder coincidir la aproximación de ambos gametos.

Para lo anterior se realizan ecografías seriadas para indicar el día exacto de ovulación y sugerir la realización del coito para obtener el fin deseado.

---

<sup>5</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Derecho Genético. Principios Generales**. Editora Normas Legales. Trujillo: 1995, p. 62.

<sup>6</sup> Esto en tanto según la Organización Mundial de la Salud, el término "salud" connota un bienestar corporal, anímico y social, y la esterilidad es la incapacidad para concebir y puede intentar corregirse médicamente por procedimientos terapéuticos, sean quirúrgicos o no. La esterilidad agobia considerablemente el ánimo de las parejas que la padecen con consecuencias psicológicas y sociales de importancia. La medicina debe abordarla como un proceso patológico, como una disfunción que requiere un tratamiento, sea éste curativo o sustitutivo, con la finalidad de lograr descendencia y restablecer el equilibrio personal y social de la pareja.

<sup>7</sup> Noriega Hoces, Luis. **“Fertilización Asistida. Una esperanza de vida”**. En: SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús. Estudios sobre los aspectos jurídicos de la biotecnología reproductiva humana en el Perú. Editorial San Marcos. Lima: 1998, p. 103.

b.- Inseminaciones artificiales.-

La inseminación artificial se define como el depósito de forma no natural de espermatozoides en el tracto reproductivo de la mujer, con el fin de conseguir una gestación.

Se plantea como terapia previa a otras TRA y la posibilidad de gestación está determinada por una indicación adecuada y son precisas dos condiciones: un semen adecuado para este tipo de terapia y una anatomía pélvica que garantice la integridad de las trompas uterinas.

Para esta técnica se pueden elegir la utilización de semen de la pareja (homólogo) o semen donado (heterólogo) y además éstos pueden ser frescos (semen tomado en el día de la utilización) o semen congelado (criopreservado) el que se realiza como factor protector de las alteraciones que pueden causar los tratamientos de cáncer (quimioterapia o radioterapia) por ejemplo.

c.- Transferencia tubárica de gametos.-

Esta TRA llamada simplemente GIFT por sus siglas del inglés está siendo cada vez más relegada dado que propugna la colocación de los gametos en las trompas, por lo que se debe asumir que éstas no están afectadas. Pero a la par de este simple hecho, implica que la paciente

debe ser sometida a laparoscopia (método por el cual se introduce un instrumento óptico dentro de la cavidad abdominal para la visualización interna por una herida mínima) para poder dejar estos gametos en la trompa requerida, además de todos los pasos previos inherentes a la preparación de la mujer y el varón que son los mismos para la fertilización *in vitro*, como veremos seguidamente.

d.- Fertilización *in vitro*.-

Los doctores Edwards y Steptoe fueron los primeros en descubrir la técnica de fertilización *in vitro* (FIV) y transferencia de embriones (TE), y el subsiguiente nacimiento de una niña normal, Louise Joy Brown, el 25 de julio de 1978<sup>8</sup>. Desde entonces, la tasa de éxitos de esta técnica ha sido mejorada mediante el uso de fármacos destinados a mejorar la fertilidad, que proporciona más óvulos y por lo tanto más embriones, aumentando así, la posibilidad estadística de un embarazo. Como resultado de la continua investigación internacional se afirma que desde 1978 habrían nacido más de 200,000 niños<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Como se sabe, ésta niña nació en el *Oldham Hospital* ubicado cerca de Manchester, Inglaterra; convirtiéndose en la primera bebé probeta del mundo. Su madre Lesley Brown, una inglesa de 32 años de edad tenía obstruidas las trompas de Falopio, por lo que los médicos le extrajeron un óvulo maduro que fue fecundado *in vitro* con esperma de su esposo. Posteriormente el óvulo fue implantado en el útero de la Dra. Brown donde se desarrolló normalmente hasta el momento del alumbramiento.

<sup>9</sup> Tal afirmación es realizada por Cárdenas Quirós, Carlos. “**Fecundación extracorpórea, protección jurídica del embrión y reforma del Código Civil del Perú**”. En: *Ius et Veritas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1998, N° 17, p. 196.  
Otra cifra nos da cuenta que entre 1989 y 1995 nacieron en Chile 622 niños como resultados de procedimientos de reproducción asistida, incluyendo técnicas de donación de gametos.

El establecimiento de altas tasas de éxito en los pasos críticos del procedimiento (recogida de óvulos, fecundación y la capacidad del embrión de quedarse en la cavidad del útero o implantación) significa que la FIV y la TE son ahora un método práctico para el tratamiento de ciertos tipos de infertilidad.

### 2.3 CAUSAS QUE ORIGINAN EL SOMETIMIENTO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Los crecientes problemas de esterilidad que afectan al hombre tornan cada vez más imperiosa la intervención médica en la reproducción humana<sup>10</sup>. En muchas ocasiones las técnicas de reproducción asistida representan la única solución para los casos en los que la naturaleza por sí sola no alcanza<sup>11</sup>.

Ya en 1985 las autoridades canadienses estimaban que entre un 15 % y 20% de las parejas de ese país eran infértiles<sup>12</sup>. Similar cifra nos ofrece Wagner Grau quien nos dice que en el mundo alrededor del 20% de las

---

<sup>10</sup> Las técnicas de reproducción asistida se han perfeccionado a lo largo de las décadas de los 80 y 90 del siglo XX con una finalidad clara y específica: combatir la esterilidad humana. Los avances científicos en esta materia pretendieron, por tanto, ofrecer remedios eficaces contra las enfermedades o disfunciones reproductivas de los seres humanos.

PASCUCCI DE PONTE, Enrico. “**Algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida**”. En: SABERES. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales. Universidad Alfonso X El Sabio. España: 2003, Volumen 1, p. 1.

<sup>11</sup> De acuerdo a las investigaciones realizadas al respecto los químicos, la radiación, las hormonas en los alimentos, el stress, la difusión de las enfermedades de transmisión sexual, los efectos secundarios de algunos métodos anticonceptivos, la tendencia actual a retrasar el primer embarazo, etcétera; son las razones por el creciente aumento de la esterilidad masculina.

<sup>12</sup> BOZA DIBOS, *op. cit.*, p. 76.

parejas son infértiles<sup>13</sup>. Mientras que de las 60.2 millones de mujeres en edad reproductiva que en 1995 existían en los EE.UU., 9.3 millones hicieron uso de algún tipo de servicio médico relacionado con el tratamiento de la infertilidad<sup>14</sup>. Por nuestra parte, de acuerdo a las cifras ofrecidas por el Centro de Fertilidad Procrear, “un millón 200 mil mujeres peruanas padecen de infertilidad por diversas causas”<sup>15</sup>.

La causa fundamental que origina que las parejas recurran a las técnicas de reproducción humana asistida es la esterilidad o infertilidad a fin de poder tener descendencia en su común y noble propósito de procrear, cuando otras técnicas terapéuticas resulten inadecuadas o ineficaces.

Se entiende por la esterilidad a la incapacidad de una pareja para lograr un embarazo luego de un año de búsqueda sin medidas contraceptivas. Mientras que la infertilidad es aquel problema en el que las parejas conciben, pero cuyos fetos no alcanzan viabilidad<sup>16</sup>. Entonces, mientras la esterilidad, masculina y femenina, significa la imposibilidad definitiva de concebir naturalmente por causa de una anomalía en la estructura o en la

---

<sup>13</sup> WAGNER GRAU, Patrick. “Técnicas de reproducción asistida: Aspecto médicos, éticos y deontológicos”. En: Bioética y Biojurídica. La unidad de la vida. Ediciones Jurídicas UNIFE. Lima: 2002, p. 100. 97-115.

<sup>14</sup> Cifras indicadas por MOMBERG URIBE, Rodrigo. “El problema de los embriones criopreservados. Análisis de la jurisprudencia y doctrina de los EE. UU.”. En: Revista de Derecho. Universidad de Valdivia. Chile: 2001, Vol. XII, N° 2, p. 199.

<sup>15</sup> CENTRO DE FERTILIDAD PROCREAR. “Infertilidad afecta a más de un millón de peruanas”, disponible en [http://www.procrear.com.pe/articulos\\_1.php](http://www.procrear.com.pe/articulos_1.php)

<sup>16</sup> Así fertilización es el proceso por el cual el óvulo femenino es fecundado por un espermatozoide masculino, fusionándose así el pronúcleo masculino y femenino en una nueva unidad, con información genética propia.

función de los órganos genitales<sup>17</sup>; la infertilidad no implica necesariamente la existencia de anomalías o procesos irreversibles (esterilidad relativa).

Son diversas las hipótesis que se presentan al respecto como las causas que originan los problemas de fecundación, siendo las más frecuentes las siguientes:

1) Cuando sea imposible mantener relaciones sexuales con normalidad.

- a) Por impotencia en el hombre la cual puede ser *coeundi* o *generandi*, en el primer caso nos referimos a la imposibilidad para realizar el coito sexual o unión carnal por incapacidad de erección del miembro viril. La doctrina la denomina "impotencia absoluta" y sus causas pueden ser: la agnesia peneana, malformaciones congénitas del pene, la denominada impotencia orgánica (parapléjicos), lesiones graves en el pene, etc. a nivel local; dentro de las de orden patológico se consideran las intoxicaciones graves como la drogadicción y la toxicomanía en algunos casos amén del alcoholismo crónico y otras formas como la denominada ahora impotencia psíquica entre otras. El segundo caso (*impotencia generandi*) es la imposibilidad de procrear o fecundar pero teniendo el individuo la capacidad de realizar el coito o unión sexual, la doctrina la denomina "esterilidad", y sus causas pueden ser la

---

<sup>17</sup> Hay que tener en cuenta que los actuales aportes científicos y tecnológicos en el campo de las TERAS han hecho perder a la palabra esterilidad su significado radical y desconsolador.



hipospermia, oligospermia (falta de espermatozoides de número suficiente) entre otras.

b) Cuando el hombre adolezca de eyaculación precoz o cuando tenga déficit de espermatozoides.

c) Cuando la mujer adolezca de vaginismo o la vagina adolezca de una malformación.

2) Cuando la mujer presenta acidez vaginal que no favorece a la ascensión de los espermatozoides.

3) Cuando la mujer sufre de anovulación, que es la ausencia de ovulación, esto puede ser consecuencia de varias causas como la hiperprolactinemia<sup>18</sup>, déficit de estradiol, enfermedad poliquística del ovario, anorexia<sup>19</sup> o bulimia, entre otras).

---

<sup>18</sup> La hiperprolactinemia es la causa más frecuente de anovulación. Consiste en la secreción inadecuada de prolactina. La prolactina es una hormona que, en condiciones normales aparece después del parto y facilita la lactancia, sin embargo también está relacionada con el estrés o con ciertos aspectos de la modulación de la conducta.

<sup>19</sup> El peso corporal al límite, como ocurre en la anorexia, es también una causa de anovulación. En esta situación, tanto como en casos de obesidad importante (por ejemplo consecuencia de la bulimia), la primera recomendación es recuperar el rango de peso ideal. Posteriormente puede iniciarse la inducción farmacológica de la ovulación y, si no es eficaz, la reproducción asistida.

- 4) Infertilidad femenina por causa tubárica, esto se produce cuando existe una obstrucción (física o funcional) en las trompas de Falopio<sup>20</sup>.
- 5) Infertilidad femenina por endometriosis<sup>21</sup>.
- 6) Esterilidad o infertilidad idiopática femenina<sup>22</sup>.

En las hipótesis mencionadas las técnicas de reproducción humana asistida ayudan a la pareja en su noble propósito de tener descendencia actuando con un carácter terapéutico, remediándose así la esterilidad. Debemos precisar que en tales supuestos el componente genético a utilizarse proviene de la propia pareja. Pero qué pasa en los siguientes casos:

1. Esterilidad irreversible como la inmunológica.

---

<sup>20</sup> La trompa de Falopio es una estructura muy delicada y por este motivo puede sufrir lesiones de sus estructuras o funcionalidad, tanto por infecciones o inflamaciones antiguas de la pelvis, apendicitis, como después de ciertos casos de cirugía abdominal.

<sup>21</sup> Se trata de una enfermedad en la que aparece tejido endometrial fuera del útero, generalmente en el peritoneo de la pelvis, en las trompas de Falopio o en los ovarios. Por diversos motivos se altera entonces la normal funcionalidad del aparato reproductor femenino y no se consigue la concepción. Se sabe poco acerca de esta patología, ya que no siempre induce esterilidad, pero es responsable del 40 % de los casos que se diagnostican. Clínicamente suele producir dismenorrea (reglas dolorosas).

La endometriosis mínima (enfermedad asintomática, que corresponde a su grado menor) es un hallazgo frecuente en clínica de la esterilidad, su frecuencia se incrementa todavía más con la edad, de forma que el índice de diagnósticos es superior al 50% en mujeres infértiles de 35 años.

<sup>22</sup> Recibe este nombre cuando no se puede conocer, con los medios disponibles, la causa de la esterilidad. Se denomina así la esterilidad para la cual no se encuentra ninguna causa responsable, ya que todos los análisis y pruebas son normales. Aparece entre el 10 y el 15 % de los casos. En estas ocasiones se habían empleado anteriormente y con éxito variable, varios tipos de tratamiento, generalmente induciendo estimulación de la ovulación, solos o en combinación con inseminación artificial.

La fertilización in vitro ha permitido actualmente solucionar eficazmente estos casos, sobretodo evitando los embarazos múltiples que, en ocasiones, se producían al utilizar los inductores de la ovulación sin el control apropiado. La respuesta suele ser rápida al tratamiento mediante fertilización asistida

2. Azoospermia (ausencia total y definitiva de espermatozoides)
3. Radiaciones o intervenciones quirúrgicas que ocasionen esterilidad total y definitiva.
4. Factor RH incompatible, entre otros.

En estos casos no queda sino la alternativa de recurrir a la denominada IAD (Inseminación Artificial Heteróloga) con material genético o semen de un tercero (donante) fresco o congelado, manteniéndose el anonimato de la donación.

## **2.4 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL**

### **A. CONCEPTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANA**

Rodríguez Cadilla Ponce nos dice:

"Por la inseminación artificial se entiende la intervención médica, mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través de un acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación"<sup>23</sup>.

Herrera del Collado precisa que en la inseminación artificial:

---

<sup>23</sup> RODRIGUEZ - CADILLA PONCE, María del Rosario. **Derecho Genético. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su trascendencia jurídica en el Perú**. Editorial San Marcos. Lima: 1997, p. 23.

“...la intervención del hombre no hace artificiales los fenómenos derivantes del encuentro de los dos gametos, ni determina directamente el encuentro. Se limita a favorecerlo con medios anteriores, diversos de los naturales, poniendo los espermias en vía para que lleguen por los órganos femeninos al encuentro del óvulo”<sup>24</sup>.

Es menester precisar que la inseminación artificial humana no cura la esterilidad de la pareja por lo que no es una terapia, pues ésta la sería solo desde la perspectiva psicológica más no desde la perspectiva física en cuyo caso sólo se constituye como un paliativo de sus efectos.

La inseminación artificial es un procedimiento utilizado en los programas de reproducción asistida como primera alternativa en el manejo de las parejas estériles con al menos una trompa uterina permeable que no hayan logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales tendientes a la corrección de los factores causantes de esterilidad.

La inseminación artificial humana interconyugal (con componente genético del marido y de la cónyuge) merece aprobación desde el

---

<sup>24</sup> HERRERA DEL COLLAO, T. **La Inseminación Artificial Humana ante el Derecho Penal**. Universidad de Granada, Monografías de Derecho Penal. España: 1991, p. 7.

punto de vista ético, moral y religioso, en consecuencia existe consenso en no ser reprobado. Es así que inclusive diversos países regulan jurídicamente esta técnica de reproducción, los Códigos de Familia de Bolivia (1972) y Costa Rica (1973) contemplan ciertos dispositivos legales que regulan jurídicamente dicha práctica a diferencia del Perú que no prevé o cuenta con norma jurídica que regule éstas prácticas, viéndonos obligados a recurrir a la legislación positiva vigente (genérica) –a excepción de una única norma de la Ley General de Salud— y a los principios generales del derecho para suplir la deficiencia o vacío de la ley en ésta materia en una suerte de solución de *lege data*.

En consecuencia podemos conceptualizar la inseminación artificial humana como la técnica de reproducción asistida que consiste en inocular artificialmente el semen en la vagina o útero de la mujer a fin de llevarse a cabo la concepción sin mediar cópula sexual generadora normal lográndose así superar la esterilidad de la pareja o mujer sola.<sup>25</sup>

Sosteniendo que el concepto de inseminación artificial precisa de tres elementos concomitantes, concurrentes y determinantes que son:

---

<sup>25</sup> Dependiendo del sitio donde se deposite el semen la inseminación artificial puede ser intravaginal, intracervical, intrauterina, intraperitoneal o intratubaria.

1. Que se realice sin mediar acto sexual generador normal.
2. Que de tal práctica se logre la procreación de un ser humano.
3. Que se recurra a un método especial como técnica de reproducción complementariamente.

## **B. PROCEDIMIENTO DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANA**

Primero se procede a una estimulación ovárica, para incrementar el porcentaje de éxito se recomienda aumentar la cantidad de ovocitos en el tracto genital femenino estimulando los ovarios con una inyección de la hormona Gonadotropina Coriónica Humana (hCG). Luego se realiza un seguimiento folicular que indicará el momento de la ovulación y el día óptimo para la inseminación.

El seguimiento de la estimulación se realiza mediante ecografía y cuantificación de los niveles hormonales en sangre. A través de la ecografía se determina el número y tamaño de los folículos y el grosor del endometrio, lo que orienta a si está preparado para la implantación.

El procedimiento es distinto en las clases de inseminación artificial – que a continuación se tratan–. Así en la inseminación homóloga, la muestra de semen se obtiene por masturbación el mismo día en que

se va a realizar la inseminación. Se recomienda a la pareja una abstinencia sexual en los 3 días previos con el objeto de maximizar la calidad de la muestra seminal en número y calidad de espermatozoides. La técnica de capacitación espermática se selecciona según la calidad de la muestra de semen. Tiene una duración hasta de 2 horas y debe iniciarse a los 30 minutos después de obtenida la muestra.

Mientras que en la inseminación heteróloga se utiliza semen congelado de banco, y se indica cuando el varón de la pareja no tiene espermatozoides o cuando es portador de alguna enfermedad hereditaria. Además se utiliza en casos de mujeres sin pareja que quieren tener hijos. En los bancos de semen, el semen del donante se recoge y se almacena durante 6 meses antes de su utilización para confirmar la negatividad de las pruebas serológicas (Hepatitis B, Hepatitis C, VIH, Sífilis).

Cuando la muestra está lista para la inseminación se deposita en un catéter especial conectado a una jeringa; la paciente se coloca en posición ginecológica, se aplica un espejo vaginal estéril para localizar el cervix (igual que en una exploración vaginal de rutina) y por su orificio se introduce el catéter hacia el interior del útero y se deposita el semen capacitado (inseminación intrauterina). Si el caso

lo amerita, se puede depositar también semen capacitado en el interior del cervix (inseminación intracervical).

Luego de catorce días se realiza un test de embarazo para verificar el éxito de la operación.

Las posibilidades de embarazo que ofrece una y otra técnica son del 15 % de embarazos por ciclo para la Inseminación Homóloga y del 20-22% embarazos por ciclo para la Inseminación Heteróloga.

## **2.5 CLASES DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANA**

### **A. INSEMINACIÓN HOMÓLOGA. (Inseminación artificial conyugal [IAC])-**

Es una de las variantes que presenta las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en cuanto al origen de los gametos y propiamente consiste en la fertilización de los cónyuges o conviviente (con una relación *more uxorio*) con semen del marido o conviviente respectivamente.



Esta técnica de reproducción asistida es unánimemente admitida por los juristas, por los sectores médicos y éticos que confluyen en la materia<sup>26</sup>.

En la IAC el material genético se circunscribe al ámbito de la pareja matrimonial o convivencial, por lo que respecto del hijo por nacer habrá "un indiscutido nexo biológico entre el marido de la madre y el nacido".

A decir de Biscaro Beatríz<sup>27</sup>:

Dado el avance vertiginoso de la ciencia en la IAC, hoy en día es factible vislumbrar diversos problemas jurídicos en el ámbito del Derecho Civil como es el caso de la inseminación *post mortem* realizada con semen del marido o conviviente previamente crioconservado. Debatiéndose si el nuevo ser debe ser considerado como hijo matrimonial, extramatrimonial o de padre desconocido, si del fallecido debe o no tener la condición de heredero o hasta

---

<sup>26</sup> En este sentido Moctezuma Barragán nos dice: "Así, tenemos que la inseminación homóloga, es decir, aquélla que se efectúa con el esperma del esposo aplicado a su esposa, no presenta ningún problema jurídico en particular, puesto que técnicamente se trataría de la disposición de componentes de tejidos para inseminación artificial que sigue la reglas generales aplicables para los trasplantes [...], asimismo la legislación civil tomará en cuenta que el hijo concebido mediante este método es producto de matrimonio bajo el mismo título que uno nacido por la vía natural".

MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo. "La reproducción asistida en México. un enfoque multidisciplinario". En: Cuadernos del núcleo de estudios interdisciplinarios en salud y derechos humanos. Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>27</sup> BISCARO, Beatríz. "El Desconocimiento o Impugnación de la Paternidad en los casos de Inseminación Artificial Heteróloga". En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Argentina, Tomo 1987-B, p. 802.

cuando es factible y permitido la IAC *post mortem*: Claro está que “genéticamente” será hijo del marido o conviviente pre-muerto; sin embargo la interrogante es si será “hijo legal” de dicho causante de acuerdo a nuestra legislación civil.

## B. INSEMINACIÓN HETERÓLOGA

Esta variante de reproducción humana asistida presenta diferencias sustanciales respecto a la anterior, diferencias que radican fundamentalmente en el componente genético masculino (semen) que proviene de un "donante", (tercero) ajeno a la pareja a utilizarse en la Inseminación Artificial Heteróloga.

En esta técnica de reproducción humana (supraconyugal) el semen a introducirse en el útero de la mujer no es del cónyuge sino de un tercero o donante; o ésta se realiza en una mujer soltera, viuda o divorciada<sup>28</sup>. En el caso de estas prácticas usualmente y con mayor frecuencia se suelen utilizar los denominados Bancos de Espermatozoides Congelados, los que empezaron a funcionar aproximadamente en la década de 1970.

---

<sup>28</sup> El hijo concebido a través de inseminación heteróloga por una mujer soltera, viuda o divorciada, será ante la legislación civil, un hijo fuera del matrimonio que tendrá todos los derechos y obligaciones que a tal filiación corresponden. La mujer podrá reconocerlo expresamente e inscribirlo en el Registro Civil como suyo; el hijo adquirirá derecho a los apellidos de su madre; ésta ejercerá sobre él la patria potestad y madre e hijo tendrán recíprocamente derechos alimentarios y sucesorios. En este caso adelantamos esta pregunta: ¿podrá el donador de semen reclamar paternidad respecto del producto?.

Desde la perspectiva jurídica ésta técnica conlleva a problemas como son la determinación de la filiación del niño por nacer, los alimentos y el derecho sucesorio del mismo; y en relación directa e inmediata a que el cónyuge haya prestado su consentimiento para la inseminación de su esposa o que ésta inseminación supraconyugal se haya realizado sin consentimiento del marido o de la mujer que se somete a dicha práctica.

Como es de apreciarse ésta técnica no sólo ofrece dificultades y crea conflictos de orden jurídico, sino también de orden ético, sin embargo consideramos que a pesar de ello en determinados casos es necesario y por tanto debe brindársele márgenes de permisibilidad.

A efectos de la permisibilidad acotada, Luigi Lombardi citado por Varsi Rospigliosi<sup>29</sup>, señala: "que de verificarse:

- a) La infecundidad de la pareja (no superable ni siquiera con la Fecundación Extra-corpórea).
- b) La existencia de un grave riesgo de transmisión de tara hereditaria.
- c) Que la pareja sea capaz de adoptar y

---

<sup>29</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Derecho Genético. Principios Generales**. Editora Normas Legales S.A., Trujillo: 1995, p. 63.

d)Que precisamente haya realizado de manera infructuosa un procedimiento de adopción."

**a. CONSIDERACIONES DE ORDEN ÉTICO QUE PRESENTA LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.**

Desde una perspectiva ética la Inseminación Artificial Supraconyugal se la considera como reprobable, es así que la Iglesia Católica respecto de la vida humana naciente y la dignidad a través del Cuarto Congreso Internacional de Médicos Católicos, celebrado el 29 de setiembre de 1949, y con Pío XII<sup>30</sup> expresó radicalmente:

"1. La práctica de la fecundación artificial, cuando se trata del hombre, no puede ser considerada ni exclusivamente, ni aún principalmente, desde el punto de vista biológico y médico, dejando de un lado la consideración moral y jurídica.

2. La fecundación artificial fuera del matrimonio es condenable pura y simplemente (...).

---

<sup>30</sup> PÍO XII, en su discurso al Congreso Internacional de Médicos Católicos de 1949.

3. La fecundación artificial dentro del matrimonio, pero producida por el elemento activo de un tercero, es igualmente inmoral, y como tal, reprobable sin apelación (...).

4. En cuanto a la licitud de la fecundación artificial dentro del matrimonio (...) ni el deseo, en sí muy legítimo de los esposos, de tener un infante, es suficiente para probar la legitimidad del recurso a la fecundación artificial<sup>31</sup>.

Entonces las principales objeciones de la Iglesia Católica contra las técnicas de fecundación asistida, son la obtención de semen por medio de la masturbación y la fecundación realizada de manera artificial<sup>32</sup>.

Ahora, en relación a las consideraciones éticas que consideran ésta práctica como reprobable Zannoni<sup>33</sup> expresa:

"En el supuesto el cuestionamiento ético radica en que los esposos, por un acto de voluntad, aceptan que intervengan en

---

<sup>31</sup> La reproducción asistida, viola la inseparable conexión entre los gestos del amor encarnado de los esposos y la transmisión de la vida, oscurece el significado profundo del generar humano, y no es, por tanto, lícito producir embriones artificialmente.

<sup>32</sup> En la Encíclica *Evangelium Vitae*, de 25 de Marzo de 1996, Juan Pablo II muestra su preocupación por el uso de las técnicas de reproducción artificial. Expone que si bien parece que se encuentran al servicio de la vida, en realidad dan pie a nuevos atentados contra ella. Consideradas moralmente inaceptables dichas técnicas al separar la procreación del contexto integralmente humano del acto conyugal, más aún si éstas registran porcentajes de fracasos.

<sup>33</sup> ZANNONI, Eduardo A. **Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Proyecciones Jurídicas**. Editorial Astrea. Argentina: 1978. pp. 51 - 53.

la fecundación el elemento activo de un tercero y éste, el tercero, cede ese elemento que le ha sido dado por naturaleza para procrear sin hacerse personalmente responsable del nuevo ser que contribuye a crear (...)"

A lo que deben añadirse otras consideraciones (...).

"De un lado advertimos que la primera resistencia se presenta cuando se piensa que el hijo es una prolongación genética de sus padres. El hijo es fruto genético y trascendencia genética de sus dadores de vida. Es entonces indiscutible que la inseminación de la esposa con esperma que no es el de su marido compromete o repugna esa trascendencia genética (...)

Lo que repugna es el medio: la implementación de la naturaleza biológica para afrontar la naturaleza ética de la procreación humana".

Ahora bien, debemos dejar constancia que en contraposición a quienes consideran reprochable y condenable, ésta técnica de reproducción humana (supraconyugal) hay quienes claman márgenes de permisibilidad así como su regulación jurídica, lo hacen sobre la base de considerar que de éste modo se logra que el ser humano, imposibilitado por múltiples razones de procrear, no vea frustrado su vocación de paternidad o maternidad como una forma de realización a la elección de su

proyecto de vida dentro de su marco co-existencial de libertad. No podemos dejar de considerar que en una sociedad moderna y de cambios innovadores, como la nuestra, el sentimiento ético, hoy en día también lo es, dado los componentes culturales, sociales, antropológicos e inclusive económicos; razón por la cual hace ya buen tiempo Eduardo A. Zannoni<sup>34</sup> con justa razón en contraposición a quienes reprueban éticamente la inseminación artificial heteróloga expresaba:

"Sin embargo no podemos ignorar que vivimos inmersos en un mundo concreto y en él obra toda una concepción antropológica obvio que nos condiciona. Desde otra perspectiva, quizá con el tiempo, el sentimiento ético pudiera ser distinto".

## **2.6 FECUNDACIÓN "IN VITRO"**

### **A. CONCEPTO DE FECUNDACIÓN "IN VITRO"**

Esta técnica de procreación asistida es también denominada Fecundación Extrauterina, Artificial, Extracorpórea o en Laboratorio. Es una técnica por medio de la cual se provoca, fuera

---

<sup>34</sup> ZANNONI, *op. cit.*, p. 53.

del cuerpo de la mujer la unión de un óvulo con un espermatozoide creando un cigoto, es decir la fecundación en una probeta; para dar como resultado un embrión, el que será implantado posteriormente en el útero de la cónyuge o de un tercero.

Es menester precisar que ésta técnica brinda también al ser humano imposibilitado de procrear, tener descendencia. Actualmente estas prácticas especialmente en Europa son poco sensacionalistas, sino usuales y rutinarias originándose ésta práctica frente a determinadas anomalías que pudiera presentar la mujer como la obstrucción o ausencia de trompas de falopio a fin de hacer posible una maternidad hasta antes no realizable, y actualmente, ésta técnica se viene también aplicando para suplir la esterilidad masculina; sin embargo a decir de Varsi Rospigliosi<sup>35</sup> "la utilización y aplicación de las TERAS (especialmente la FEC) no siempre van en provecho directo e inmediato (...) ya que sirven, también, para canalizar experimentos negativos o manipulaciones que por su ausencia son contrarios a la naturaleza y a la dignidad del ser humano, llevando implícita una presunción de ilegalidad, contrariando las normas de la paz social, el orden público y las buenas costumbres".

---

<sup>35</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, *op. cit.*, pp. 63-64.



La fecundación "*in vitro*" continúa realizándose y el jurista se encuentra frente a una realidad que debe ser objeto de un tratamiento técnico-jurídico adecuado.

## 2.7 CLASES DE FECUNDACIÓN "*IN VITRO*"

### A. FECUNDACIÓN *IN VITRO* HOMÓLOGA

Del mismo modo que la inseminación artificial homóloga, los doctrinarios reconocen la fecundación "*in vitro*" interconyugal u homóloga como aquella que se realiza con componentes genéticos (espermatozoides y óvulos) provenientes del varón y de la mujer de la pareja ligada por vínculo matrimonial o *more uxorio*.

Esta técnica de reproducción humana es aceptable no ofreciendo mayores problemas jurídicos habida cuenta que tanto el gameto masculino como el femenino provienen de los cónyuges hecho que otorga seguridad jurídica o alternativamente al provenir de la unión de hecho voluntariamente concertada entre varón y mujer (convivencia); respecto del fruto de la concepción regirá la presunción legal (*iuris tantum*) de paternidad.

### B. FECUNDACIÓN *IN VITRO* HETERÓLOGA

La fecundación "*in vitro*" será heteróloga cuando se hace uso de óvulos de una mujer distinta a la esposa, de esperma de un tercero o de óvulos y esperma de terceros. Esta fecundación extracorpórea a decir de Varsi Rospigliosi<sup>36</sup>.

"Crea situaciones en parte nada seguras ya que con el cedente se carece de una relación jurídica familiar reconocida para exigirle el cumplimiento de determinadas obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria) o deberes naturales (reconocimiento). (...) ofrece dificultades y crea conflictos. A pesar de ello, en determinados casos es necesaria, por tanto dársele márgenes de permisibilidad".

En esta práctica los gametos pueden diferir, no necesariamente provenir de la pareja. Esta técnica puede presentar variaciones como la transferencia de embriones (TE), transferencia intratubárica de gametos (TIG) y la transferencia intratubárica de embriones (TIE) a analizarlos más adelante. Por lo que es menester referirnos brevemente a los "donantes" de gameto, a la madre gestante y biológica, a los cónyuges o convivientes y al niño.

#### **a. LOS "DONANTES" DE GAMETOS.-**

---

<sup>36</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Derecho y Manipulación Genética**. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. Lima: 1996, p. 49.

Considerando la posibilidad de que suscite una F.I.V.T.E. o una T.I.G. el cedente puede ser tanto el varón o la mujer cuando sea 'extraño' el espermatozoides o el óvulo fecundado o fecundar o utilizarse el cedente ha de proceder con consentimiento libre, personalísimo e incondicional, siendo generalmente dicho cedente anónimo.

**b. LA MATERNIDAD BIOLÓGICA.-**

La maternidad biológica puede ser genética y gestante, ello se desprendía desde la Exposición de Motivos de la ya derogada Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida española N° 35/1988) , que establecía que "la maternidad biológica puede ser plena o no plena (...) en la plena la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación) o su óvulo/s) (maternidad genética), pero no ambos (...)".

En nuestro país una legislación de "*lege ferenda*" deberá resolver la problemática jurídica planteada a partir de la variabilidad de maternidad que puedan presentarse.

**c. LOS CÓNYUGES O CONVIVIENTES.**

Teniendo en consideración que en la fecundación *in vitro* heteróloga se puedan dar variaciones como son: que el componente genético masculino (semen) provenga del marido y el componente genético femenino (óvulo) de una mujer cedente o donante; que el semen provenga de un tercero cedente y el óvulo de la cónyuge; o que ambos componentes genéticos (semen u óvulo) provenga de sendos cedente (terceros); por consiguiente existiendo ésta última posibilidad estrictamente biológica que tanto la mujer como el varón de la pareja o ambos, unidos a través del vínculo matrimonial o a través de la relación *more uxorio*; de no poder intervenir en ésta técnica de reproducción asistida (biológicamente), a decir de: Benitez Ortuzar<sup>37</sup>: "habrá que al igual que en la I.A.D. articular el mecanismo para posibilitar el consentimiento del sujeto que no intervengan genéticamente en la reproducción a efectos de otorgar una filiación y una paternidad legal al hijo nacido por éstas técnicas. Biológicamente esta problemática escapa a la ciencia para entrar directamente en el campo de la ética y del derecho".

#### d. EL NIÑO.

---

<sup>37</sup> BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco. **Aspectos Jurídico-Penales de la Reproducción Asistida y la Manipulación Genética Humana.** Editoriales de Derecho Reunidas S.A. España: 1997, p. 76.

A partir de la Exposición de Motivos de la, repetimos ya derogada, Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida (Ley Española) anteriormente acotada se puede establecer que el hijo nacido por éstas técnicas puede ser descendiente de una madre biológica plena (la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo); de una madre biológica no plena o parcial (en la que la mujer sólo aportó la gestación -madre gestante- o su óvulo(s) -madre genética- y; la de deseo entendida está como aquella maternidad atribuida a la mujer que decide "tener un hijo" "contratando" para ello con las otras 2 mujeres.

Ahora bien, respecto al marido o conviviente de la mujer solo existe la posibilidad de 2 paternidades: la biológica y la de deseo.

## **2.8 VARIACIONES DE LA FECUNDACIÓN "IN VITRO"**

La fecundación "IN VITRO" (F.I.V.) denominada también Extracorpórea en Laboratorio presenta variaciones que incluye la:

- a) La F.I.V. con la transferencia de embriones (F.I.V.T.E.), por la cual el cigoto es implantado directamente en la pared uterina<sup>38</sup>.
- b) La F.I.V. con transferencia intratubárica de gametos (T.I.G.) procura que la concepción se lleve a cabo en las trompas de Falopio, pues, tanto los gametos masculinos y el femenino han de colocarse en las trompa de Falopio como ámbito natural para la concepción. Está variable de F.I.V. fue desarrollado por el científico argentino Ricardo Asch de la Universidad de California<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> El procedimiento de la FIVTE es el siguiente: a. Estimulación de la Ovulación (Se realiza una estimulación ovárica con productos hormonales adaptadas a cada paciente, con el objeto de obtener la mayor cantidad de óvulos maduros, y de esta manera, aumentar las posibilidades de transferir más de un embrión, lo que aumentará las posibilidades de embarazo); b. Control del tratamiento o monitoreo (Este monitoreo es absolutamente necesario para evaluar la terapéutica hormonal instaurada, asegurar que todo marcha bien, e indicar el momento óptimo para "desencadenar la ovulación"); c. Desencadenamiento de la ovulación (Cuando el tamaño de los folículos ováricos evaluados por ecografía y el nivel hormonal determinado por los dosajes en sangre son satisfactorios, la ovulación es desencadenada con una inyección de HCG [Gonadotropina Coriónica Humana]. La aplicación de la misma es indispensable para concluir la maduración folicular); d. Punción folicular en busca de los ovocitos (Se efectúa aproximadamente 35 horas después de la inyección de la HCG. Es una técnica sencilla y rápida. Se realiza por vía vaginal (de manera que no queda cicatriz alguna) bajo control ecográfico, y con anestesia local); e. Obtención y preparación del semen (Para obtener el semen se recomienda una abstinencia sexual de 3 días. Lo importante es que el semen llegue al laboratorio lo antes posible (en un plazo de 1 hora como máximo después de su extracción), una vez efectuada la punción folicular de la mujer. Los espermatozoides se someten a varios procesos de "lavado" para librarlos de las secreciones prostáticas, y luego se concentran mediante métodos especiales de elaboración. Una vez procesados, se colocan junto a los óvulos el medio de cultivo entre 3 y 5 después de la punción. Si el número de espermatozoides es muy limitado, es posible emplear otros métodos de elaboración (lavado y concentrado) y, por supuesto, ICSI); f. Etapa biológica (El contenido de los folículos punzados (líquido folicular y ovocitos), es inmediatamente observado con el microscopio, y luego se lavan y preparan los óvulos para el proceso de la fertilización. En una cápsula, cada óvulo es puesto en presencia de aproximadamente 150.000 espermatozoides. La fertilización, que consiste en la penetración del espermatozoide dentro del óvulo, se produce algunas horas más tarde); g. Transferencia de embriones (La transferencia es un acto sencillo y desprovisto de riesgos. Se aspiran el o los embriones dentro de un catéter muy fino y flexible, éste se introduce por vía vaginal adentro del útero, a través del canal del cuello del útero; luego, se depositan suavemente los embriones en la cavidad del útero).

<sup>39</sup> El procedimiento de la TIG o GIFT (por sus siglas en inglés) consta de 4 etapas básicas: a: Estimulación ovárica controlada con seguimiento folicular. (La estimulación se realiza con gonadotropinas (hormonas que estimulan al ovario), para asegurar la obtención de un número óptimo de ovocitos maduros para el procedimiento. La cantidad y calidad de los ovocitos obtenidos mediante el esquema de inducción empleado es uno de los factores determinantes de las probabilidades de éxito del procedimiento); b. Captura de los ovocitos por punción

Al respecto Gustavo Bossert<sup>40</sup> sostiene "La estimulación hormonal y la aspiración de óvulos es igual que en la F.I.V.E.T. la diferencia reside en que los óvulos son puestos en contacto con los espermatozoides en el laboratorio luego de extraídas y ambos gametos son transferidos a las trampas de Falopio en el mismo acto quirúrgico. El propósito es que la fecundación se realice en el ámbito donde ocurre naturalmente, o sea las trompas de Falopio. Todo el procedimiento lleva entre una y dos horas".

- c) Una tercera variación de la F.I.V. está dada por la transferencia intratubárica de embriones (TIE) que a decir de Varsi Rospigliosi "es una combinación de la TE y la TIG, en la que se practica la fecundación *in vitro*, pero el embrión se transfiere directamente a la trompa de Falopio, no al útero, permitiendo un crecimiento y una anidación natural"<sup>41</sup>.

---

ovárica directa (A través de una laparoscopia o minilaparotomía, o con control ultrasonográfico en caso de emplearse cateterización tubaria por vía transuterina para el depósito de los gametos en las trompas); c. Identificación de la madurez y calidad de los ovocitos en el laboratorio de gametos y; d) Introducción a las trompas uterinas (por minilaparotomía, laparoscopia o histeroscopia) de los ovocitos de la paciente (o de una donante) mezclados con semen homólogo o heterólogo previamente capacitados. Se utilizan hasta 3 ovocitos y 150,000 espermatozoides por trompa.

<sup>40</sup> BOSSERT, Gustavo. **El Derecho Civil de Nuestros Tiempos**. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. Lima: 1995, p. 108.

<sup>41</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, *op. cit.*, p. 62.

### **CAPITULO III**

#### **3. ALGUNOS NÚCLEOS PROBLEMATICOS QUE PLANTEAN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO**



En primer término recordemos las palabras de Doberning Gago para quien “Los avances científicos en el campo de la reproducción asistida han cambiado conceptos tan antiguos como el mismo hombre, tales como la paternidad y la maternidad, por lo que han afectado prácticamente a la totalidad de la llamadas relaciones familiares”<sup>42</sup>. En ese sentido a continuación revisaremos algunos núcleos problemáticos que surgen entre diversos aspectos de la regulación que hace nuestro Código Civil de 1984 y la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, para tal efecto analizaremos dichos núcleos de acuerdo a la estructuración por libros que hace nuestro código material vigente.

### **3.1 LAS TERAS Y EL LIBRO I DEL CÓDIGO CIVIL:**

#### **A) El derecho a la vida y la fecundación *in vitro*:**

En la aplicación de la fecundación *in vitro* se produce una situación en la que se estaría vulnerando la protección legal que recibe la vida humana; con la finalidad de explicar esta situación y delinear una posible solución comencemos explicando los alcances del derecho y cómo es que se estaría produciendo esta vulneración.

Como se sabe, el derecho a la vida es un derecho fundamental dentro de los derechos de la personalidad, es “esencialísimo”, siendo un bien jurídico con protección constitucional consagrado en

---

<sup>42</sup> DOBERNING GAGO, Mariana. “**Status [sic] jurídico del preembrión en la reproducción asistida**”. En *Jurídica*. Universidad Iberoamericana. México: 1998, N° 28, p. 257.

el Art. 2º.1 de la Constitución de 1993<sup>43</sup>. Así Sáenz Dávalos –con el grueso de la doctrina nacional<sup>44</sup>– nos dice que: “la vida se identifica como el atributo natural primario por excelencia por cuanto de su reconocimiento depende la realización de otros derechos o libertades. Es por consiguiente de la individualización de la vida que nace el derecho a poseerla así como la posibilidad de que otros atributos personales, alcancen la opción de potencialización”.

Tal consideración es expresión del personalismo<sup>45</sup>, que se constituye en el supuesto ideológico de fondo que fundamenta todo el engranaje constitucional y, desde luego, el propio ordenamiento jurídico que lo desarrolla, es antes y por encima que nada: La persona, esto es, es la expresión de aquella básica idea que reza que “el Estado es para el hombre y no el hombre para el Estado”.

El derecho a la vida se conceptualiza como “el derecho a la propia existencia físico-biológica del ser humano”<sup>46</sup> que nuestro Código

---

<sup>43</sup> En sentido similar la Constitución chilena de 1980 en su artículo 19 establece:

"La Constitución asegura a todas las personas: (incisos 1º y 2º).

1º El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que esta por nacer."

<sup>44</sup> SAENZ DÁVALOS, Luis. “**El derecho a la vida y la interrupción voluntaria del embarazo**”. En: Revista Jurídica del Perú. Editora Normas Legales. Trujillo: 2001, N° 29.

<sup>45</sup> Por ejemplo Juan Espinoza Espinoza en sus Estudios de Derecho de las Personas; Lima 1990, Págs. 109 y ss.; además Carlos Fernández Sessarego en su Exposición de Motivos y Comentarios al libro primero del Código Civil Peruano. Derecho de las Personas y desde la perspectiva constitucional: Narciso Martínez Morán. “El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho Comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia e eugenesia”; Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense; N° 2 (Nueva Época); Madrid 1979; especialmente pp. 133-135.

<sup>46</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María. **El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana**. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. España: 1994, p. 25.

Civil acoge en su artículo 5 como uno de carácter irrenunciable que no puede ser objeto de cesión no pudiendo sufrir limitación voluntaria su ejercicio. Al respecto Carlos Fernández Sessarego<sup>47</sup> afirma:

"El derecho a la vida es primordial entre los derechos atinentes a la persona y el presupuesto indispensable de todos los demás. De no existir el derecho a la vida carecería de sentido referirse a la constelación de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico para la protección y tutela de la persona humana"<sup>48</sup>.

Ahora bien, el artículo 1º de nuestro C.C. establece que la vida humana comienza con la concepción y que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. Entonces, debemos preguntarnos ¿si existe vida humana real en el cigoto o huevo fecundado *in vitro* (en la probeta) con similar o igual protección jurídica que la persona nacida? Esto es, se debe responder a la pregunta ¿cuándo o en qué momento comienza la vida del ser humano? Esta pregunta es fundamental pues para que la fecundación *in vitro* tenga éxito y dado el aún alto costo del

---

<sup>47</sup> Para una aproximación al personalismo revítese, a guisa de ejemplo, a FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Las personas, el personalismo y la Constitución peruana de 1979". En: Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1982, N° 36, pp. 81-96.

<sup>48</sup> Con el Romeo Casabona para quien "...la relevancia del derecho a la vida es que en él recaen todos los demás derechos, es el soporte y la condición necesaria que va a permitir a cada individuo ejercitar y desarrollar sus facultades personales, su desenvolvimiento existencial, aspiraciones y metas, en suma, su destino individual y social".  
ROMEO CASABONA, *op. cit.*, p. 27.

procedimiento cuando se extraen las células reproductivas tanto del hombre como de la mujer, no se extrae una sino varias; de la misma forma, cuando se fecunda, no se trabaja con un solo óvulo sino que se fecundan varios, así que primero se implanta uno de ellos, y si este no se desarrolla como se espera se van insertando los restantes, son estos óvulos fecundados en espera los que se llaman los “óvulos supernumerarios”, siendo el desecho de los mismos la situación que significaría la vulneración del derecho a la vida.

Encontrarle respuesta a la primera pregunta de las planteadas en el párrafo anterior –la que interroga sobre si en el feto o embrión existe vida humana con protección jurídica— ha sido una constante preocupación del hombre<sup>49</sup>, quien desde la aparición de las primeras culturas, que intuían el problema y de forma rudimentaria intentaron explicarlo a través de mitos y leyendas; para luego, con el avance de las ciencias antiguas se sostuvo que el embrión recibía el aliento vital al momento de nacer<sup>50</sup>; empero, sería Aristóteles quien afirmara que el feto ya es un ser con vida propia; más tarde, bajo la

---

<sup>49</sup> Chofre nos dice al respecto que: “La determinación del momento en que comienza la vida constituye el elemento fundamental en torno al cual surgen múltiples problemas jurídicos de entidad relevante. Todos los aspectos relacionados con el ‘derecho a la vida’ provocan siempre conflictos de distinta naturaleza; es, por tanto, un asunto fronterizo. Es por ello que en torno al derecho a la vida donde surgen las cuestiones principales de la[s TERAS]”.  
CHOFRE SIRVENT, JORGE. “**Reproducción Asistida y Constitución (Comentario a la Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999)**”. En: Teoría y Realidad Constitucional. México: 2001, N° 7, p.351.

<sup>50</sup> Fue la tesis que manejaron los estoicos (escuela filosófica), pues consideraron al embrión como mera parte del cuerpo de la madre gestante y sólo con el nacimiento adquiriría el alma, al respecto véase a VICO PEINADO, José. **El comienzo de la vida humana. Biótica teológica**. Ediciones Paulinas. Chile: 1991, p. 98.

influencia del cristianismo se indicaba que éste adquiriría la vida con la infusión del espíritu, y esto ocurra de la siguiente manera: cuando el feto era varón lo adquiriría a los cuarenta días de la concepción, mientras que cuando eran mujeres se producía en torno al tercer mes<sup>51</sup>. Por ello, precisar cuál es el momento en que se da la génesis de la vida humana ha sido un tema de constante discusión en los círculos filosóficos, teleológicos, científicos, jurídicos y otros.

Antes de seguir con el desarrollo de este aspecto debemos diferenciar dos momentos particulares en el proceso de procreación del ser humano: el comienzo de la vida humana y el comienzo de la existencia de la persona.

El comienzo de la vida humana, adelantamos nuestra posición, se da con la concepción que es el proceso de formación del embrión o, según otra terminología, preembrión –Embrión es la célula fecundada a partir del momento de la fusión de los núcleos celulares, así como toda célula aislada totipotente capaz de división y desarrollo hacia un individuo –<sup>52</sup>. Mientras que el comienzo de la

---

<sup>51</sup> Mientras que San Agustín sostenía que la vida humana comenzaba con los primeros movimientos fetales intrauterinos y Santo Tomás de Aquino establecía que la vida humana se iniciaba a los 40 días de retraso menstrual.

QUISPE DÍAZ, Gilbert. “**Derecho e inicio de la vida humana**”. En. Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima. Lima: 2000, N° 2, p. 27.

<sup>52</sup> Se ha sostenido que el embrión es un nuevo paciente que la medicina tiene que asistir, entiendo que una de las soluciones posibles es tomar al embrión (preembrión) como un nuevo sujeto de derechos que el ordenamiento jurídico deberá receptor mediante la modificación y creación de normas. Lo cierto es que el embrión no es un objeto ni un producto para la acción biomédica sino un sujeto de derechos distinto a la persona (incluida la persona por nacer).

PIÑA, Roxana Gabriela. “**Las técnicas de fecundación asistida, ¿dieron lugar a la aparición de un nuevo sujeto de derechos? El embrión humano y su relación con bienes jurídicos**”

existencia de la persona se da a partir de su nacimiento, tal como dispone el primer artículo de nuestro código material vigente<sup>53</sup>.

Entonces, continuando con el tema, el progreso de las ciencias médicas permitió superar estas concepciones filosóficas y teleológicas y hoy, gracias a los datos científicos, se sabe que la vida intrauterina pasa por todo un proceso biológico cuyo momento inicial tiene lugar con la fecundación, seguidamente se da la concepción, la anidación, la actividad cerebral y finalmente el nacimiento. Es entonces, alrededor de estos momentos de la vida humana dependiente que surgen diferentes posturas con las que se trata de determinar cuando tiene lugar el inicio de la vida, entre las que se cuentan:

#### **a.- La postura de la fecundación.-**

En primer lugar es necesario manifestar que la fecundación está sujeto a todo un proceso biológico y que por esa razón no se le

---

**dignos de protección penal**". En: Revista Latinoamericana de Derecho. Rubinzal-Culzoni editores. México: 2004, año I, N° 2, p. 258.

<sup>53</sup> Al respecto Albaladejo nos dice que "se es persona desde que se nace". ALBALADEJO, Manuel. **Derecho Civil. Introducción y parte general**. Decimoquinta edición. Librería Bosch. España: 2002, p. 216. Situación similar ocurren en Alemania donde el Código Civil, el artículo 1, contiene la cláusula general de atribución de personalidad al nacimiento, conforme a la cual no se es persona, ni por lo tanto sujeto de derechos, sino desde que se nace. Mientras que el Código Civil francés no contiene una cláusula general determinante del comienzo de la personalidad legal, por lo tanto las reglas aplicables en la materia han sido deducidas de disposiciones particulares relativas a la capacidad para suceder (Art. 725 C.C.), a las donaciones (Art. 906 C.C.), y accesoriamente, a las acciones de filiación (Art. 311.4 C.C.), convertidas en principio general. De acuerdo con este principio no hay personalidad legal sino a partir del nacimiento, y bajo la condición que el niño nazca vivo y viable.

puede limitar a un solo acto<sup>54</sup>; se hace esta precisión, porque comúnmente se le ha venido confundiendo con la concepción, y esto porque la rapidez con que se produce la fecundación implica ya la concepción instantánea; pero, lo que en realidad ocurre es que la concepción es producto de la fecundación, y esto, claramente se puede observar en la reproducción asistida y, en especial en la fecundación *in vitro* donde el proceso de fecundación dura entre diez y veinticinco horas.

Entonces, cuando el espermatozoide hace contacto con el óvulo, fenómeno que ocurre en las trompas de Falopio, comienza el proceso de la fecundación, en ese momento el óvulo empieza a generar la membrana de fecundación, la cual impedirá que los demás espermatozoides ingresen. Luego, el espermatozoide valiéndose de una enzima (hialuronidasa) que perfora la pared ovular penetra al interior del óvulo. Tan pronto como la cabeza del espermatozoide penetra en el óvulo se produce en la célula fecundada un bloqueo absoluto que impedirá la poliespermia .

Los partidarios de esta postura indican que con el avance de la ciencia no queda más que afirmar que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la fecundación, que viene a ser la unión del gameto femenino y masculino, es decir, cuando el

---

<sup>54</sup> Véase, en este sentido, a VARSÌ ROSPIGLIOSI, *op. cit.*, p. 47.

espermatozoide hace contacto con el óvulo, surgiendo con ello una nueva vida, distinta a la de sus padres, titular de un patrimonio genético único, inédito y, hasta ahora, irrepetible. Así, la fecundación marca el comienzo de un proceso continuo de desarrollo, en cuyas etapas sucesivas la dotación genética de cada individuo se mantiene en cada una de sus células y durante toda su vida. De este modo, puede hablarse con propiedad de una identidad biológica de cada individuo vivo desde su concepción hasta su muerte.

Esta posición ha sido recogida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, al emitir la sentencia de fecha 05 de marzo del 2002. Dicho fallo resolvía la acción de amparo planteada por la Asociación Civil Portal de Belén contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación argentina a fin de que se le ordene revocar la autorización y prohíba la fabricación y comercialización de la píldora "Imediat", por ser un fármaco con efectos abortivos. El alto tribunal resolvió ordenar al Estado Nacional que deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación, distribución y comercialización del medicamento. La resolución se basó en que: la vida humana



comienza con la concepción; la concepción ocurre en el momento de la fecundación<sup>55</sup>.

### **b.- La postura de la concepción.-**

---

<sup>55</sup> Para entender la posición adoptada por el alto Tribunal argentino se hace necesario citar los considerandos 4, 5, 6, 7, 9 y 10 del fallo del 05 de marzo del 2002. Así: 4) Que sobre el particular se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario. En este sentido, la disciplina que estudia la realidad biológica humana sostiene que tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo (). Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación (). 5) Que, en esa inteligencia, Jean Rostand, premio Nobel de biología señaló: existe un ser humano desde la fecundación del óvulo. El hombre todo entero ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero con sus potencialidades... (). Por su parte el célebre genetista Jérôme Lejeune, sostiene que no habría distinción científicamente válida entre los términos embrión o preembrión, denominados seres humanos tempranos o pequeñas personas (). 6) Que en el mismo orden de ideas W. J. Larson, profesor de Biología Celular, Neurobiología y Anatomía de la Universidad de Cincinnati sostiene: En este contexto comenzaremos la descripción del desarrollo humano con la formación y diferenciación de los gametos femenino y masculino, los cuales se unirán en la fertilización para iniciar el desarrollo embriológico de un nuevo individuo (). A su vez B. Carlson, profesor y jefe del Departamento de Anatomía y Biología Celular de la Universidad de Michigan afirma: El embarazo humano comienza con la fusión de un huevo y un espermatozoide (). Por su parte T. W. Sadler, profesor de Biología Celular y Anatomía de la Universidad de Carolina del Norte entiende que: El desarrollo de un individuo comienza con la fecundación, fenómeno por el cual un espermatozoide del varón y el ovocito de la mujer se unen para dar origen a un nuevo organismo, el cigoto (). 7) Que asimismo, es un hecho científico que la construcción genética de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente pues el ADN del huevo contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles (). 9) (...)el fármaco "Imediat" tiene los siguientes modos de acción: "a) retrasando o inhibiendo la ovulación (observado en diferentes estudios con mediciones hormonales-pico de LH/RH, progesterona plasmática y urinaria); b) alterando el transporte tubal en las trompas de Falopio de la mujer del espermatozoide y/o del óvulo (estudiado específicamente en animales de experimentación - conejos- se ha observado que el tránsito tubal se modifica acelerándose o haciéndose más lento). Esto podrá inhibir la fertilización; c) modificando el tejido endometrial produciéndose una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación". 10) Que el último de los efectos señalados ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior. En efecto, todo método que impida el anidamiento deberá ser considerado como abortivo. Se configura una situación que revela la imprescindible necesidad de ejercer la vía excepcional del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental en juego (...). Por ello, (), se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada, se hace lugar a la acción de amparo y se ordena al Estado Nacional -Ministerio Nacional de Salud y Acción Social, Administración Nacional de Medicamentos y Técnica Médica-, que deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación distribución y comercialización del fármaco "Imediat".

La concepción es el segundo instante en la formación de la vida y, es en este momento en que verdaderamente comienza la vida humana<sup>56</sup>, pues, es el punto final de una fase compleja llamado proceso de fertilización. El óvulo ya fecundado u ovocito pronucleado es una célula que contiene dos núcleos con 23 cromosomas cada uno, el del hombre y el de la mujer, pero con diferente información genética<sup>57</sup>.

En este estado el ovocito pronucleado va sufriendo grandes cambios, dando lugar a la denominada “singamia” que es el intercambio de información genética de cada uno de los pronúcleos aportados por los padres. Luego de ello se da lugar a la formación del cigoto (óvulo fecundado), éste es una célula diploide que contiene los 46 cromosomas que definen a la especie con toda la información que ese individuo necesita para cada fase de su vida. Esta fusión se realiza en un proceso que dura de 22 a 23 horas contadas desde la fecundación.

### c.- La postura de la anidación

---

<sup>56</sup> Véase en este sentido: VARSÍ ROSPIGLIOSI, *op. cit.*, p. 48; RUBIO CORREA, Marcial: **Reglas del amor en probetas de laboratorio. Reproducción humana asistida y derecho**. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1996, p. 20.

<sup>57</sup> Todas las células de un ser humano en cualquier fase de su vida tienen los mismos 46 cromosomas, con toda y la misma información para producir las sustancias necesarias para cada estructura y cada función. Este material fue aportado por el padre y la madre al momento de la concepción a través de sus gametos. Esos 46 cromosomas no sólo definen la especie sino las características propias de tal individuo.

Los que propugnan la postura de la anidación manifiestan que la vida humana comienza con la implantación del óvulo fecundado (cigoto) en el útero de la madre, y esto ocurre aproximadamente 14 días después de la fecundación. Este evento biológico está sujeto a una compleja y a la vez organizada serie de cambios que finalmente concluye en la formación del feto.

El respaldo de esta tesis la encontramos en diferentes postulados. Así, se dice que la anidación del óvulo fecundado implica una serie de estímulos y respuestas integradas, es decir, se aprecia un diálogo activo entre las células maternas y las células del embrión y por consiguiente, un rol activo para ambos. Es por ello, que en esta etapa del proceso biológico se deja atrás la probabilidad y se llega a la certeza de la vida humana; y esto en razón de que a partir de este momento existe un salto cualitativo en el desarrollo del cigoto y que el mismo está dado por su fijación en el útero materno la cual logra una vinculación orgánica recibiendo los primeros impulsos necesarios para su desarrollo, pues hasta ese momento el embrión no tiene contacto con el organismo materno y existe un 50% de probabilidades de que, por causas naturales, no llegue a anidar en el útero materno<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> SERRA realiza un interesante y completo trabajo donde describe detalladamente, entre otros, el complejo proceso de la anidación del óvulo fecundado en el útero materno; con mayor

Además de lo anterior, también se dice que previamente a la anidación no se garantiza la individualidad del ser en formación, por cuanto sólo hay un conglomerado de células humanas sin identidad propia, pues basan su fundamento en que antes del término de la anidación, un óvulo fecundado puede originar más de un individuo, es el caso del embarazo gemelar monocigótico, también, en ocasiones, de forma extraordinaria, se puede producir un embrión por la fusión de dos embriones, es decir se da la formación de quimeras. Por ello, según estas observaciones, la individualidad del embrión no se produce hasta la anidación que ocurre alrededor del día 14 después de la fecundación.

En contra de esta postura surge la idea de que equiparar la implantación con el inicio de la vida humana se estaría dejando absolutamente desprotegido a los embriones hasta antes de su anidación en la matriz materna como, también, los óvulos fecundados *in vitro*, sea cual fuere el estado de evolución que los mismos hayan alcanzado .

---

detalle SERRA, Ángelo. “**La contribución de la biología al Estatuto del embrión**”, disponible en: [http://www.bioeticaweb.com/Inicio\\_de\\_la\\_vida/Serra\\_contr\\_emb.htm](http://www.bioeticaweb.com/Inicio_de_la_vida/Serra_contr_emb.htm)

Además debe considerarse que esta hipótesis de la selección natural coincide con los últimos avances de la ciencia que sostiene que un alto porcentaje de los embriones abortados en este período presentan anomalías significativas. Con ello se demuestra que es cierto que son frecuentes las anomalías cromosómicas y, de hecho, la gran mayoría de los huevos eliminados por la naturaleza en las primeras semanas del embarazo, presentan fuertes anomalías cromosómicas numéricas y estructurales que les hacen incapaces de desarrollarse hasta su término.

#### **d.- La postura de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central**

Los impulsores de esta postura manifiestan que estaremos, verdaderamente, frente a un ser con vida cuando en éste se produce la primera actividad del sistema nervioso central. Con este acontecimiento, surgen los rudimentos de lo que será la corteza cerebral, por lo que recién con la presencia de la llamada línea primitiva o surco neural estaríamos frente a un ser viviente que, más allá de su composición genética, tiene una pauta selectiva específicamente humano. Dentro de esta postura, algunos de sus adherentes sostienen que con la emisión de impulsos eléctricos cerebrales verificables puede estimarse que se ha iniciado la vida específicamente humana<sup>59</sup>.

En la actualidad la doctrina nacional ha dado por resuelto este problema al entender que el inicio de la vida humana comienza con la concepción<sup>60</sup> y así ha quedado consagrado en el Art. 1 del Código Civil; es decir, con la fecundación del óvulo femenino con el

---

<sup>59</sup> Esta postura se basa en la coherencia que debe existir entre la determinación del inicio de la vida con el concepto de muerte cerebral, ya que, si aceptamos que un ser humano dotado de una estructura corporal en la plenitud de su desarrollo -pero poseedor de un cerebro que no revela la existencia de impulsos eléctricos- es un cadáver, cuyos órganos pueden ser extraídos e implantados en otro sujeto. Bajo esta concepción numerosas legislaciones establecieron que el fin de la vida humana está dado por la falta de actividad eléctrica del encéfalo. De esta forma lo prescribe nuestra Legislación Nacional en la Ley N° 26842, Ley General de Salud, de fecha 20 de julio de 1997.

<sup>60</sup> Por ejemplo, Mesía Ramírez nos dice que “La Constitución y el Código Civil han optado por entender que es a partir de la [concepción] que la vida se convierte en un ‘bien jurídico’ susceptible de protección”. MESÍA RAMÍREZ, Carlos. “**Dignidad de la persona y derecho a la vida en la constitución y los instrumentos internacionales**”. En: Lumen. Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Lima: 2001, N° 2, p. 23.

espermio<sup>61</sup> masculino, ya sea dentro del cuerpo humano o no<sup>62</sup>; pues científicamente (en base a la embriología) se ha demostrado que es el momento en que verdaderamente se inicia la vida humana, pues el óvulo fecundado (gracias al acto de fecundación) ya contiene 46 cromosomas, que es la suma de los 23 cromosomas que aporta cada uno de los padres<sup>63</sup>. De ahí en adelante estamos frente a una [nueva] vida<sup>64</sup> que merece la protección del Derecho<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, espermio es sinónimo de espermatozoide.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la Lengua Española**. Editorial Espasa. Vigésimo segunda edición. España: 2001, tomo I, p. 978.

<sup>62</sup> Así Banda nos dice que “No cabe tampoco ninguna duda, desde el punto de vista jurídico, que desde el momento de la implantación del embrión, producto de la fecundación *in vitro* o extracorpórea mediante su transporte desde el laboratorio hasta el interior del útero de la mujer, donde se anidara, desde ese momento se puede hablar de la existencia de un estado de “embarazo” en la mujer”.

BANDA VERGARA, Alfonso. **“Dignidad de la persona y reproducción humana asistida”**. En: Revista de Derecho. Universidad de Valdivia. Chile: 1998, N° IX, p. 14.

Mientras que Cárdenas Quirós opina que “En el caso del Código Civil peruano no hay razón para admitir esta distinción recogida, por ejemplo, en la ley española sobre técnicas de reproducción asistida, pues el texto del artículo 1 se refiere en forma genérica a la concepción, que constituye el punto de partida de la vida humana, sin aludir para nada a la necesidad de la implantación del embrión en la mujer”.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. **“Fecundación extracorpórea, protección jurídica del embrión y reforma del Código Civil del Perú”**. En: *Ius et Veritas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1998, N° 17, p. 199.

<sup>63</sup> ESPINOZA nos dice que se entiende por concepción “a la unión del espermatozoide con el óvulo. Se afirma que en este momento surge un ‘ser humano genéticamente individualizado’, por tanto un sujeto de derecho, digno de protección y tutela. Sin embargo esta individualización no es instantánea: desde el momento del encuentro del espermatozoide con el óvulo, hasta la generación del cigote, se pasará por un ‘proceso de fusión nuclear’ que dura 12 horas aproximadamente. Es después de este periodo que podemos hablar de una vida humana genéticamente distinta de la madre”.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. **Derecho de las personas**. Tercera edición. Editorial Huallaga. Lima: 2001, p. 36.

<sup>64</sup> Por eso Saenz Dávalos nos dice que: “La vida, resulta en principio, existencia de la persona. Por extensión también implica la existencia del nasciturus o concebido, esto es, de la persona en formación. Cuando aquella existencia todavía no se individualiza o cuando la misma se extingue como consecuencia del deceso, no cabe, en puridad, formular enjuiciamientos respecto del citado derecho”.

SAENZ DÁVALOS, Luís. **“El derecho a la vida y la interrupción voluntaria del embarazo”**. En: Revista Jurídica del Perú. Editora Normas Legales. Trujillo: 2001, N° 29, p. 3.

<sup>65</sup> Boza Dibós explica esta posición con las siguientes palabras: “Respecto del embrión se pueden decir muchas cosas, pero algo es cierto: que no es un mero conglomerado de átomos o material biológico. Si bien no tenemos rituales especiales para lamentar la pérdida de la mujer que aborta, ni consideramos la muerte de un embrión como la de cualquier persona, si valoramos

Ahora bien, también en la doctrina nacional existe una posición contraria, así Monge Talavera<sup>66</sup> nos dice que "... el principio consagrado en el Código según el cual 'la vida humana comienza con la concepción', debe entenderse como referido al inicio de la gestación (que marca la concepción). [...] De lo cual se desprende que el embrión creado *in vitro* no es sujeto de derecho. La fecundación de células sexuales en un laboratorio es un acto biológico el cual, en el estado de la legislación, no genera ningún efecto jurídico. Dicho de otro modo, no hay concepción antes de la transferencia del embrión *in utero* [sic]<sup>67</sup>.

---

el feto humano más que a un animal o que una cosa cualquiera. Aun cuando alguien descubriese un manjar especial, nos repugnaría la sola idea de comer embriones humanos. Un embrión de pocos días no tiene forma humana; sin embargo, en su origen es humano y potencialmente -si todas las circunstancias le son favorables-- terminará siendo una persona humana. De ahí que merezcan respeto y consideración. Desde el momento de la concepción nace un nuevo ser humano con material genético propio, perfectamente individualizado, cuyo metabolismo respira y responde a los cambios de su medio ambiente. El óvulo una vez fecundado adquiere vida propia, distinta y diferente a los gametos que la originaron. El embrión es humanamente 'algo'; posee el poder de convertirse en una persona como nosotros".

Boza Dibós, *op. cit.*, p. 94.

<sup>66</sup> MONGE TALAVERA, Luz. "Principio de la vida y de la persona humana". Comentario al artículo 1 del Código Civil nacional. En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2003, tomo I, p. 96.

<sup>67</sup> Boza Dibos ante la consideración del inicio de la vida desde la concepción reflexiona que tal vez esto no sería así, por lo que optamos por reproducir sus argumentos *in extenso*: "¿Podemos equiparar un óvulo fertilizado con un adulto? ¿Merece un embrión la tutela y protección propia de toda persona?[...] De la lectura de[ Art. 1 del Código Civil] podemos colegir que: a) el concebido tiene vida humana, pero no es persona; b) sólo para lo que lo favorezca se le imputará como sujeto de derecho. Nuestro ordenamiento legal parece, pues, proponer una solución diferente a la expuesta en los párrafos anteriores. Tratar de leer algo distinto de esta norma sería violentar su espíritu. ¿Es que el legislador ha querido realmente marcar una diferencia entre el 'concebido' y el 'nacido'? ¿Por qué habría querido el codificador del '84 distinguir entre persona humana y vida humana? ¿No será que el problema central no gira en torno a definiciones filosóficas acerca del comienzo y naturaleza de la vida, en tanto tal, sino que más bien es una opción jurídica, parafraseada en términos de preguntarse: ¿desde qué momento tiene la vida significado jurídico? ¿En qué momento ocurre algo que el Derecho decide proteger? Parece un juego de palabras pero en ella se esconde un sentido revolucionario.

A continuación revisamos las disposiciones de algunos países con respecto del inicio de la vida humana y su aplicación en la regulación de las técnicas de procreación asistida.

- **España.**

En este país ibérico ya con la ley N° 35/1988, que en la actualidad se encuentra derogada, y la vigente N° 14/2006<sup>68</sup> se

---

Las palabras del británico Harns plasman con sencillez el meollo del problema. En efecto, él sostiene lo siguiente: Los gametos son portadores de vida mucho antes de la concepción. El óvulo femenino y el semen del varón, son ambas células vivas, células humanas. El óvulo, por ejemplo, sufre un proceso de crecimiento y maduración. La vida es un proceso continuo e ininterrumpido que se desarrolla de generación en generación. No es, pues, la vida la que comienza con la concepción. Pero si no es así, se pregunta Harris, ¿no será que un nuevo individuo nace con la fertilización, que un ser potencialmente humano comienza a existir? El mismo se responde: varias 'cosas' pueden comenzar con la concepción. Esta puede dar lugar a un quiste, a un tumor, a dos individuos, o a un futuro ser.

Refiriéndose a la idea del ser humano en potencia, Harris afirma que el hecho que algo pueda volverse "X" (incluso de manera inevitable, cosa que no ocurre necesariamente con el óvulo fecundado), no es razón suficiente para tratarlo como si fuese 'X'. Todos vamos inevitablemente a morir un día, pero ello no es razón suficiente para que tratemos a otras personas como si estuviesen muertas. Por otro lado, agrega, no es cierto que el óvulo fertilizado sea potencialmente un ser humano. El óvulo virgen y el semen son potencialmente tan humanos como el embrión. Sostener que el óvulo fertilizado es un ser humano en potencia, no es otra cosa que decir que si ciertos hechos ocurren (como su implantación) y otros no (como un aborto 'espontáneo') se convertiría eventualmente en un ser humano.

Precisamente lo mismo se puede decir del óvulo y del semen. Si ciertos hechos le ocurren al óvulo (*vgr.* encontrarse con el semen) y ciertos hechos le pasan al semen (*vgr.* encontrarse con el óvulo) y otras cosas no ocurren (*vgr.* tropezarse con un anticonceptivo), eventualmente se convertirán en un nuevo ser humano. Todo lo que puede decirse acerca del óvulo fertilizado es que el tejido humano vivo o la vida en sí no comienzan con la concepción, tampoco la vida humana; ambas continúan. No necesitamos determinar cuándo comienza la vida sino desde cuándo importa moralmente y por qué. Dicho en otras palabras, ¿desde qué momento tiene la vida un significado moral? ¿Qué trato merecen los embriones? ¿Cómo debe proteger el Derecho al óvulo fecundado? Algunas veces el saber frasear la pregunta aclara el paso para arribar a una respuesta.

Nuestro legislador no ha querido equiparar el embrión con un niño ni con un adulto casado. Tampoco el feto viable tiene rango de persona -a menos que nazca vivo. El embrión sólo es una vida en potencia que el Estado protege en la medida que estime conveniente. La personería, y con ella la imputación de derechos y obligaciones, responde a un criterio netamente formal".

Boza Dibós, *op. cit.*, pp. 94-97.

<sup>68</sup> Publicada en BOE el N° 126 del 27 de mayo de 2006 y vigente desde el 28 del mismo mes y año.



distinguían tres fases del desarrollo embrionario, y que son las de "preembrión", "embrión" y "feto"<sup>69</sup>.

El artículo 1.2 de la ley 14/2006 dispone que se entiende por "preembrión" al embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde la fecha de fecundación hasta 14 días más tarde<sup>70</sup>.

Mientras que por "embrión" propiamente dicho se entiende "la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más".

---

<sup>69</sup> El fundamento de ésta postura adoptada por el legislador español la encontramos en el dictamen emitido por la Comisión Parlamentaria llamada "Comisión Especial para el Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humana", anterior a la dación de la ya derogada Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Ley 35/1988 y en la Exposición de Motivos de la mencionada Ley; que consideran que la vida en relación —Art. 15 de la Constitución— comienza, tratándose de la reproducción asistida, en el momento de la implementación del producto de la concepción en el útero; al respecto algunos autores discrepando a lo expuesto consideran que existe una forzada interpretación, en cuanto concierne al inicio de la vida para su protección jurídica pues el Art. 15 de la Constitución Española, acoge a la vida desde el momento de la gestación, debiendo interpretarse ésta desde el instante de la fecundación para la protección jurídica".

<sup>70</sup> Como se recuerda el término preembrión designa al embrión en los primeros 14 días de su desarrollo y fue introducido por el Informe de la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana, establecido por el Gobierno Británico, conocido como el Informe *Warnock*; en este informe de 18 de julio de 1984, se lleva a cabo la creación del concepto por la bióloga inglesa Jeanne McLare...".  
GALLARDO MALDONADO, Patricia. **Estatuto jurídico aplicable al embrión humano y responsabilidad civil por daños derivados de las técnicas de reproducción asistida**. Memoria de prueba ante la Universidad de Austral de Chile. Chile: 2002, p. 4.

Finalmente, por "feto" se entiende "el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto".

La distinción entre "preembrión" hasta los catorce días y "embrión" a partir de ese momento se ha extendido en los últimos años, a pesar de las críticas formuladas contra ella, ya que basándose en esta distinción cuantitativa se puede dar lugar a diferentes tratamientos desde el punto de vista moral y jurídico, ya que la fijación de los catorce días simboliza el umbral del acceso o no a la manipulación de los preembriones. A partir del decimocuarto día se forma lo que se conoce como la "línea primitiva", que es el primer signo de especialización de las células embrionarias, así como el comienzo de la sensibilidad individual, entonces se ha llegado a considerar jurídicamente como una "cosa", a al menos aquella fase de desarrollo que se inicia en la fecundación *in vitro* y concluye en la efectiva implantación en el seno materno<sup>71</sup>.

- **Alemania:**

---

<sup>71</sup> Para Serrano Alonso, citado por Chofre, "mientras no se proceda a la implantación del embrión en la mujer y mientras son conservados en los centros sanitarios, no puede atribuirse a los embriones la condición de sujeto de derecho y no puede asimilarse al *nasciturus*, configurándose jurídicamente como un bien y no como sujeto de derecho".  
CHOFRE SIRVENT, Jorge. "Reproducción asistida y constitución (Comentario a la Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999)". En: Teoría y Realidad Constitucional. Nº 7, 2001. p. 355.

En este país se protege al embrión, así la Ley sobre protección de embriones<sup>72</sup> precisa en su artículo 8 que se “entenderá por embrión en el sentido de la presente Ley ya el óvulo humano fecundado, susceptible de desarrollo a partir de la fusión de los núcleos, además, de cualquier célula totipotente extraída de un embrión que en caso de concurrencia de las condiciones necesarias sea susceptible de desarrollarse hasta convertirse en un individuo”<sup>73</sup>. Entonces, es evidente, que en este país también se asume la posición de que la vida humana comienza con la concepción.

Por otro lado el Código Civil alemán prescribe que su artículo 1 que “la capacidad jurídica del hombre comienza con la terminación del nacimiento”, pero protege al concebido, así puede revisarse los artículos 1923.2, 2043.3, 2108 y 2178 que se refieren a diversas normas relativas a la protección de los derechos patrimoniales que se reconocen al concebido, el que gozara de ellos siempre que nazca vivo. A parte de estas disposiciones reseñadas, el Código Civil alemán no contempla otra norma sobre las técnicas de reproducción asistida.

---

<sup>72</sup> De fecha 13 de diciembre de 1990.

<sup>73</sup> El siguiente numeral del mismo artículo se aclara que “En las primeras veinticuatro horas luego de la fusión de los núcleos se entenderá que el óvulo humano fecundado es susceptible de desarrollo, a no ser que ya antes del transcurso de ese periodo de tiempo se constate que ése no podrá desarrollarse más allá del estado unicelular”.

Además debe considerarse que el Tribunal Constitucional de ese país, mediante sentencia de fecha 25-2-1975 estableció que la vida humana comienza con la anidación, por lo que el embrión que se encuentre fuera del claustro (útero) materno estaría desprotegido jurídicamente.

- **Italia:**

La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en este país se encuentra determinada por la ley del 10 de febrero de 2004, la cual orienta la aplicación de las mismas —en concordancia con las disposiciones de los diferentes países— como un método terapéutico de las personas con problemas de fertilidad, en ese entendido no ha establecido ningún dispositivo que indique expresamente cuándo es que se inicia la vida humana, pero la interpretación sistemática de los artículos 14.1 y 14.2 de dicha norma nos permiten inferir que se asume la postura de la concepción pues, se prohíbe en el primero de ellos la crioconservación<sup>74</sup> y la destrucción de embriones, y en el segundo, se prescribe que no se debe crear un número de embriones superior a la estrictamente necesaria, y en todo caso no se pueden generar más de 3 embriones.

---

<sup>74</sup> Sólo se permite la crioconservación “Cuando la transferencia de los embriones al útero no resulte posible por causa de fuerza mayor, grave y debidamente documentada relativa la salud de la mujer, que no era previsible al momento de la fecundación, se autoriza la crioconservación de los embriones hasta el momento de la transferencia, que deberá realizarse lo antes posible” [artículo 14.3 de la Ley italiana N° 40].

Esto es, si bien se obvia precisar la postura que se adopta pero a la vez se prohíbe disponer de los embriones, y dado que éstos surgen a partir de la concepción, debe entenderse que es ésta la teoría que se asume.

- **Francia:**

Al respecto el Código Civil francés indica en su artículo 16 — introducido por la ley N° 94-563 del 29 de julio de 1994— “la ley [...] garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida”; aunque este cuerpo legal evita pronunciarse sobre la postura que asume respecto de este tema.

El Código de salud pública tampoco indica que teoría adopta respecto del inicio de la vida humana, aunque en forma similar al caso italiano prescribe que no se deben generar más embriones de los necesarios por lo que puede tomarse en cuenta las mismas atingencias indicadas previamente.

- **México:**

En este país la Ley General de Salud<sup>75</sup> [artículo 313.VIII] y el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud [artículo 40.III], precisan que se

---

<sup>75</sup> Ley que originalmente fue publicada el 17 de febrero de 1984 pero que ha sufrido constantes modificaciones.

considera como embrión al “producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la duodécima semana de gestación”, momento a partir del cual estamos ante un feto. Ahora bien, el Código Civil mexicano indica en su artículo 2.1 que “Persona física es el ser humano desde que nace y es viable, hasta que muere; a quien se le atribuye capacidad de goce y de ejercicio; y que desde que es concebido se le tiene por persona para los efectos declarados por la ley”.

Es decir, también asume la postura de que el inicio de la vida humana se da con la concepción.

- **Argentina:**

Para la ley civil argentina se es persona desde la concepción. Ello surge del texto del artículo 70 del Código Civil de dicho país, y si bien en la fecundación *in vitro* (FIV) no hay concepción en el seno materno, tal circunstancia no es óbice para su aplicación analógica, en mérito a lo dispuesto por el artículo 16 de dicho ordenamiento. A mayor abundamiento, cabe citar el artículo 51 de su Código Civil, el cual nos dice que son personas de existencia visible todos los entes que presentan signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades y

accidentes -signos evidenciados desde la concepción-<sup>76</sup>. Además el artículo 63 del mismo cuerpo legal indica que “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”.

Mientras que el proyecto de Código Civil argentino de 1998 indica en su artículo 15 que “La existencia de las personas humanas comienza con la concepción”; dada la claridad del dispositivo no releva de mayor comentario.

- **Otras legislaciones:**

La posición que adopta la mayoría de los países, incluyendo el nuestro es concordante con los convenios internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que precisa en su el inciso 1, del Artículo 4° lo siguiente:

---

<sup>76</sup> Medina nos dice al respecto que “La legislación sancionada con posterioridad viene a confirmar esta postura. En efecto, la ley 23.264 de filiación y patria potestad, en su artículo 264, establece que los deberes-derechos emergentes de la patria potestad tienen como punto de partida la concepción, sin requerir que ésta lo sea en el seno materno”. MEDINA, Graciela. “**Daños causados a los hijos en el marco de la fecundidad asistida**”. En: Daños en el derecho de familia. Rubinzal- Culzoni editores. Argentina: 2002, p. 359. Por su parte Perrino explica que “La legislación argentina reconoce expresamente que comienza la existencia de las personas desde el momento de la concepción sea que ésta ocurra en el seno materno o fuera de él y que desde ese instante se es persona y se tiene derecho a la vida y a nacer”. PERRINO, Jorge. “**La persona por nacer y su derecho a la vida en el Código Civil argentino**”. Ponencia presentada al 1º Congreso Provincial de Ciencias Jurídicas, desarrollada en La Plata- Argentina, los días 13 y 14 de septiembre de 2007.

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción...”.

Esta cláusula, por otra parte, debe concordarse con el artículo 1° del mismo instrumento internacional, cuyo inciso 2 ha establecido, previamente, que: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. Pues bien, auscultadas dichas normas por su contenido, no cabe duda, que el atributo existencial del concebido, aparece como un postulado incuestionable. Puede decirse que en ese aspecto y en líneas generales, coinciden, sin duda, todos y cada uno de los dispositivos en mención<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Creemos necesario indicar que Saenz Dávalos cita una opinión del Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la que “... al conocer de un caso en que se cuestionaba la legislación de un Estado por la que se legalizaba el aborto ha opinado que ‘El criterio según el cual la vida humana debe ser protegida a partir de la concepción no está implícito en la Declaración Americana, siendo obligatorio, entonces, únicamente para los Estados partes de la Convención Americana’”.

SAENZ DÁVALOS, Luis. “**El derecho a la vida y la interrupción voluntaria del embarazo**”. En: Revista Jurídica del Perú. Editora Normas Legales. Trujillo: 2001, N° 29, p. 7.

Mientras que en el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos ésta en el caso Vo vs. Francia optó, en tanto este debate no había sido zanjado en la mayoría de los Estados partes y que no existía consenso en Europa con respecto al comienzo a la vida, porque la definición de dicho momento cae dentro del margen de apreciación del Estado; y posteriormente afirmó que: “... la Corte está convencida que, tal como están las cosas, no resulta deseable ni posible siquiera responder de manera abstracta la pregunta de si el niño no-nato es persona para efectos del artículo 2 del Convenio (“*personne*” en el texto francés). En el presente caso considera innecesario examinar si es que el término repentino del embarazo de la postulante cae dentro de la esfera del artículo 2 dado que, aun si la disposición fuera aplicable, el Estado parte cumplió con las exigencias relativas a la preservación de la vida en el ámbito de la salud pública”.

PALACIOS ZULOAGA, Patricia. “**La Aplicabilidad del Derecho a la Vida al Embrión o Feto en la Jurisprudencia Internacional durante 2004**”. En: Anuario de Derechos Humanos 2005. Universidad de Chile. Chile: 2006, p. 77.



Otra jurisdicción en donde se adopta la posición de que el inicio de la vida se produce con la concepción es el caso de la Confederación Helvética, en donde, vía la reforma de la Constitución suiza de 1999, se dispuso en su artículo 119.c que “Las técnicas de procreación asistida puede ser aplicadas sólo para suplir problemas de infertilidad o para evitar la transmisibilidad de enfermedades de mal grave o hereditarias, no pueden ser utilizadas para predeterminar las características del concebido o para fines de investigación; la fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer es permitida sólo por las condiciones establecidas por la ley; fuera del cuerpo de la mujer puede permitirse el desarrollo del embrión sólo si el ovocito humano es transplantado [...] a la mujer inmediatamente”.

Además en ese mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia internacional, véase por ejemplo el caso chileno en donde en el fallo Carabantes/Cárcamo, que se trataba de un caso en el que la amenaza al derecho a vivir y nacer se daba aquí por la negativa de sus padres a transfundir sangre en la criatura, la cual podía necesitarla al nacer como terapia por problemas que sobrevinieran en razón de incompatibilidades sanguíneas. Esa negativa se fundamentaba en creencias religiosas de dichos padres. En este caso, es el Director del Servicio de Salud en cuyo

hospital se presentaba la situación quien recurre al tribunal para que sea éste quien dirima esa disyuntiva, para así, de acogerse la protección, actuar el personal médico amparado por una decisión de la justicia y evitar, consiguientemente, posibles responsabilidades de sobrepasar la voluntad del paciente. El tribunal ampara al médico autorizándolo “para que se adopten todas las medidas que tiendan a preservar y resguardar la vida del que está por nacer y su madre”, y con gran amplitud puesto que se señala “en caso necesario y de peligro de muerte o complicación grave”. Y lo hace como medida previa al conocimiento del recurso<sup>78</sup>.

Otro caso en el país del sur se trata del fallo Aída Monje/ Isapre Promepart, aquí la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección deducido por una profesora de Estado en contra de la institución de salud previsional correspondiente por haber devuelto sin tramitar una licencia médica, con la consecuencia de privarla del pago del subsidio de maternidad, lo que según la recurrente vulneraba la garantía reglada en el artículo 19 n° 1, esto es, el derecho a su integridad física y psíquica y a la vida de su hijo por nacer. La Corte sentenció que “en presencia de ambos derechos, con origen en una fuente común, y en íntima relación, el legislador privilegia la vida del

---

<sup>78</sup> Ambos casos han sido extraídos del trabajo de Gallardo Maldonado, *op. cit.* pp. 27-28.

que está por nacer sobre el derecho a la salud que le asiste a su madre, la recurrente, al cual desplaza”. La Corte fue de opinión que la falta de percepción del subsidio afectó la salud de la madre, porque la alimentación se hizo deficitaria y porque la incertidumbre la afectó en lo psíquico, no pudiendo guardar el reposo indicado, lesionando “principalmente el derecho a la vida del nuevo ser ya concebido, expuesto a grave peligro, por hallarse condicionado en su desarrollo en el claustro materno a las circunstancias externas que afecten al organismo de su madre”<sup>79</sup>.

Por otro parte existe un fallo de la Corte Suprema chilena del 30 de agosto de 2001, en el cual se pronuncia sobre un recurso de protección relativo a la píldora del día después, en el cual este Tribunal debe pronunciarse sobre el momento en que se inicia la vida de la persona humana. En sus considerandos expresó: "Nuestra Carta Fundamental y el Pacto de San José de Costa Rica, imponen a la Ley la protección de la vida del que está por nacer, principio ya consagrado en el artículo 75 del Código Civil; y tanto este cuerpo legal, artículo 76, como en la Convención citada, en su artículo 4 N° 1, fijan el inicio de la vida desde la época de la concepción”<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Corte de Apelaciones de Santiago. Rec. Prot. Aída Monje /Isapre Promepart 1982).

<sup>80</sup> Fallo Corte Suprema del 30 de agosto de 2001 en: <http://www.lexisnexli.cl>

Pero el caso que nos merece mayor atención es la situación costarricense en donde se ha llegado a prohibir la fecundación *in vitro* por cuanto ésta técnica vulnera el derecho a la vida de los embriones. Veamos al respecto el caso: el 3 de febrero de 1995 fue firmado un Decreto Presidencial en Costa Rica, con el número 24029-S, que autorizaba la práctica de la fecundación *in vitro* en ese país, y regulaba su ejercicio. Ahora bien, dicho dispositivo disponía que este tipo de fecundación solamente se podía aplicar a matrimonios; prohibía la inseminación de más de seis óvulos y disponía que todos los embriones debían ser depositados en el útero materno, estando prohibido el congelamiento, preservación o descarte de embriones.

Tal dispositivo mereció el pronunciamiento, el 15 de marzo de 2000, de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, a través de la sentencia número 2000.02306, en una acción de inconstitucionalidad, anulando el Decreto Presidencial 24049-S por considerar inconstitucional la práctica de la fecundación *in vitro* en el país tal como la regulaba ese instrumento jurídico. La Sala Constitucional fundamentó su decisión en el hecho de que la técnica de la fecundación *in vitro*, tal como era practicada en la época, implicaba una elevada pérdida de embriones, directamente causada por la manipulación consciente y voluntaria de células reproductoras.

Como se ve claramente se reconoce que la vida humana se inicia con la concepción<sup>81</sup>.

Ahora bien, la época de la concepción desde una perspectiva jurídica no está definida de manera explícita en norma alguna por nuestra legislación, sin embargo se puede establecer jurídicamente que la concepción se produce dentro de los primeros ciento veintidós días de los trescientos anteriores al parto, por inferencia del Art. 361° y los incisos 1 y 2 del artículo 363° de nuestro Código Civil<sup>82</sup>.

Las bases de sustento de la normatividad tradicional (Art. 1°<sup>83</sup>, 2°, 361° y 362° del C.C. peruano) tiene vigencia para la fecundación y concepción natural dentro del claustro materno en sus diversas variantes (concebido, persona y presunciones en favor del *conceptus*, etc.). Sin embargo a consideración de algunos autores en relación a

---

<sup>81</sup> Al respecto Palacios Zuloaga nos dice que “La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos [...] En términos prácticos, la sentencia de la Sala Constitucional terminó por prohibir la práctica de la fecundación *in vitro*, dejando a los petitionarios sin la posibilidad de recurrir a esta forma de reproducción asistida dentro de Costa Rica”.

PALACIOS ZULOAGA, *op, cit*, p. 78.

Cabe agregar que en contra de la sentencia Suprema Corte de Justicia de Costa Rica se ha iniciado un proceso en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en mismo que hasta la fecha se encuentra en trámite, quienes han iniciado tal proceso argumentan que dicha decisión vulnera sus derechos.

<sup>82</sup> Ocurrido el hecho jurídico del nacimiento y hasta la muerte, el concebido deja de llamarse como tal, para llamarlo persona, un sujeto de derecho digno de protección jurídica.

<sup>83</sup> El Art. 1 de nuestro Código Civil al indicar que “...La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”, recoge la antigua fórmula romana *conceptus pro iam nato habetur*.

la fecundación extra-corporea como Santos Cifuentes<sup>84</sup> sostiene "Pero el método extracorporal engarza en un panorama que no permite siquiera la comparación tanto para fijar el comienzo de su personalidad como su formación y vicisitudes"; esto es que en éstas situaciones son suficientes y de utilidad para determinar quien concibió al niño a través del vínculo sexual, sin embargo las técnicas de reproducción asistida trastocan el principio señalado de dos maneras.

- a) De que la simple unión del espermatozoide y el óvulo no sea propiamente el inicio de la existencia de un ser humano.
- b) De que el principio señalado no resulta relevante ni determinante para la determinación de la paternidad, cuando se da la práctica de métodos de reproducción humana asistida.

Marcial Rubio Correa<sup>85</sup> afirma:

"Todas estas circunstancias hacen necesario revisar si es que una definición tan sencilla como "la vida humana comienza al fusionarse espermatozoide y óvulo" resulta correcta y adecuada en las actuales circunstancias para la reproducción humana. Desde luego esta

---

<sup>84</sup> CIFUENTES, Santos. **El Derecho Civil de Nuestro Tiempo**. Gaceta Jurídica editores. Lima: 1995, p. 56.

<sup>85</sup> RUBIO CORREA, *op. cit.*, pp. 23-24.

discusión es también importante para determinar si se puede destruir el cigoto hasta algún determinado momento sin quitar la vida humana...".

**En razón de lo expuesto consideramos que, como regla, no debe permitirse la experimentación con embriones —por eso el artículo 7 de la Ley General de Salud prohíbe la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación, de esta forma se está prohibiendo la investigación en embriones porque no se puede generar éstos sin óvulos—, la manipulación genética de embriones, la donación de seres humanos en todas sus formas y cualquier otra práctica que transforme al embrión en un objeto “de” o “para”.**

De aquella conclusión se deriva, necesariamente, que la ley contemple que en la práctica de las técnicas de fecundación *in vitro* no puedan generarse más embriones de los que se van a transferir al útero de la madre.

El tema de la criopreservación de embriones sobrantes de una fecundación *in vitro* genera cuestiones que en el estado actual de la ciencia no pueden resolverse.

Por ejemplo: Los casos, no tan poco comunes, de parejas en las que superada una causa de infertilidad mediante esa técnica de fecundación luego la mujer queda espontáneamente embarazada. Ya no necesita de esos embriones congelados para lograr un embarazo, pero ellos siguen ahí.

Entonces, en relación al derecho a la vida, reiteramos que compartimos la posición de Moro Almaraz<sup>86</sup> que considera:

"... que nadie impide, a pesar de las diferencias de ubicación y desarrollo, la semejanza del embrión *in vitro* con el *nasciturus* en orden a los efectos que el Código Civil atribuye a la concepción dependiendo del nacimiento, el contenido o alcance de estos se identifica con la que se ha venido estableciendo clásica o modernamente respecto al concebido".

Claro que no debemos olvidar que "Si admitimos que el proceso existencial comprende o unifica, tanto a quien nació como al que está por nacer, hay que precisar, sin embargo, que ello tampoco significa ni debe entenderse como que ambas situaciones sean exactamente iguales. En realidad, tanto la primera como la segunda hipótesis se encuentran primariamente diferenciadas por la naturaleza, ya que mientras la vida de la persona es independiente o

---

<sup>86</sup> MORO ALMARAZ, M. Jesús. **Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial**. Librería Bosch. España: 1988, p. 150.



autónoma de cualquier otra presencia vivencial y, por ende, es absoluta dentro de su propio desarrollo, la vida del concebido es, a la inversa, orgánicamente indesligable o inseparable de la vida de la madre”<sup>87</sup>.

## **B) El derecho a la vida y los embriones supernumerarios:**

El problema fundamental derivado de la fecundación *in vitro*, sea ésta homóloga o heteróloga, es el correspondiente a los embriones “supernumerarios” o crioconservados<sup>88</sup>. Como se sabe la utilización de la reproducción *in vitro* implica necesariamente la “producción” de embriones sobrante o residuales<sup>89</sup>. Y es que, como explica Raffo Magnasco, “por la circunstancia de que el procedimiento empleado consista en la fecundación de ‘varios óvulos’ para luego ‘elegir’ e implantar en el seno materno, el embrión que demostrase ‘mayor viabilidad’, [esto es] se adopta un ‘método selectivo’ después de

---

<sup>87</sup> Tal vez una de las principales manifestaciones de dicho tratamiento diferencial sea la de considerar que mientras el nacido tiene y mantiene su personalidad jurídica, siendo además destinatario tanto de las situaciones favorables como de aquellas desfavorables que sobre aquél recaigan, el que está por nacer, en cambio, carece en absoluto de personalidad jurídica y, por el contrario, solo resulta beneficiario cuando determinadas situaciones, en efecto, le favorecen.  
SAENZ DÁVALOS, *op. cit.*, p. 4.

<sup>88</sup> Estos embriones se encuentran congelados y almacenados a la espera de su implantación en el útero materno. Momberg Uribe nos explica que para 1996 ya existían, en los Estados Unidos, 100 mil de esos embriones crioconservados.  
MOMBERG URIBE, Rodrigo. “**El problema de los embriones criopreservados. Análisis de la Jurisprudencia y Doctrina de los EE.UU.**”. En: Revista de Derecho. Universidad de Valdivia. Chile: 2001, vol. XII, N° 2, p. 199.

<sup>89</sup> Para realizar la fecundación extrauterina, la ovulación de la mujer se incrementa en forma farmacológica, a fin de conseguir más embriones, y de ese modo aumentar las posibilidades de éxito. En la etapa inmediatamente subsiguiente a la fecundación, con criterio eugenésico, se seleccionan los “mejores” embriones, y se implantan tres o cuatro. A ello se agrega la intención de “optimizar” el procedimiento, para que la mujer no tenga que tomar las drogas nuevamente, con sus importantes riesgos y efectos secundarios, y también por razones económicas.  
RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. “**La tutela de los embriones congelados**”. En: Suplemento de la Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Argentina: noviembre de 2005, N° 46, p. 5.

crear conscientemente 'varias vidas humanas', eligiendo indiscriminadamente la más dotada, para luego proceder a la destrucción de las demás"<sup>90</sup>.

Las razones que justifican la transferencia de varios embriones congelados-descongelados, se centran en evitar que la mujer tenga que volver hacer el tratamiento de estimulación ni tampoco el de aspiración de los ovocitos, además de que se logra reducir significativamente los costos de diversa índole que comprometen estas técnicas<sup>91</sup>

Ahora bien ¿cuál es el destino que se le debe dar a estos embriones?. Para dar una respuesta a esta pregunta revisemos lo que indica la doctrina y jurisprudencia comparada.

Veamos el caso norteamericano. Los fallos de los tribunales norteamericanos han sido uniformes en cuanto a su resultado, esto es, la prevalencia de la parte contraria a la implantación de los embriones, así el punto de partida de la jurisprudencia norteamericana a este respecto es la decisión de la Corte Suprema de Tennessee en Davis v. Davis. El litigio en este caso se centró en siete embriones criopreservados como resultado de los reiterados

---

<sup>90</sup> Raffo Magnasco, citado por CÁRDENAS QUIRÓS, *op. cit.*, p. 201.

<sup>91</sup> ARRIBERE, Roberto. "**Improcedencia e inconveniencia de la designación de un tutor especial a los preembriones criopreservados**". En: Suplemento de la Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Argentina: noviembre de 2005, N° 46, p. 14.

esfuerzos del matrimonio Davis por concebir un hijo. En el procedimiento de divorcio, la mujer originalmente solicitó que los embriones fueran implantados en su útero. Sin embargo, luego de contraer matrimonio por segunda vez, su petición varió en el sentido de que los embriones fueran donados a una pareja infértil. Por su parte, el marido se oponía a tal implantación o donación, solicitando que los embriones fueran destruidos. En su resolución la Corte Suprema de Tennessee estableció tres criterios que debían tenerse en cuenta para resolver este tipo de litigios.

Primero, debía estarse a las preferencias de los progenitores. Tal como lo ha señalado la doctrina norteamericana, este criterio es difícilmente aplicable, ya que si las partes han iniciado una acción legal para resolver el destino de los embriones es porque no existe consenso entre ellas. En segundo lugar, a falta de consenso actual entre los progenitores, los acuerdos anteriores entre las partes relativos al destino de los embriones deben tenerse como válidos y exigibles<sup>92</sup>. Por último, en ausencia de acuerdo previo, debían tomarse en cuenta 'los intereses relativos de las partes en cuanto al uso o no uso de los embriones'. En este sentido, los intereses de la parte contraria a la implantación deberían prevalecer, mientras la otra parte tenga 'una razonable posibilidad de tener descendencia

---

<sup>92</sup> Es importante señalar que entre los Davis no existía acuerdo previo alguno, y sin embargo la Corte Suprema de Tennessee estimó conveniente sentar como principio el precedente de que los acuerdos previos entre las partes en esta materia deben presumirse válidos. Para mayores detalles revítese a MOMBORG URIBE, *op. cit.*

por medios diversos al uso de los embriones en cuestión', incluyendo la adopción. Si no existiese otra alternativa para dicha parte, los argumentos a favor de la implantación podrían ser considerados. Sin embargo, si una de las partes sólo desea el control de los embriones para efectos de donarlos a otra pareja infértil, la posición de la parte contraria a la implantación es la que debe prevalecer<sup>93</sup>.

**Tales circunstancias se presentan en nuestra realidad tal como queda comprobado con el relato que se hace del caso Sequieros-Álvarez en donde "De los once óvulos que se obtuvieron con la estimulación ovárica, solo cuatro alcanzaron condiciones para ser implantados en el útero de Roxana. Si no se hubiera logrado el embarazo en el primer intento, la pareja habría tenido que empezar todo de nuevo, con el costo emocional y económico que**

---

<sup>93</sup> El segundo caso en que un tribunal norteamericano debió pronunciarse acerca del destino de embriones criopreservados fue *Kass v. Kass*. En este caso, la Corte de Apelaciones de Nueva York (el tribunal superior de dicho estado) mantuvo el precedente sentado por *Davis* señalando que los acuerdos previos relativos al destino de los embriones criopreservados deben presumirse válidos y exigibles. A diferencia de *Davis*, los *Kass* habían suscrito una serie de documentos (requeridos por la clínica tratante) relativos a futuras disputas sobre los embriones criopreservados. Si bien estos documentos eran inconsistentes y ambiguos, la Corte los tuvo como demostrativos de una clara intención de las partes en el sentido de donar los embriones para investigación científica en el caso de divorcio.

La Corte sostuvo que la mujer no podía invocar su derecho a la integridad física o a la privacidad en el caso de disputas relativas a embriones criopreservados. Además, el fallo señalaba expresamente que los embriones no podían ser considerados personas en un sentido constitucional, por lo que no podía invocarse su protección bajo dicho fundamento. Por último, la Corte sostuvo que 'los acuerdos entre progenitores o donantes de gametos, relativos a la disposición de sus embriones deben ser generalmente presumidos como válidos, obligatorios y exigibles ante cualquier disputa que surja entre ellos'.

MOMBERG URIBE, *ídem*.

implicaba. Y de haberse obtenido más embriones, mantenerlos congelados les representaría 200 dólares mensuales”<sup>94</sup>.

Ahora bien, en relación a la reproducción asistida (fecundación extracorporea), consideramos, que la vida humana debe ser protegida desde la concepción y -tal como ya hemos indicado- no sólo desde que el producto de la concepción se implante en el útero, pues, la eliminación de los llamados “embriones supernumerarios” comporta vulnerar la vida humana y su dignidad<sup>95</sup>.

Rubio Correa señala al respecto:

"... las intervenciones en los embriones son lícitas al respetar la vida y la integridad, al disminuir los riesgos, al mejorar su calidad de vida. La investigación deberá asegurar que no se cause daño alguno a la vida y a la integridad del embrión y de la madre y deberá haber autorización de los padres"<sup>96</sup>.

En ese orden de ideas la normativa que se ha de proponer, en nuestro país al respecto no puede considerar sino, como única,

---

<sup>94</sup> RED DE PERIODISTAS Y DIVULGADORES CIENTÍFICOS. “Hospital público facilita acceso a la reproducción asistida”. Lima: 19 de octubre de 2006, disponible en: <http://www.concytec.gob.pe/redperiodistaspe>

<sup>95</sup> Esta es la razón por la cual la Congregación para la Doctrina y la Fe de la Iglesia Católica y para cierto sector científico no es aceptable la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones.

<sup>96</sup> RUBIO CORREA, Marcial. **Reproducción Humana Asistida y Derecho. Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio**. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1996, p. 185.

opción la crioconservación de los gametos tanto masculinos como femeninos<sup>97</sup>.

- **España:**

En este país se dispuso en la ley N° 14/2006 que “1. El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede. 2. La utilización de ovocitos y tejido ovárico crioconservados requerirá previa autorización de la autoridad sanitaria correspondiente. 3. Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello. La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la

---

<sup>97</sup> Esto a pesar de los detractores de la crioconservación quienes indican que “un 30% de los embriones u ovocitos pronucleados crio-preservados muere”, además de afirmar que “congelar embriones resulta en una disminución significativa de su viabilidad y reducción de las tasas de embarazo. En nuestro propio programa, tenemos una tasa de concepción de entre 35 y 40%, en pacientes con buena prognosis. Tras la crio-preservación y descongelamiento de los embriones, las tasas bajan a menos del 10%. Además, un mayor porcentaje de los embriones no sobre-vive al congelamiento”. [Datos indicados por RABINOVICH-BERKMAN, *op. cit.*, p. 7, nota 15.]

Aunque existen testimonios en contra como el que ofrece Dobernig Gago, que da cuenta de un caso en el que se da a “conocer el nacimiento de un niño, concebido a través de esperma crioconservado por 21 años, ya que su padre estéril a causa de cáncer testicular, almacenó sus gametos en 1979. Este éxito de la ciencia ha sido declarado como un récord por haber logrado el mayor tiempo de congelación conocida”.

DOBERNIG GAGO, Mariana. “**La crioconservación y la donación de gametos como una alternativa de la infertilidad**”. En: *Jurídica. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. México: 2005, N° 34, pp. 447-459

receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida.

4. Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones criopreservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico criopreservados, son:

a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.

b) La donación con fines reproductivos.

c) La donación con fines de investigación.

d) El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos criopreservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.

5. La utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico criopreservados, para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones”.

- **Alemania:**

La ley alemana que prohíbe la extracción de más ovocitos de los necesarios, así como la fecundación de más de tres de ellos cada vez. Los ovocitos fecundados deben ser transferidos a la madre genética a fin de evitar el superplus de embriones mientras la criopreservación de embriones sólo se admite cuando es absolutamente necesario diferir la transferencia a la madre.

- **Italia:**

La ley italiana es más estricta porque en su artículo 14.1 prohíbe la criopreservación y la destrucción de embriones, y por eso “Las técnicas de producción de embriones (...) no deben crear un número de embriones superior al estrictamente necesario para una única y simultánea transferencia y que en ningún caso debe ser superior a tres”.

- **Francia:**

El código de salud pública de este país permite que la pareja que aplica la reproducción *in vitro* puede decidir intentar la fecundación de más de un ovocito y hacer conservar los embriones supernumerarios con el fin de ser utilizados en un plazo de 5 años [artículo 1 152-3 del Código de Salud Pública]. También se permite, excepcionalmente, que éstos puedan ser utilizados por otra pareja previa autorización judicial.



- **Argentina:**

En esta nación se produjo un hecho digno de destacar. Desde 1993, cuando se anunció el primer parto de niños crío-preservados en la Argentina, y los diarios comentaron la existencia de centenares de embriones congelados en la Ciudad de Buenos Aires; y dado que al esta establecido “que en nuestro ordenamiento legal y constitucional [es decir en Argentina, y cómo sucede en nuestro país] todo ser humano es persona, y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos y ante todo de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica”, y tras diversos avatares, en diciembre de 1999, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictó el fallo definitivo en el que expresamente se reconoció la personalidad desde el estadio de ovocito pronucleado. Por lo que la Cámara, tras requerir informes a diversas entidades médicas y biológicas, llenó, así, con los datos científicos, el sentido de la expresión concebido. En consecuencia, ordenó realizar “un censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados” crío-preservados, además de **“prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos -sea por parte de los dadores de los gametos, sea por parte de las instituciones profesionales actuantes-que implique su destrucción y**

**experimentación**". También que "toda disposición material o jurídica de esos embriones y ovocitos por parte de los dadores de los gametos o de las instituciones profesionales actuantes - excepción hecha de la implantación en la misma dadora de los gametos femeninos con consentimiento del dador de los gametos masculinos- se concrete con intervención del juez de la causa, quien deberá resolver en cada caso con la debida participación del Ministerio Público y de conformidad con los principios establecidos en este pronunciamiento". Pero la realidad no fue tan auspiciosa. Los criopreservadores se negaron a cumplir con el censo ordenado, aduciendo diversas razones<sup>98</sup>.

Ante semejante estado de cosas, el Defensor de Menores de Alzada solicitó la designación de un **tutor especial para todos los embriones y ovocitos pro-nucleados crío-preservados de Buenos Aires**, que obrase como apoyo del ministerio pupilar para el cumplimiento del fallo. La petición fue inmediatamente rechazada por algunas de las firmas criopreservadoras, por lo que su curso se demoró, y recién en noviembre del 2004, se le

---

<sup>98</sup> Uno, por ejemplo, sostuvo que el fallo "importa un avasallamiento de claras garantías constitucionales y una violación a expresas disposiciones internacionales", entre ellas: "libertad de trabajo, igualdad ante la ley, propiedad, debido proceso y defensa en juicio, derecho a la salud y respeto a la intimidad entre otros". Otro, invocó "las garantías constitucionales de la propiedad, igualdad ante la ley, debido proceso y defensa en juicio". Muchos esgrimieron el "deber de confidencialidad".

Para una detallada crónica de esta situación véase a ARRIBERE, Roberto. "**Improcedencia e inconveniencia de la designación de un tutor especial a los preembriones criopreservados**". En: Suplemento de la Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Argentina: noviembre de 2005, N° 46, pp. 12-23.

hizo lugar. Y se y solicitó medidas que fueron proveídas favorablemente: la intimación a los centros de crío-preservación para que respondiesen al censo directamente al tribunal, bajo apercibimiento de ser denunciados por el delito de desobediencia, e imponérseles astreintes<sup>99</sup>.

**C) El derecho a la integridad del embrión y las técnicas de reproducción humana asistida:**

El concebido tiene derecho a su integridad, esto es a la totalidad o unidad intacta que es propiamente el significado de la voz latina *integer* del cual proviene etimológicamente la palabra integridad.

Nuestra Constitución Política de 1993 expresa a través de su artículo 2, Inc. 1 que: "Toda persona tiene derecho a su integridad moral, psíquica y física..." consagrándose así el derecho a la integridad del ser humano.

Mientras que el Código Civil peruano acoge el derecho a la integridad a través del artículo 5º considerándolo como

---

<sup>99</sup> El tutor argentino de los gametos crioconservados indica que "La tutela de los embriones no tiene precedentes directos, pero se vincula, sin dudas, con la *cura ventris* romana, reiteradamente referida en el Digesto. El *curator ventris* era un ciudadano elegido por un 'magistrado del pueblo romano' (Digesto, 26, 5, 20), para velar por la salud, la vida y los intereses del niño en gestación y de la madre (Digesto, 37, 9, 1)". RABINOVICH-BERKMAN, *op. cit.*, p. 5.

irrenunciable, no susceptible de cesión y no pudiendo sufrir limitación voluntaria que su ejercicio<sup>100</sup>.

Por su parte Carlos Fernández Sessarego<sup>101</sup> considera que: "El derecho a la integridad física permite a la persona mantener la incolumidad de su cuerpo a fin de que, utilizándolo al máximo y en óptimas condiciones, pueda realizarse plenamente como ser libre. Al mencionarse a la integridad física debe entenderse que ella se refiere al cuerpo, es decir a la inescindible unidad psicosomática".

Y Varsi Rospigliosi<sup>102</sup> sostiene que: "Como derecho la integridad se determina en la protección de la estructura corporal (integridad física) psicología (integridad psíquica) y social (integral moral)".

Ahora bien, el, ya acotado, artículo 5 del C.C. que tutela la integridad psicosomática incide sobre aspectos que no han merecido la debida atención por parte de la doctrina nacional nos referimos así a la cesión de líquido seminal o de óvulos para la inseminación o la fecundación artificiales, los mismos que aplicados en situaciones

---

<sup>100</sup> El Código Civil no es el único cuerpo normativo en nuestro país que tutela el derecho a la integridad del concebido sino que el Código Penal en su artículo 124-B tipifica el delito de lesiones al concebido, siendo la conducta típica de dicho delito el "el causar daño en el cuerpo o en la salud [...] del concebido, sin describir o determinar cuál deba ser la entidad o intensidad de ese daño, lo que nos permite afirmar que, desde este punto de vista, la intensidad del daño no interesa a los efectos de la aplicación de este tipo penal, por cuanto lo único importante será demostrar que hubo una afectación de la salud del concebido para aplicar el artículo 124-A del Código Penal".

GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. "El nuevo delito de lesiones en el concebido". En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Lima: 2002, N° 103, pp. 74-75.

<sup>101</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, *op. cit.*, p. 42.

<sup>102</sup> VARSİ ROSPIGLIOSI, *op. cit.*, p. 109.

idóneas no han de producir una disminución permanente de la integridad física en tanto se trata de elementos susceptibles de regeneración.

Nuestra legislación al brindarle protección jurídica a este derecho fundamental e individual protege a la especie humana que como sujeto de derecho le corresponde a la persona y al concebido, protegiéndolo de cualquier acto perjudicial que atente su integridad psicosomática<sup>103</sup>.

Aunque en la doctrina encontramos posiciones como la de Banda quien nos dice que "...La duda que algunos plantean se centra en que, aceptando que se trata desde ese instante de una vida humana que ha iniciado su proceso de desarrollo, a ese nuevo ser en ciernes no se le atribuye la calidad de 'persona', por lo que, como consecuencia de ello, no sería en ese estadio de su evolución merecedor de todo el respeto y protección que el derecho asigna a la 'persona', y por ello no sería titular aun del derecho a la vida y a la

---

<sup>103</sup> Así se ha fallado, por ejemplo, en Italia, pues el Tribunal de Verona resolvió un caso en el cual se planteó el derecho del nacido a obtener el resarcimiento por las lesiones sufridas durante su vida fetal. La sentencia, dictada el 15-10-90, sostuvo que la discusión en doctrina y jurisprudencia acerca de la titularidad del derecho en cabeza del nacido pone en evidencia la discrepancia existente entre el arto 1º del Código Civil italiano, que claramente subordina la adquisición de su capacidad jurídica -para determinados y especiales efectos- al nacimiento con vida, y el Art. 2º de la Constitución, el cual confiere tutela a todo ser humano sin condicionamiento alguno. El tribunal estimó que, a fin de establecer si el *nasciturus* es titular del derecho al resarcimiento por el daño causado durante su gestación, ha de meritarse si el daño sufrido constituye un "daño injusto", concluyendo que, objetivamente, no puede negarse que el daño irrogado al *nasciturus* es contrario a derecho, siendo que el Art. 11 de la ley 194/1978 declara que la vida humana es tutelada desde su inicio. Por lo cual tratándose de un daño injusto resulta viable su resarcimiento, aclarando que la norma del Código Civil antes citada puede ser aplicada a casos diversos a los que la misma enumera.

integridad física que se le reconoce y asegura a todas las 'personas'. Se afirma que en esa etapa de su desarrollo solo sería una esperanza de vida y solo merecería la protección jurídica como una 'cosa' u 'objeto', mas no como una 'persona'<sup>104</sup>.

Claro que el grueso de la doctrina coincide con Medina pues considera que el "...embrión formado en el seno materno o fuera de él debe reconocérsele el derecho a la dignidad y a la salud e integridad; la violación del derecho a la salud ha de generar el consecuente resarcimiento"<sup>105</sup>.

En ese orden de ideas, entre éstos actos perjudiciales se puede considerar la posibilidad de:

- Que con la aplicación defectuosa por impericia o inidoneidad de las técnicas de reproducción asistida pueda concretarse un daño corporal o psíquico a la persona que puede dar lugar a la posibilidad de un resarcimiento económico por responsabilidad civil de parte del centro médico o clínica que intervino en la aplicación de dichas técnicas.

---

<sup>104</sup> BANDA VERGARA, Alfonso. **"Dignidad de la persona y reproducción humana asistida"**. En: Revista de Derecho. Universidad de Valdivia. Chile: 1998, Norma IX, p. 14.

<sup>105</sup> MEDINA, *op. cit.*, p. 360.

- El riesgo de dañar las estructuras biológicas del gameto masculino o femenino a la del propio embrión sea al lograr la fecundación o el implante, respectivamente.

Ahora bien, entre los numerosos daños que pueden originarse a raíz de la manipulación genética, y específicamente por el uso de técnicas de fecundación asistida, cabe mencionar los siguientes: la manipulación genética con el objeto de seleccionar ciertos rasgos de la prole —cuando son valorados como superiores por razones de diversa índole—, la realización de prácticas eugenésicas, los derivados de la clonación, de la octogénesis —esto es, la posibilidad de completar la formación del feto *in vitro*—, de la selección de sexo, los daños genéticos y por transmisión de enfermedades al concebido, las cuestiones atinentes a la determinación de la filiación en supuestos de inseminación artificial heteróloga, los planteas referidos a la maternidad subrogada, la dación de gametos y su anonimato, el congelamiento y la destrucción de embriones, los límites y licitud o ilicitud de recurrir a tales métodos, entre otras. Claro que siendo más precisos nos referimos a los diversos supuestos de daños generados al nacido, por cualquiera de los intervinientes en el proceso de procreación no natural o los hijos nacidos mediante las modernas técnicas de fertilización, siendo estos:

a.- La responsabilidad por daños a la salud del concebido, ya sea por la transmisión y/o causación de enfermedades, u otros derivados de la manipulación y/o experimentación con embriones humanos<sup>106</sup>.-

El panorama que se presenta en el ámbito de la reproducción humana asistida difiere radicalmente de los cuestionamientos que surgen frente a la eventual responsabilidad de los progenitores en el marco de la concepción natural, es que cuando los futuros padres acuden a las técnicas proporcionadas por la nueva genética deben extremar los recaudas a fin de evitar cualquier potencial daño a su prole, esto por cuanto la circunstancia de que quienes aporten el material genético -sea la propia pareja o un dador de gametos- conozcan o deban conocer la potencialidad de transmitir alguna tara o enfermedad grave a sus hijos, no obstante lo cual permiten la fecundación asistida, los hace responsables por tal acontecer<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> A guisa de ejemplo podemos indicar los estudios que cita França-Tarragó, quien advierte que “Recientemente, se han dado a conocer algunos estudios científicos en los que parece probarse una mayor incidencia de problemas cerebrales en los niños concebidos según las técnicas de fecundación *in vitro*. Dichos estudios parecen demostrar que los menores presentan estos problemas después de haber nacido y, en algunos casos, presentan desórdenes cerebrales severos que requieren tratamiento en centros especializados para niños discapacitados. De esta manera algunos científicos parecen haber encontrado epidemiológicamente que los niños concebidos por FIV tienen tres o cuatro más posibilidades de padecer algún tipo de parálisis cerebral que los niños nacidos con la reproducción natural. El riesgo de retardo mental, también se ha visto por dichos estudios que es entre dos y cuatro veces mayor en los niños inseminados artificialmente que en los concebidos normalmente”.

FRANÇA-TARRAGÓ, Omar. “**La reproducción asistida ante la ética y la ley**”. En: Bioética: compromiso de todos. Ediciones Trilce – Universidad de la república. Uruguay: 2003, p. 98.

<sup>107</sup> Sería irrazonable el empleo de técnicas de fertilización asistida con absoluta libertad, sin controles ni prevenciones, de modo que prevaleciera un derecho a procrear sin atender los intereses de la salud del futuro hijo, que no viene a este mundo como consecuencia del



b.- La eventual responsabilidad por la impugnación de la paternidad en la inseminación heteróloga.-

Esto es cuando el esposo promoviera una acción de impugnación de la paternidad cuestionamiento ulteriormente la paternidad o cuando exista la negativa a aceptar el hijo, por lo que surge el deber de resarcir los daños generados por tal accionar, tanto frente a la esposa como frente al hijo procreado<sup>108</sup>.

c.- los daños derivados del congelamiento de embriones.-

Toda vez que, a raíz del congelamiento al que sean sometidos los embriones, se irrogue un daño a la salud del hijo, éste podría accionar contra los diversos sujetos involucrados, considerando de aplicación al caso lo antes dicho sobre los daños a la salud en el marco de la fecundación asistida.

---

ejercicio de la libertad sexual de sus padres sino de un acto médico que se pudo y se debió evitar.

MEDINA, *op. cit.*, p. 371.

<sup>108</sup> Mayormente, se invoca como fundamento la doctrina de los "actos propios", sosteniéndose que la actitud del marido contraría sus actos atento al consentimiento que prestara con anterioridad. También se ha alegado en base al "abuso de derecho" como factor de atribución de responsabilidad, entendiendo que la conducta contraria a los propios actos implica un ejercicio abusivo del derecho, además de una violación al principio de buena fe.

Finalmente algunos consideran que también se puede alegar el daño moral o psíquico que pudiera sufrir el niño al enterarse cómo fue procreado<sup>109</sup>.

**De acuerdo a todo lo indicado, y en estricto respeto del derecho a la integridad aquí tratado en nuestro país está prohibida la investigación en embriones humanos que suponga una alteración en su constitución o en la información genética que contenga<sup>110</sup>.**

A continuación revisemos brevemente cómo es que se regula el derecho a la integridad de los embriones, o en todo caso preembriones, en la legislación de algunos países:

- **España:**

Partiendo desde lo indicado en el acápite anterior la ley 14/2006 prescribe que cualquier intervención en el preembrion sólo

---

<sup>109</sup> Al respecto se indica que es el mismo problema que se presenta con la adopción, por lo que los especialistas aconsejan en todos estos casos se informe al niño desde temprana edad acerca de su origen.

PIÑA, Roxana Gabriela. **“Las técnicas de fecundación asistida, ¿dieron lugar a la aparición de un nuevo sujeto de derechos? El embrión humano y su relación con bienes jurídicos dignos de protección penal”**. En: Revista Latinoamericana de Derecho. Rubinzal-Culzoni editores. México: 2004, año I, N° 2, p. 252.

<sup>110</sup> Bramont-Arias, respecto del Capítulo V, del Título XIV-A de Código Penal nacional [artículo 324], indica que “Con la incorporación del delito de manipulación genética, el Derecho Penal claramente limita sólo ciertas actividades vinculadas a la genética humana –como es la manipulación genética con fines de clonación de seres humanos–, por lo que quedan fuera del ámbito penal una serie de conductas como son: inseminación artificial, fecundación *in vitro*, transferencia de genes en células somáticas– sustitución de un gen defectuoso implantando para ello otro intacto en células corporales ya diferenciadas–, etc. Por lo tanto no se está prohibiendo las técnicas ni la experimentación científica en este terreno”.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. **“El delito de manipulación genética”**. En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Lima: 2002, p. 66.

podrá realizarse si es que se hace con fines terapéuticos—véase artículo 13 de la ley—, esto es, “con la finalidad de tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas” o fines de investigación, en el caso de las preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de de las técnicas de reproducción asistida y no tengan más de 14 días.

Para mayores precisiones se indica que la terapia que se realice en preembriones *in vitro* sólo se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos:

- Que la pareja o, en su caso, la mujer sola haya sido debidamente informada sobre los procedimientos, pruebas diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapia propuesta y las hayan aceptado previamente.
- Que se trate de patologías con un diagnóstico preciso, de pronóstico grave o muy grave, y que ofrezcan posibilidades razonables de mejoría o curación.
- Que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o de la raza.

- Que se realice en centros sanitarios autorizados y por equipos cualificados y dotados de los medios necesarios, conforme se determine mediante real decreto<sup>111</sup>.

- **Alemania**

En el caso alemán la Ley de protección de embriones dispone en su parágrafo 2.2) que será sancionado “quien produzca el desarrollo extracorporal de un embrión humano para fin distinto a la producción de un embarazo”, mientras que en el artículo 3 se prohíbe expresamente la selección del sexo.

Entonces en este país al prescribir que sólo se permite la creación de un embrión humano si este va a terminar en un embarazo se está proclamando la protección a su integridad, por que de lo contrario este no se podría desarrollar adecuadamente y evolucionar como un embarazo viable, asimismo se está vetando la posibilidad de permitir la investigación en el mismo.

- **Italia:**

En este país la ya mencionada ley N° 40 de 2004, en su artículo 13 prohíbe expresamente “cualquier experimentación con

---

<sup>111</sup> Además de todo lo indicado se requiere la aprobación de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

embriones humanos”, excepto, la “investigación clínica y experimental con embriones humanos sólo es admisible en la medida en que persiga una finalidad exclusivamente terapéutica y diagnóstica dirigida a la tutela de la salud y del desarrollo del embrión mismo, y siempre que no existan metodologías alternativas”, es decir, se está tutelando su integridad, es más como ya se indicó anteriormente, se prohíbe la destrucción de embriones.

- **Francia:**

En esta nación es la Ley n° 94-654, relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal, por la que se modifican determinados preceptos del Código de la Sanidad Pública afectando a la regulación sobre trasplante de órganos, a las técnicas de reproducción asistida y al diagnóstico prenatal.

En ese sentido, en el artículo 16.4 del Código Civil, se prohíbe todo atentado a la integridad de la “especie humana”, en particular, las prácticas eugenésicas tendentes a la organización de la selección de personas y la transformación de los caracteres genéticos con el propósito de modificar la descendencia, sin

perjuicio de las investigaciones que tengan por finalidad la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas. Por lo tanto, se prohíbe el eugenismo colectivo, y la terapia genética en línea germinal.

Con el propósito de mantener la vigencia del principio de respeto al ser humano desde el comienzo de la vida, la utilización de embriones o fetos humanos vivos debe ser limitada a aquellas intervenciones realizadas en su propio interés. En este sentido se dispone que el embrión humano no puede ser concebido ni utilizado para fines comerciales o industriales.

No se puede proceder a la concepción *in vitro* de embriones humanos con finalidades de investigación o experimentación, quedando prohibida toda práctica realizada sobre el embrión con estas motivaciones. Excepcionalmente, la pareja de la que procede el embrión puede consentir por escrito, que se lleven a cabo estudios sobre el embrión. Estos estudios deben perseguir una finalidad médica terapéutica y no pueden suponer un atentado para la integridad del embrión.

- **México:**

En tierras aztecas el Reglamento de la Ley General de Salud dispone en sus artículos 52 y 55 respectivamente que “Los fetos serán sujetos de investigación solamente si las técnicas y medios utilizados proporcionan la máxima seguridad para ellos y la embarazada”, y que “Las investigaciones con embriones, óbitos, fetos, nacimientos muertos, materia fetal macerada, células, tejidos y órganos extraídos de éstos, serán realizadas de acuerdo a lo dispuesto en el Título Décimo Cuarto de la Ley y en este Reglamento”.

Ahora bien, el extenso capítulo Décimo cuarto dispone entre otras normas los requisitos de los centros de salud en los que se realizarán las extracciones, los trasplantes e investigación sobre los diferentes componentes humanos, los requisitos para la realización de las donaciones, trasplantes, etc., así como las condiciones para la manifestación del consentimiento necesario, en fin, respecto de la investigación en embriones humanos sólo será permitida por razones terapéuticas.

- **Argentina:**

El Código Civil vigente explícitamente no indica cuales son los derechos de las personas por nacer, como es que denomina a los embriones, pues esta norma considera —como se indicó oportunamente— que la vida humana comienza con la

concepción, aunque su artículo 70 dispone que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”.

Mientras que el proyecto de Código Civil de 1998 en su artículo 111, prohíbe “las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos. Ninguna modificación puede ser realizada a los caracteres genéticos con la finalidad de alterar los caracteres de la descendencia de la persona, salvo que tenga por objeto exclusivo evitar la transmisión de enfermedades o la predisposición a ellas.

**Es prohibida toda práctica que afecte la integridad de la especie humana,** o que de cualquier modo tienda a la selección de las personas, o la modificación de la descendencia mediante la transformación de los caracteres [*sic*] genéticos. Quedan a salvo las investigaciones que tiendan a la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas”<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> Negritas añadidas.



**D) Derecho a la libertad y las técnicas de reproducción humana asistida:**

El ser humano por su propia naturaleza existencial es un ser libre, la libertad es una facultad inherente que la asiste a la naturaleza existencial del ser humano, que como hombre lo conduce a obrar de una u otra manera o dejar de obrar; siendo responsable de su accionar (de sus actos)<sup>113</sup>.

Desde la perspectiva jurídica, y de manera objetiva, el derecho a la libertad está íntimamente vinculado al derecho a la vida; vinculándose con los derechos que tiene el hombre de auto determinación y de decidir libremente.

Dentro de éste derecho a decidir libremente resulta importante destacar el derecho de la persona a la disposición del propio cuerpo para la admisión y la práctica sin limitaciones de las técnicas de reproducción humana, enmarcadas y delimitadas obviamente dentro de la regla positiva que señala. "Todo le está permitido al hombre, respecto a sí mismo, excepto lo que está expresamente prohibido por el derecho". En el caso de nuestra legislación está prohibición está establecida en el Art. 6 del Código Civil que expresamente señala: "Los actos de disposición del propio cuerpo

---

<sup>113</sup> Cuando hablamos de la libertad no podemos olvidar aquellas palabras de Montesquieu quien no dice que "no hay una palabra que haya recibido significaciones tan diferentes y que haya conmocionado los espíritus de tantas maneras como la palabra 'libertad", refiriéndose a la extrema dificultad que supone intentar definir a la libertad.

están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o las buenas costumbres...".

Sin embargo el mismo artículo acotado *in fine* establece "Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico, quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios...".

Ahora bien, en relación a nuestro tema, el derecho a la libertad se relaciona con las técnicas de reproducción humana asistida en los siguientes puntos<sup>114</sup>:

- El sometimiento o no a las TERAS a las mujeres solas.
- La donación de gametos.
- El consentimiento de la pareja en la aplicación de las TERAS en matrimonios o concubinatos.

**a El sometimiento o no a las TERAS a las mujeres solas:**

Los argumentos jurídicos que fundamentan la posibilidad de acceso a esta técnica de reproducción humana son muchos, como

---

<sup>114</sup> La enumeración propuesta no pretende abarcar todas las vinculaciones que se dan entre un derecho tan amplio como el de la libertad con la utilización de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, sino que se limita a indicar las principales, pues las relacionadas con la libertad de contratación y la maternidad subrogada, por ejemplo, será abordada más adelante.

también los son los que se oponen. Dentro de los primeros un buen sector de la doctrina considera como un argumento sólido el derecho a procrear como parte del derecho fundamental de la vida<sup>115</sup>, entendiéndose por ende también como derecho a generar a dar vida; así textos de orden internacional al parecer consideran como indisociable al derecho a fundar una familia con el derecho a dar vida como el Pacto de las Naciones Unidas, la Convención Americana, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, etc.

Cabe destacar también que abona en favor de la realización de ésta práctica el derecho a la maternidad que tiene la mujer, sin discriminación por su procedencia, ello se encuentra plasmado por ejemplo en la Declaración de la O.N.U. (artículo 102) del 07 de noviembre de 1967. Dentro de otros argumentos sólidos en pro de esta práctica tenemos: el desarrollo a la salud en la eventualidad de que la mujer sea estéril, el derecho a la libertad, el derecho a la intimidad, en otros<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> Se ha discutido esta materia en casi todos los países europeos, y así el Consejo de Europa, en consulta efectuada a la Comisión Europea de Derechos del Hombre en cuanto a la existencia o no de un derecho a procrear, obtuvo como respuesta que el reconocimiento del derecho a la vida "debe ser interpretado en sentido pasivo: como una protección contra cualquier atentado contra la vida humana y no como un derecho active a crear vida"  
Sobre la extensión y límites de los derechos sexuales y reproductivos, revítese el trabajo de TURNER SAELZER, Susan. "**Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilización y procreación asistida**". En: Revista de Derecho. Universidad de Valdivia. Chile: 2001, Vol. XII, N° 2, pp. 206-216.

<sup>116</sup> Aunque existe otro sector de la doctrina que nos dice que "...en las Declaraciones de Derechos Humanos no encontramos un reconocimiento mas o menos explícito de este derecho a la procreación; así, a modo de ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de

Sin embargo, particularmente consideramos que encontrando amparo en nuestra Carta Magna son 2 los principios constitucionales que viabilizan el derecho de la mujer soltera a ser inseminada artificialmente, estos son: el principio de igualdad y no discriminación de las personas consagradas en el artículo 2º inciso 2 de la Constitución Política del Perú de 1993 y el otro principio el de libre desarrollo de personalidad que lo encontramos en el Art. 2º Inciso 1 de nuestra Constitución Política vigente<sup>117</sup>. Así J. A. Robertson esta de acuerdo -para el caso norteamericano- “en incluir dentro del derecho del matrimonio a procrear y el de hacerlo por los medios necesarios

---

1948 se establece que ‘los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio’ [Art. 16.1]. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 señala que ‘se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello’ [Art. 23.2]. En este mismo orden de ideas el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 también se refiere en su texto a la familia y su protección, pero no contiene ninguna disposición referente al derecho a la procreación [Art. 10]. Disposiciones similares hallamos en el llamado Pacto de San José de Costa Rica de 1969 [Art. 17.2]. Como se puede apreciar, en las citadas Declaraciones de Derechos Humanos se hace solo referencia al derecho que tienen las personas a fundar una familia y la protección de esta como ‘el elemento natural y fundamental de la sociedad’ que debe “ser protegida por la sociedad y el Estado’ “.

<sup>117</sup> El derecho a la procreación, según un sector de la doctrina, encuentra su fundamento en el derecho a la libre regulación de la vida privada, en el derecho al desarrollo de la personalidad, por lo que el interés de procrear recibiría una tutela del ordenamiento jurídico y sería un derecho que no se relaciona con la familia, sino que con la persona, de modo que, como derecho derivado de la libertad personal, implicaría que toda mujer podría ser eventualmente usuaria de las técnicas de reproducción asistida y consecuentemente con ello dichos procedimientos no estarían reservados solamente a las parejas matrimoniales infértiles y no necesariamente se trataría entonces de tratamiento terapéutico para enfrentar la esterilidad. En este sentido, en algunos países como en Estados Unidos se entiende que “existe un derecho constitucional que protege los derechos individuales a la procreación y a la crianza de los hijos, fundamentado en el derecho a la intimidad y a la vida privada.

para obtener la procreación, sea a través de donantes o de maternidad subrogada"<sup>118</sup>.

En ese sentido como un derecho que tendrá por finalidad lograr la perpetuación de la especie humana. Así acotado, este sería el llamado derecho a la procreación, pero ello no puede llevarnos a la conclusión de que su ejercicio pueda ser irrestricto, pues siempre será necesario tener presente las normas legales que regulan el ejercicio de la sexualidad (no es un derecho absoluto) y, desde luego, que también debemos considerar las normas morales fundamentales a las que el ser humano se adhiere. Así debería entenderse solamente el posible derecho a la procreación, como aquel cuyo ejercicio es expresión de la sexualidad de la pareja humana con el fin de perpetuar la especie humana"<sup>119</sup>.

Dentro de los argumentos que cuestionan la realización de esta práctica los más significativos son: que podría generarse una

---

<sup>118</sup> En suma, precisando este concepto de la libertad procreadora, se ha establecido que "el derecho a la procreación es muy simplemente el derecho a tener hijos naturales, a través de las relaciones sexuales o por inseminación artificial"  
ROBERTSON, J.A. "*Procreative liberty, embryo and collaborative reproduction*", ponencia presentada a Coloquium de Derecho Comparado en Cambridge, 1987, p. 1, citado por Maricruz Gómez de la Torre en ob. cit., pp. 38 y 39.

<sup>119</sup> Los hijos no existen exclusivamente para dar satisfacción al deseo de ser padre o madre. Debe resguardarse el futuro de ese hijo, que únicamente podrá desarrollarse en plenitud en el seno de una familia, entendida en el sentido antes apuntado. Lo expresado conduce, inevitablemente, a negar tales métodos de procreación a homosexuales, parejas inestables, personas solas o individuos que padezcan desviaciones de conducta incompatibles con la crianza, formación moral y desarrollo de los hijos.

nueva familia matrilinear frente a ello se entiende este hecho como una excepción a la regla que no comporta un riesgo social; otro argumento de peso a tener en cuenta es el de considerar el interés superior del hijo traducido como el derecho a tener un padre y una madre<sup>120</sup>; sin embargo hoy en día, en una sociedad moderna como la nuestra es menester pensar en lo frecuente de niños carentes de la protección paternal que no cuentan con un padre y que se equipara por ende al nacido por ésta practica<sup>121</sup>, desde luego éste hecho no es una justificación absoluta, pues hay quienes piensan que la estabilidad emocional del nuevo ser dependerá de las relaciones afectivas, sociales y económicas que

---

<sup>120</sup> “La procreación es consustancial al ser humano, algo que emana de su propia naturaleza humana, un don esencial para la perpetuación de la especie, de manera que no podemos pensar que ante la hipotética situación de no existencia de normas legales que así lo establezcan explícitamente, es evidente que los seres humanos pueden ejercer su sexualidad como un derecho que tendrá por finalidad lograr la perpetuación de la especie humana. BANDA VERGARA, Alfonso. “**Dignidad de la persona y reproducción humana asistida**”. En: Revista de Derecho. Universidad de Valdivia. Chile: 1998, Norma IX, p. 21.

Y es que no debemos olvidar que la TERAS nacieron como un paliativo para solucionar los problemas de infertilidad de la pareja humana y, conforme a tal propósito, es indudable que queda claramente regulado el campo de su posible utilización, puesto que al regularse por normas jurídicas su aplicación, quedara circunscrita solo a aquellos casos en que un matrimonio, o quizá una unión de hecho de una pareja que sin estar casados tengan una estabilidad como tales, se enfrenten al grave problema de no poder acceder naturalmente a la procreación. Por ello que, de un procedimiento terapéutico como originariamente era, se ha ido transformando en un verdadero ‘método alternativo de reproducción’, ya que estas técnicas se aplican a otras situaciones en las que no existe precisamente un problema de infertilidad, sino a casos, como algunos de los que ya se han enunciado de mujeres solas, etc.

<sup>121</sup> En contra de este argumento Taboada nos dice que “Por otro lado, nos parece preferible que no se legitime y reconozca jurídicamente la posibilidad de las mujeres solas de ser inseminadas artificialmente con material genéticamente dado; no sólo por cuanto la solución sería exactamente la misma si ella se reconociera ante la imposibilidad de alguna vinculación con el aportante -ya que en ambos casos los hijos serían extramatrimoniales de la mujer receptora- sino fundamentalmente porque se no se debe fomentar la existencia de hogares sin padres ni el nacimiento de niños para ser criados por mujeres solas. Cosa distinta es que muchas mujeres, n lo hechos, críen solas a sus hijos por ser madres solteras o abandonadas, pues se trata de situaciones no ideales. Pero no nos parece conveniente procrear un hijo solo, que se críe sin su padre legal”.  
TABOADA, *op. cit.*, p. 190.

ese nuevo ser establezca con su entorno y fundamentalmente con su madre para un desarrollo integral. Ahora, si el interés del niño se ve reflejado en el derecho a tener un padre y una madre<sup>122</sup>; prohibiéndose esta técnica de reproducción se le estaría negando al derecho fundamental a la vida por la cual resulta incoherente y contradictoria dicha postura amén de pretender frustrarse el derecho de la mujer a ser madre<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> En ese sentido Jordán Villacampa nos indica que estamos ante una situación de “colisión de derechos, el derecho hipotético de la mujer sola a concebir un hijo por inseminación artificial y el derecho del menor a tener un padre y una familia paterna”. Precisa además que “Respecto al derecho a procrear, la Comisión directiva de los Derechos Humanos del Consejo de Europa entiende que no puede ser considerado como un derecho absoluto. Además, la CAHBI al tratar de las condiciones que deben regir el uso de las técnicas de procreación artificial advierte que si se permite el acceso a las mismas de personas solas, el futuro niño sería condenado a nacer como medio huérfano, lo que constituiría una forma severa de discriminación. O utilizando palabras de Delgado Echeverría, el derecho no puede condenar a un niño "a no tener ningún padre (ni, por consiguiente, ningún pariente paterno)”. JORDÁN VILLACAMPA, Luisa. **“Familias monoparentales, inseminación artificial y derechos humanos”**. En: Revista de Derecho. Universidad de Valencia: España: 2002, N° 1, p.

<sup>123</sup> Obviamente no se pueden dejar de considerar argumentos como los que expone Boza Dibós quien se pregunta “¿Podría entonces una mujer soltera reclamar el auxilio de la ciencia para engendrar un hijo? ¿Debe el Derecho extender el uso de las nuevas técnicas a los solteros? ¿El hecho de que se necesiten gametos masculinos y femeninos debe verse reflejado en la reglamentación que se adopte? En última instancia, ¿hasta qué punto puede el ordenamiento jurídico permitir la deliberada concepción de un ser que tendrá un solo padre? Los bancos de esperma existen y los solteros pueden recurrir a la adopción. ¿Por qué no habría de franqueárseles el acceso a los adelantos de la medicina? Sin afán de desconocer la ‘validez’ de estas demandas, creemos que confunden algunos términos. Una cosa es la adopción y otra la Procreación Asistida. En la adopción se busca proteger a una persona ya nacida, darle la oportunidad de tener un padre, educarse, desarrollarse e integrarse a la sociedad. Es por el bien del menor que el Estado en determinada circunstancia permite la participación de un soltero en la adopción. La situación es diametralmente opuesta en el caso de las nuevas técnicas procreativas. Aquí se engendra una nueva vida humana para satisfacer las necesidades de quien solicita este ‘servicio’. Los distintos ordenamientos y comisiones que han abordado el tema excluyen a los solteros como beneficiarios de la nueva tecnología. Robertson, que se ha ocupado en extenso de estos temas, enseña que las personas solteras tienen el derecho a no ser esterilizadas, el de poder usar anticonceptivos, concebir, gestar, dar a luz, así como a criar y educar a sus hijos, pero no tienen el ‘derecho a procrear’, porque la procreación cae bajo la protección legal del matrimonio. El Estado no persigue a las madres solteras; por el contrario, debe brindarles protección y asistencia médica. Ello, empero, no significa que deba incluir a los solteros como beneficiarios de las nuevas tecnologías. Para tal propósito los solteros tienen abierta la vía de la adopción”. Boza Dibós, *op. cit.*, p. 105.

Nuestra legislación vigente explícitamente no regula esta modalidad de reproducción asistida; aunque interpretando el Art. 7 de la Ley General de Salud podría colegirse que no estaría autorizado su uso, pues dicha norma prescribe que “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”; es decir, que para ejercitar el derecho a procrear mediante el uso de las TERAS sólo se exigen como requisitos: la identidad genética y consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos<sup>124</sup>. Ahora bien, en el caso de varón aportante, se requeriría su consentimiento, entonces de tratarse del caso de un donador este estaría reconociendo la paternidad —con todos los derechos y obligaciones inherentes a ella— lo que no es correcto porque las donaciones se realizan “anónimamente”, por lo que la interpretación sistemática dejaría como única posibilidad el caso de parejas, trátase ya de concubinatos, matrimonios u otros. Pero

---

<sup>124</sup> Ahora bien, el margen de estos argumentos jurídicos señalados debemos precisar que en el caso de la Legislación española, específicamente en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida el Art. 6-1 no descarta o prohíbe la inseminación artificial en mujeres solteras, pues dicho artículo expresamente señala: que: "Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley" y no sólo en el caso que la mujer sea estéril por lo que la práctica de ésta técnica no es de carácter "exclusivamente terapéutica" no obstante que la mencionada ley española contempla el carácter terapéutico como finalidad de las técnicas contemplada en dicha ley.



si bien esa sería la regulación que esta situación recibiría actualmente en nuestro país, no se aplica en modo alguno como a continuación podemos comprobar.

Antes de indicar los casos encontrados, consideramos importante recordar que ésta técnica de reproducción debe ser regulada apropiadamente<sup>125</sup> a la luz de las instancias éticas, jurídicas, sociales y culturales, pues, hoy en día es innegable los motivos diversos para que una mujer soltera se someta a la inseminación artificial como son: la aversión a mantener relaciones sexuales con un hombre por traumas psicológicos previos como el haber sufrido violación; la liberación femenina; tener un espíritu extremadamente independiente o simplemente no contar con la pareja adecuada entre otras<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> El problema de aceptar la posibilidad de que las mujeres solas puedan acudir a las TERAS es que abre la posibilidad de que los homosexuales [por lo menos las lesbianas] también accedan a estas técnicas, pensar lo contrario vulneraría el derecho a la no discriminación de este colectivo social.

Al respecto a Chofre Sirvent nos dice que “A pesar de la evidencia de que no es posible defender la existencia de un único concepto de familia, la *ratio* última de la impugnación estriba en el hecho de que la ley [...] al permitir, mediante las técnicas de reproducción asistida en ella reguladas, la fertilización de cualquier mujer, independientemente de que el donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente, vulnera el núcleo esencial de la institución familiar”.

CHOFRE SIRVENT, Jorge. “**Reproducción asistida y Constitución (Comentario a la Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999)**”. En UNED. Teoría y Realidad Constitucional, México: 2001, N° 7, pp. 334-363.

<sup>126</sup> Es de advertir que al lado de estas atendibles razones en el mundo se pueden presentar casos un tanto extraños como el que ocurrió en Gran Bretaña en donde la clínica *British Pregnancy Advisory* había considerado un servicio de inseminación artificial para mujeres vírgenes, pero por las críticas que recibió el mismo tuvo que cerrarlo. Caso reseñado por VALVERDE MORANTE, *op. cit.*, p. 361.

El caso más conocido, en nuestro país, de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en mujeres solas es el de **Norma Lazo Villanueva**, el mismo que fue reseñado por el Diario Oficial El Peruano de la siguiente forma:

“El mayor anhelo de Norma Lazo Villanueva era ser madre. Después de realizarse como una exitosa negociante de prendas de vestir y **sin poseer una pareja que concretara su sueño**, decidió apostar por el avance de la tecnología [...]. Esto no tendría mayor repercusión si no fuera porque esta mujer, que tiene 54 años de edad, acaba de dar a luz a la pequeña Romina Nicole, de dos kilos 200 gramos y de 46 centímetros de estatura. Norma Lazo, que por primera vez experimenta la satisfacción de concebir una niña, se muestra orgullosa y tras el logro obtenido da las gracias a Dios porque no ocurriera ningún percance durante la operación de cesárea en la mesa de parto”<sup>127</sup>.

Otro dato que nos permite comprobar este caso es que efectivamente en nuestro país ocurre la “espermodonación”<sup>128</sup>.

---

<sup>127</sup> Aun cuando el caso de esta mujer es de aplicación de la inseminación artificial *in vitro* y no propiamente de inseminación artificial cumple con nuestro objetivo de dar cuenta que en el Perú mujeres “solas” hacen uso de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida. Diario Oficial El Peruano. “**El placer de ser madre a los 54**”. Lima: miércoles 10 de julio de 2002.

<sup>128</sup> La espermodonación o donación de esperma, es el proceso mediante el cual un hombre le dona una muestra de su esperma a un especialista médico o a un banco de esperma, para que pueda ser utilizado para inseminar artificialmente a una mujer que desee quedar embarazada.

La normatividad de *lege ferenda*, consideramos que debe regular necesariamente el hecho de que el nuevo ser será inscrito en el Registro Civil sin consignarse datos de quien pueda inferirse el carácter de la generación biológica, amén de mantenerse en el anonimato al dador y estableciéndose la filiación por el hecho del parto.

– **España**

La ley española sobre técnicas de reproducción humana asistida si regula expresamente el caso de las mujeres disponiendo en su artículo 6 que “Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. **La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual**”.

Entonces es claro que el legislador español permite que las mujeres solas puedan acceder a las TERAS y dado que en ese país también se ha contemplado la unión civil de personas del mismo sexo —homosexuales— también se permite que ellas puedan utilizar las mismas.

– **Alemania:**

La ley bávara de Protección de Embriones no establece ningún requisito para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, por lo que no existe la prohibición para que las mujeres solas se sometan a este procedimiento, por otro lado el Código Civil alemán —como ya se indicó previamente— no realiza mayor regulación respecto de las reproducción asistida.

– **Italia:**

En sentido contrario a las legislaciones nacionales anteriores, el legislador itálico limita el acceso a las técnicas de procreación médicamente asistida de la siguiente forma [artículo 5 de la ley 40]: “Cumplido el requisito del artículo 4, inciso 1<sup>129</sup>, pueden acceder a las técnicas de procreación asistida las parejas compuestas por personas mayores de edad, de sexo diverso, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil y en las que ambos miembros estén vivos”.

---

<sup>129</sup> Se refiere al acápite que dispone que: El recurso a las técnicas de procreación médicamente asistido es consentida solo cuando sea verificada la imposibilidad de superar de otro modo las causas impeditivas de la procreación y es en todo caso circunscrito a los casos de esterilidad o infertilidad verificados y certificados por un médico.

Entonces, en Italia sólo pueden acceder a las TERAS los convivientes o matrimonios que han acreditado a través de los pertinentes estudios médicos su imposibilidad para procrear, quedando vedada la posibilidad que las personas solas puedan hacer uso de estas técnicas.

– **Francia:**

La interpretación sistemática de los artículos 311.19 y 311-20 del Código Civil francés —ambos incorporados en 1994— indican que se ha seguido el mismo camino que en Italia, es decir, se prohíbe la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en mujeres solas, por cuanto el primer párrafo del numeral 311-20 dispone que “Los **cónyuges o concubinos** que, para procrear, recurrieran a una asistencia médica que necesite la intervención de un tercero donante, deberán previamente dar, en condiciones que garanticen el secreto, su consentimiento al Juez o al Notario, que les informará de las consecuencias de su acto con respecto a la filiación”<sup>130</sup>; mientras que el primer artículo de los indicados precisa que “En caso de reproducción asistida con un tercero donante, no podrá establecerse ningún vínculo de filiación entre el donante y el hijo nacido de la procreación”.

---

<sup>130</sup> Se refiere al acápite en el que se prescribe que “El recurso a las técnicas de procreación médicamente asistido es consentida solo cuando sea verificada la imposibilidad de superar de otro modo las causas impositivas de la procreación y es en todo caso circunscrito a los casos de esterilidad o infertilidad verificados y certificados por un médico”.

Entonces, evidentemente la aplicación de las técnicas objeto de estudio se limita a las parejas en concubinato o matrimonio, aun cuando no haya una prohibición expresa.

– **México:**

En forma similar al caso español, el legislador mexicano si permite que las técnicas de reproducción humana asistida puedan aplicarse a mujeres solas, así el artículo 4.112 de su Código Civil dispone que “La reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial solo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge. Tampoco podrá dar en adopción al menor nacido, mediante este método de reproducción”.

De esta forma, al diferenciar a la ‘mujer’ de la ‘mujer casada’ en el otorgamiento del consentimiento, se está reconociendo la posibilidad de que las mujeres solas puedan acceder a las TERAS; asimismo, implícitamente se esta reconociendo la posibilidad que las mujeres homosexuales accedan a éstas técnicas.

– **Argentina:**

En este país ni el vigente Código Civil ni el proyecto de 1998 contemplan ninguna disposición relativa a este caso, por lo que al no haberse prohibido la aplicación de las TERAS en mujeres solas no existe limitación legal para que se aplique.

**b Donación de gametos:**

Se conoce como gametos a “Cada una de las células sexuales, masculina y femenina [...]”<sup>131</sup>, es decir nos estamos refiriendo al óvulo y al espermatozoide, que como bien se ha definido son células. Resaltamos ese punto porque en nuestro país sobre la donación de material orgánico de origen humano existe una regulación general y especial.

La regulación general está constituida por el artículo 6 de nuestro Código Civil que dispone que “Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son

---

<sup>131</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa. Vigésimo segunda edición. España: 2001, tomo I, p. 1114.

regulados por la ley de la materia”, y por los artículos 7 y 8 de la Ley general de Salud —ley N° 26482— que dispone que “Toda persona tiene derecho a recibir órganos o tejidos de seres humanos vivos, de cadáveres o de animales para conservar su vida o recuperar su salud. Puede, así mismo disponer a título gratuito de sus órganos y tejidos con fines de trasplante, injerto o transfusión siempre que ello no ocasione grave perjuicio para su salud o comprometa su vida”. Mientras que la regulación específica está conformada por la ley N° 28189, Ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos y por el reglamento de ésta, el Decreto Supremo N° 014-2005-SA.

El problema es que, a excepción del Código Civil, el resto de normas indicadas trata sobre la donación de tejidos y órganos, no regulando nada específico para el caso de células, como son los gametos, por lo que en puridad, la legislación específica no puede ser aplicada para el caso específico que tratamos en este apartado.

Ahora bien en el artículo 7 de la Ley General de Salud — anteriormente reseñado— exige para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida que “la condición de madre genética y de madre gestante recaiga en la misma persona”. *Ergo*, está prohibida la donación de los gametos femeninos, que no son



otros que los óvulos, por lo tanto, *a contrario sensu* y en aplicación del artículo 2.24.a de la Constitución<sup>132</sup>, la donación de espermatozoides no está prohibida. Prueba de ello es la realización de las fertilizaciones *in vitro* que consignamos al tratar el caso de la aplicación de las TERAS a mujeres solas. La razón por la que se debe permitir la donación de esperma es porque no ocasiona una disminución permanente en la integridad física de la persona, pues, se tratan de elementos regenerables como sería el caso por ejemplo de la donación de sangre, siendo viable en tanto y en cuanto el fin y el propósito sea noble o humanitario, no contrario al orden público ni a las buenas costumbres, como sería el caso de que la pareja tenga que recurrir a la inseminación a fecundación artificial en su noble y común propósito de tener descendencia frente a la imposibilidad de no poder lograrlo de manera natural y normal.

Con la finalidad de evitar casos tan complicados como en los que una mujer da el óvulo, otra lo gesta y una tercera es la que contrata a ambas y es la que se queda con el bebe, se debe prohibir expresamente la “donación” de óvulos y se debe regular adecuadamente la donación de gametos masculinos estableciendo las pruebas y exámenes que deben cumplir los donadores.

---

<sup>132</sup> Que indica que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

A continuación revisemos cual es el tratamiento que recibe este tópico en algunos países.

– **España:**

En la tantas veces nombrada, Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida se permite la donación de ambos gametos sin distinción, así el artículo 5 de este cuerpo legal dispone que: “La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado. La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta”.

– **Alemania:**

En forma diametralmente opuesta al caso anterior en este país se tipifica como delito la utilización de óvulos no pertenecientes a la mujer que se somete a la técnica de reproducción asistida. En ese sentido la Ley del 13 de diciembre de 1990 dispone que “Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa quien: 1. Transfiera a una mujer un **óvulo no fecundado ajeno**; 2. Emprenda la fecundación artificial de un óvulo para fin distinto del **embarazo de aquella mujer de la que proviene el óvulo** [...]; 6. extraiga de una mujer un embrión antes de concluir su anidación en el útero para transferirlo a otra mujer o para empleado con finalidad distinta a su conservación; [...]2. Introduzca artificialmente un espermatozoide humano en un óvulo humano sin la intención de producir un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo.

– **Italia:**

Tal y como conforme advierte el subtítulo de la ley N° 40 de 2004, en este país se prohíbe expresamente la fecundación heteróloga, así el artículo 4.3 de dicha norma ordena que “3. Es prohibido el recurso a técnicas de procreación médicamente asistido de tipo heteróloga”.

Como se puede verificar, no se distingue entre gametos masculinos y femeninos por lo que no se permite la aplicación de las TERAS con material genético que no pertenezca a la pareja que se somete a ellas.

– **Francia:**

En tierra gala se acepta libremente el recurrir a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida de tipo heteróloga, pues el artículo 311-19 que precisa que “En caso de reproducción asistida con un tercero donante, no podrá establecerse ningún vínculo de filiación entre el donante y el hijo nacido de la procreación”, como el 311-20: “Los cónyuges o concubinos que, para procrear, recurrieran a una asistencia médica que necesite la intervención de un tercero donante, deberán previamente dar, en condiciones que garanticen el secreto, su consentimiento al Juez o al Notario, que les informará de las consecuencias de su acto con respecto a la filiación”, no diferencian entre los gametos humanos, por lo que no existe limitación alguna en el sentido que indicamos.

– **México:**

En este país no existe prohibición alguna para la donación de ambos gametos humanos, así el artículo 4.115 de su Código Civil dispone que “En los casos en que la inseminación

artificial se efectuó con espermatozoides provenientes de bancos o instituciones legalmente autorizadas, no se dará a conocer el nombre del donante ni habrá lugar a investigación de la paternidad”, no regulándose nada respecto de los óvulos por lo que bien se puede colegir que está perfectamente permitida.

Por su parte la Ley General de Salud de ese país, en su artículo 237 dispone que “Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito”.

– **Argentina:**

Al igual que en el caso mexicano el Código Civil argentino no dispone ninguna prohibición para la donación de gametos humanos por lo que no está prohibida la donación de espermatozoides ni la de óvulos.

Por otro lado el Proyecto de Código Civil dispone al respecto, en su artículo 543, que “La maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se

demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita.”

**c El consentimiento de la pareja en la aplicación de las TERAS en matrimonios o uniones de hecho:**

En primer término, y como no podía ser de otra forma para la aplicación de las TERAS se exige el consentimiento expreso de la mujer que se someterá a las mismas. Así el artículo 7 de la Ley General de Salud prescribe que “Para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”.

El problema se suscita cuando la cónyuge o concubina se somete a la aplicación de una técnica de reproducción humana asistida sin el consentimiento de su esposo o pareja, pudiendo ser que incluso que la intervención se haga con gametos masculinos proporcionados por una tercera persona. Ante este supuesto el Código Civil peruano no ha contemplado como causal de negación de la paternidad el hecho de que el marido no haya consentido en la fecundación heteróloga. Por consiguiente, la fecundación heteróloga sin negación de la paternidad por el esposo sobre la base de las causales que prevé el artículo 363 del Código Civil dará lugar a un hijo matrimonial. Situación que no es la misma cuando estamos ante un concubinato, en donde el

concubino puede demostrar que no es el padre biológico de la menor en cuestión.

Veamos brevemente cómo se ha regulado este aspecto en algunos países:

– **España:**

En la nación española, al permitirse a las mujeres solas someterse a la aplicación de algunas de las TERAS de la siguiente forma “La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación”.

En el caso de las mujeres casadas si el marido no prestó consentimiento, no imposibilita la aplicación de alguna técnica sino que puede impugnar la paternidad matrimonial del hijo nacido

– **Alemania:**

En este país la ley de la materia penaliza a quien “Emprenda la fecundación artificial de un óvulo sin que la mujer cuyo

óvulo es fecundado y el hombre cuyo espermatozoide es utilizado para la fecundación hayan consentido en ello”.

Es decir que para la aplicación de las TERAS no sólo se requiere la manifestación de voluntad de la mujer que se va a someter a ella sino que también, si esta es casada o tiene pareja, debe éste último también consentir en ello. Evidentemente si se trata de una donación de gametos masculinos, el hecho de la donación implica consentimiento para la procreación, aunque en este ulterior supuesto no se genere filiación alguna entre el donante y el menor.

– **Italia:**

Como ya explicamos anteriormente, la ley italiana que regula la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo permite la aplicación de las mismas a parejas que formen un matrimonio o un concubinato y cuando ésta haya prestado un consentimiento informado. Consentimiento que debe contemplar, entre otros aspectos, que “El médico deberá informar de modo detallado [...] acerca de los métodos, los posibles efectos colaterales sanitarios y psicológicos derivados de las técnicas, las probabilidades de éxito y los riesgos de las distintas variantes, así como de las



consecuencias jurídicas para la mujer, el hombre y el nasciturus. Se debe informar asimismo a la pareja acerca de la posibilidad de recurrir al procedimiento de adopción como alternativa a la procreación médicamente asistida; 2. La pareja deberá ser debidamente informada acerca del costo económico total del procedimiento [...].

Otra exigencia que se plantea es el hecho de que “Entre la manifestación de la voluntad y la aplicación de la técnica tiene que transcurrir un término no inferior a siete días. La voluntad puede ser revocada por cualquiera de los sujetos indicados del presente inciso hasta el momento de la fecundación del óvulo”.

– **Francia:**

Los artículos 311-19 y 311-20 de Código Civil de este país, ya reseñados en el acápite anterior, evidentemente prescriben la necesidad del consentimiento de la pareja — sea el marido o el conviviente— para que una mujer pueda aplicarse alguna técnica de reproducción asistida.

Pero en este país se ha regulado con mayor precisión acerca del consentimiento disponiéndose que: “El consentimiento quedará privado de efecto en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación de

cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Quedará igualmente privado de efecto cuando el hombre o la mujer lo revoque, por escrito y antes de la realización de la reproducción asistida, ante el médico encargado de comenzar esta asistencia”.

– **México:**

La Ley General de Salud mexicana dispone en su artículo 466 que “Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”.

Por su parte el artículo 4.112 del código material azteca dispone que “La reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial solo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de

su cónyuge. Tampoco podrá dar en adopción al menor nacido, mediante este método de reproducción”. La claridad de estas normas nos relevan de mayor comentario.

Adicionalmente, el artículo 4.116 del Código Civil mexicano dispone que el consentimiento que se requiere de la mujer o del esposo, en cada caso, se debe otorgar judicialmente.

– **Argentina:**

Como ya indicamos anteriormente el actual Código Civil argentino no regula la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por lo que nada se dice respecto del consentimiento que requiere para la utilización de las mismas, aunque de acuerdo 243 del cuerpo legal indicado si el hijo producto de estas técnicas nació dentro del matrimonio se presume que éste es matrimonial.

Por su parte el proyecto de Código Civil de 1998 dispone en su artículo 112 que “Nadie puede ser sometido sin su consentimiento a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, cualquiera que sea su naturaleza, salvo disposición legal en contrario”, entonces la mujer que se

somete a una TERA debe haber prestado, necesariamente, su aquiescencia informada<sup>133</sup>.

Para la aplicación de las TERAS en mujeres no se requiere del consentimiento del esposo o concubino, pues sólo se permite que éste impugne la paternidad del hijo concebido por éstas técnicas, cuando no ha prestado su consentimiento.

– **Colombia:**

Al igual que en el caso alemán, en tierra colombiana se penaliza —vía el artículo 187 de su Código Penal<sup>134</sup>— a quien “Quien insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años. Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión hasta por el mismo término. La pena anterior se le aumentará hasta en la mitad si se realizare en menor de catorce (14) años”.

**E) Las TERAS y el derecho a la intimidad:**

Es también un derecho constitucional que le asiste a la persona, consagrado en el Art. 2º inciso 7 de la Constitución Política del Perú.

---

<sup>133</sup> Amplía este concepto el artículo 114 del mismo cuerpo normativo “Consentimiento informado. Cuando las circunstancias lo aconsejan, el paciente o quien debe dar su consentimiento en el caso del artículo precedente, debe ser informado razonablemente sobre el procedimiento médico, sus consecuencias y sus posibilidades curativas”.

<sup>134</sup> Modificado por la Ley N° 599 de año 2000.

La palabra intimidad etimológicamente proviene del adverbio latín *intus* que traducido significa por adentro, o hacia adentro. De tal manera que *intimus* debe traducirse como algo recóndito, profundo del ser.

Al respecto Juan Morales Godo señala. "El ser humano toma conciencia de la vida privada (o íntima como la denomina nuestro sistema jurídico) cuando se percata de su individualidad, cuando percibe que ha sido lanzado al mundo para que se construya a sí mismo, cuando su libertad está condicionada más que por el pasado, por el futuro que debe diseñar (*sic*)<sup>135</sup>.

El derecho a la intimidad tiene su origen, como derecho autónomo en 1890, cuando 2 jóvenes abogados norteamericanos, Samuel Warren y Lovis Brandeis escribieron el ensayo "*The right to privacy*", en el que fundamentan la presencia de un espacio en la existencia del ser humano libre de intromisiones, que debe ser respetada y por ello la necesidad de su protección legal".

Precisando que entre vida privada e intimidad existe un distingo fundamental pues el primero es el género dentro del cual queda

---

<sup>135</sup> MORALES GODO, Juan. "**Control de la información de la vida personal y familiar**". En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2003, tomo I, p. 158.

inmerso la intimidad como aspecto específico. Sin embargo nuestro sistema jurídico indistintamente optó por la terminología de intimidad sin más distingo.

Dentro del contexto jurídico se colige que por el derecho a la intimidad que el ser humano goza ninguna persona puede entrometerse en su recóndito o esfera individual salvo por razones de interés social o de orden público.

A decir de Clara Mosquera Vásquez:

"La intimidad no solo se refiere a la esfera de la reserva del individuo sino que abarca mucho más, llegando a su esfera genética. Me explicó, así como nadie puede hurgar en la esfera privada de ninguna persona sin previo consentimiento, nadie puede sin previo consentimiento descifrar el código genético de determinada persona. O si ya lo hizo, claro está, previo consentimiento expreso, no debe divulgar los resultados sin autorización, debiendo ser mantenidos estos en secreto".

Consecuentemente en el ámbito de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida el derecho a la intimidad también se encuentra vigente, abarcando inclusive el ámbito de la esfera genética entendida como el derecho a la intimidad genética. Por lo que cabe preguntarse ¿en qué medida el médico puede revelar los

datos genéticos que obtiene de sus pacientes?. Al respecto coincidimos con Malaespina cuando nos indica que “la decisión estará librada al arbitrio de quien se ha sometido al estudio genético<sup>136</sup>.

Ahora bien, cabe preguntarnos cuál es el ámbito de convergencia entre el derecho a la intimidad y las técnicas de reproducción humana asistida. Consideramos que el ámbito en el que ambos tópicos se intersecan está conformado por lo siguiente puntos:

- **Intimidad del menor procreado aplicando las TERAS.**

Respecto de este primer punto ni el artículo constitucional previamente indicado ni el artículo 14 de nuestro Código Civil contemplan disposición alguna para proteger el dato de los menores que han sido concebidos aplicando alguna técnica de reproducción humana asistida.

Así es necesario regular el hecho que no se debe indicar en ningún documento público —como sería el caso de la partida de nacimiento— que el menor ha sido concebido mediante alguna TERA, quedando el resguardo de dichos datos a cargo de las instituciones médicas que las han aplicado. Asimismo ésta entidades prestadoras de servicios de salud sólo revelarán los

---

<sup>136</sup> MALAESPINA, María Laura. “Aproximaciones al estudio jurídico del genoma humano”. En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2000, tomo 75, p. 40.

datos concernientes a la procreación del menor ante autoridad administrativa o jurisdiccional competente en los casos que especifique la ley o cuando sea razonable que se entregue dicha información, como es el caso en el que esté en juego la salud o vida del mismo.

– **España:**

Al respecto la ley N° 14/2006 prescribe que “En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación”.

– **Italia:**

La ley italiana de la materia contempla, en su artículo 11, la creación del registro nacional de las estructuras autorizadas a la aplicación de las técnicas de procreación médicamente asistida, de los embriones formados y de los nacidos a causa de la aplicación de las técnicas mismas, pero no se indican medidas especiales de resguardo de estos datos, con lo que habría cierto grado de desprotección a la información de respecto a la forma en que el menor ha sido concebido, dato que aun hoy es considerado como dato sensible por lo que debe merecer un mayor grado de tutela.

– **Francia:**



Relacionado a este punto el Código Civil indica en su artículo que “Los cónyuges o concubinos que, para procrear, recurrieran a una asistencia médica que necesite la intervención de un tercero donante, deberán previamente dar, **en condiciones que garanticen el secreto**, su consentimiento al Juez o al Notario, que les informará de las consecuencias de su acto con respecto a la filiación”, de esta forma se brinda un ámbito de protección al derecho a la intimidad de los datos de su procreación del menor nacido por aplicación de las TERAS.

- **Intimidad del donador de gametos**

Aplicando supletoriamente las normas sobre donación referidas anteriormente, al caso de la donación de gametos masculinos en nuestro país rige el anonimato del donador, esto es concordante con la regulación de la filiación que priva de ligamen entre el donador y el hijo producto de su donación.

Ahora bien puede suscitarse un conflicto entre el derecho a la intimidad del donador y el derecho del menor a conocer su identidad, específicamente su identidad genética, conflicto que abordaremos cuando veamos el tratamiento que recibe la filiación.

– **España:**

En este país el artículo 5.5 de la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida prescribe que “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a **obtener información general de los donantes que no incluya su identidad.** Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

– **México:**

Respecto de este punto el Código Civil mexicano dispone en su artículo 4.115 que “En los casos en que la inseminación artificial se efectuó con espermatozoides provenientes de bancos o

instituciones legalmente autorizadas, no se dará a conocer el nombre del donante [...]”.

Como se ve, se prohíbe revelar la identidad del donante, no contemplándose las circunstancias en las que sí sería legítimo vencer esta prohibición, como sería el caso en el que está en juego la salud del menor, que se vería afectada por una enfermedad hereditaria o cuando se requiriere una transfusión sanguínea urgente y el tipo de sangre es raro y por lo tanto es más fácil que el progenitor del menor tenga el mismo tipo.

### **3.2 LAS TERAS Y EL LIBRO II DEL CÓDIGO CIVIL:**

Partiendo del principio constitucional de protección a la familia pretendemos establecer aquí el tipo de familia que se origina a partir de la aplicación o empleo de las técnicas de reproducción humana a través de sus destinatarios sus implicancias dentro del contexto familiar como la filiación y las relaciones de parentesco.

La familia es considerada como la institución más antigua de la humanidad es por ello que la familia en sentido amplio puede aceptarse

como institución socio-cultural (convivientes ligados por vínculos de sangre o afectivos) y la familia fundada o basada en el matrimonio civil o religioso la que origina bien una institución jurídica o religiosa<sup>137</sup>.

Nuestro modelo predominante de familia es el de la familia nuclear fundada en el matrimonio a la cual el derecho de familia y nuestra constitución política brinda su atención y tutela obviamente sin desproteger a la familia fundada en la unión de hecho.

Es necesario precisar que el concepto familia no es unívoco y que su conceptualización jurídica es más de carácter sociológico, no existiendo necesariamente conexión entre el concepto de familia y el de matrimonio. La familia no sólo se constituye mediante actos jurídicos sino también por el fenómeno social de la interrelación humana. Esto es de importancia a efectos de determinar las consecuencias surgidas en el ámbito social con motivo de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida toda vez que las relaciones personales que con ellas se crean son diversas y complejas teniendo relación y relevancia muy especialmente para relaciones concretas como alimentos, herencias, etc. amén de establecer vinculaciones en las relaciones de parentesco.

---

<sup>137</sup> Así con el término familia nos referimos indistintamente a 2 unidades sociales diferenciadas básicamente en su composición y posibilidades funcionales. A una fuertemente organizado compuesta por los cónyuges y los descendientes y a otro difuso y ligeramente organizado por parientes consanguíneos.

De conformidad con los artículos 236 a 238 de nuestro Código Civil vigente son 3 las formas de parentesco, por consanguinidad, por afinidad y legal<sup>138</sup>.

Héctor Cornejo Chávez define el parentesco como "la relación o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión"<sup>139</sup>.

El parentesco "nace de la naturaleza" cuando se sustenta en la consanguinidad y a tenor del Art. 236 del C.C. puede ser en "línea recta" cuando una persona desciende de otra (*Vgr.* hijo y padre) y será en línea colateral cuando se reconoce un tronco común (*Vgr.* tío y sobrino, primos, etc.). La línea "es la sucesión ordenada y completa de personas que proceden de un mismo tronco. Puede ser recta, cuando se forma con personas que descienden unas de otras, y colateral cuando se trata de personas que sin descender unas de otras unen sus respectivas líneas en un ascendiente común. La primera tiene dos ramas: la ascendiente, si se toma como punto de partida una persona con relación a sus antecesores, y la descendiente, cuando una persona sirve de referencia respecto de sus

---

<sup>138</sup> En cuanto al parentesco religioso o espiritual podemos afirmar que ésta no tiene efectos jurídicos, su origen la encontramos en el Derecho Canónico, se deriva del bautismo o de la confirmación y alude a la relación padrino-ahijado que se define para efectos de un sacramento.

<sup>139</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. **Derecho Familiar Peruano**. Studium ediciones. Lima: 1985.

sucesores". El grado "es la distancia, tránsito o intermedio entre dos parientes"<sup>140</sup>.

El parentesco consanguíneo particularmente produce efectos relevantes como las implicancias en el ámbito de los impedimentos para contraer matrimonio, la invalidez del mismo, así como la vocación hereditaria en el campo sucesorio y la obligación específica de prestación de alimentos.

Ahora bien, el parentesco por afinidad se encuentra enmarcado dentro del Art. 237 del C.C. que establece "el matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro", nace necesariamente del matrimonio encontrándose limitado al cónyuge, el mismo que queda unido así a todos los parientes consanguíneos del otro cónyuge. Cabe destacar que para darse el parentesco por afinidad el medio legal necesariamente es el matrimonio, no admitiéndose la posibilidad de éste parentesco por la simple unión de hecho o concubinato, así mismo es menester destacar que los esposos entre si no son parientes afines pues ellos son cónyuges teniendo entre sí un vínculo más estrecho que el parentesco, al que se denomina vínculo uxorio<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> El grado de parentesco se determina por el número de generaciones, en línea colateral el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro.

<sup>141</sup> Los efectos derivados del parentesco por afinidad a decir de Héctor Cornejo Chávez se circunscriben a "La creación de algunos impedimentos matrimoniales y ciertas causas de invalidez del casamiento, y sus efectos procesales se aprecian en materia de recusación y excusa, y de impedimentos para testificar".

Sin embargo los efectos jurídicamente alcanzan un ámbito mayor, así por ejemplo el artículo 107 del C.C. dispone la prohibición de celebrar contratos con la fundación, al administrador o

Respecto del parentesco legal podemos afirmar, que es el que se forma a través de la adopción y está regulado en el artículo 238 del Código Civil y a decir de Marisol Fernández Revoredo y Olga Alcantara Francia “con el objeto de otorgar a los adoptados, en virtud del nexo del parentesco legal, todos los derechos inherentes a la calidad de hijo, los mismos que se extienden a los adoptados como si en relación a éstos se tratara de un vínculo consanguíneo, lo cual es precisamente un factor que coadyuva a la integración de la familia”<sup>142</sup>.

Es importante anotar que la adopción como institución se constituye como una alternativa paralela a las técnicas de reproducción humana asistida para permitir la realización de la maternidad o paternidad de aquellas persona que por razones diversa no hayan podido procrear hijos a la par que como finalidad tiene el propósito sano de “integrar una familia, dándole el privilegio de tener un hijo, y al hijo darle el privilegio de tener una familia”. Aunque Moisset de Espanés nos dice que las técnicas de reproducción asistida permitidas “...realiza dicha ansias

---

administradores como a sus “parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad”. De otra parte el artículo 658 del Código acotado dispone que “son nulas las disposiciones testamentarias a favor del notario ante el cual se otorga el testamento de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad [...]”.

<sup>142</sup> FERNANDEZ REVOREDO Marisol y ALCANTARA FRANCIA Olga. “**Parentesco por adopción**”. En: Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2003, tomo II, p. 47.

paternales por procedimiento que es superior a la adopción, desde que se apoya en la maternidad efectiva de la esposa”<sup>143</sup>.

Cabe anotar que a tenor de lo dispuesto en el artículo 377 del Código Civil por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea<sup>144</sup>.

#### **A) La filiación:**

En principio la filiación es la relación de parentesco más importante que se da de hijo hacia sus padres y cuando ésta relación se da de progenitores a hijos se denomina paternidad o maternidad. La filiación (tradicionalmente) puede ser matrimonial o extramatrimonial, la primera es aquella en la que el hijo a sido tenido en las relaciones matrimoniales de los padres y la segunda cuando el hijo ha sido concebido y nacido fuera del matrimonio debiendo en éste caso, el hijo haber sido reconocido por su padre o madre o haber obtenido una sentencia favorable sobre declaración

---

<sup>143</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Acerca de la de ‘inseminación artificial’ y su discusión en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil”. En: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>

<sup>144</sup> En el ámbito jurídico la adopción genera diversos efectos entre ellos tenemos:

- \* El adoptado adquiere el primer apellido del padre adoptivo y el primer apellido de la madre adoptiva. De ser soltero el adoptante, o siendo casado es él quien realiza la adopción entonces al adoptado le corresponderá los apellidos del adoptante.
- \* Por la adopción el menor adoptado se sujeta a la patria potestad de su(s) adoptante(s).
- \* Surge la obligación o deber de prestación alimentaria de lo(s) a adoptante(s) al adoptado.
- \* La partida de nacimiento del adoptado deviene en ineficaz para todos los efectos jurídicos salvo de la conservación de los impedimentos matrimoniales. Consecuentemente se emitirá una nueva partida de nacimiento del adoptado.
- \* El adoptado tiene los mismos derechos hereditarios que un hijo matrimonial o extramatrimonial.



judicial de filiación extramatrimonial paterna o materna según corresponda a fin de poder probar su filiación extramatrimonial legalmente, en uno y otro caso el presupuesto biológico es el que sustenta generalmente las categorías jurídicas de la filiación matrimonial y extramatrimonial, sin embargo también se da el caso en el que la norma sustantiva crea un vínculo jurídico estrictamente de parentesco puramente civil sin el presupuesto biológico (consanguíneo), siendo el caso de la denominada filiación sin procreación biológica, esto es propiamente la adopción de menores, de la que ya hablamos anteriormente.

Partiendo de un análisis de las normas contenidas en nuestro código sustantivo que regulan la filiación podemos determinar diversas variantes de estudio respecto de la filiación.

**a.- La presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*.**

Esta presunción sostiene que el hijo tenido por mujer casada se reputa hijo de su marido.

A éste respecto puntualiza Cornejo Chávez que "ésta presunción reposa en un doble fundamento: de una parte, en la cohabitación o relación sexual que el matrimonio implica, de manera que, aún sin otro indicio se puede suponer que entre los cónyuges se ha producido y se produce el contacto carnal, y de otro lado, en la fidelidad que se supone que la mujer guarda a su marido, tanto

por consideraciones de orden ético y de organización social como por un cumplimiento de un deber que la ley le impone"<sup>145</sup>. Esto es el deber de fidelidad.

El artículo 361 de nuestro código sustantivo dice: "El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido", éste artículo contiene la presunción *pater is...* que puede ser desmentida, pues, ésta presunción se funda en otras 2 presunciones: la presunción *juris tantum* contenida en el Art. 363 del C. C. que permite que la presunción *pater is...* sea desvirtuada con prueba en contrario con la limitación contenida en el Art. 366° del C. C. que contiene la presunción *juris et de jure*. Debemos precisar que la presunción *pater is...* se funda en el vínculo jurídico formal (matrimonio) y no en la consanguinidad por lo que el Art. 361 puede conllevar a diversas consecuencias:

1. Que el marido de la cónyuge en realidad sea efectivamente el padre biológico del hijo en cuyo caso la norma tiene concordancia con la naturaleza genética de las cosas, pues, se fundamenta en el vínculo consanguíneo y civil como variables de la presunción *pater is...*

---

<sup>145</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. **Derecho Familiar Peruano**. Octava edición. Librería *Studium* ediciones. Lima: 199, tomo II, p. 20.

2. Cuando el hijo tenido por la cónyuge en realidad no es hijo del marido, es decir, éste no es el padre del menor, no contestando el marido la paternidad, dejando vencer el plazo de caducidad fijado por ley o no resultando victorioso en la acción será considerado padre legal del menor por la presunción *pater is...* en su variable no de vínculo consanguíneo sino de vínculo civil.
  
3. Que el marido no considerándose padre biológico del hijo de su cónyuge demande la acción contestatoria de la paternidad y logre que su demanda sea declarada fundada en consecuencia el menor no será tenido por hijo suyo, ante ésta eventualidad el padre biológico del menor podrá reconocerlo de conformidad con lo dispuesto en el art. 390 del Código Civil y en estricta observancia al art. 396 del Código Civil acotado que dice: “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiere negado y obtenido sentencia favorable” y ante la negativa de que el padre biológico reconozca voluntariamente al menor, la madre de éste o representante legal podrá accionar la declaración judicial de filiación extra-matrimonial paterna.

**b.- La declaración judicial de filiación-extramatrimonial paterna.-**

La declaración judicial de filiación extramatrimonial paterna se basa en la investigación judicial de la paternidad y ocurre cuando el padre del hijo extramatrimonial voluntariamente no lo reconoce porque no se considera padre, desconfía de la verdad del vínculo o por mala fe. Ante ésta posibilidad es necesario probar la relación paterno-filial a través de la investigación judicial de la paternidad, investigación que se ha facilitado con el proceso especialísimo de declaración de paternidad extramatrimonial creado por la Ley N° 28457, que contempla que la negativa a someterse a la prueba de ADN posibilita la declaración de filiación.

El Art. 402 de nuestro Código Civil señala: La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada.

- 1) Cuando exista escrito indubitado del padre que lo admita.
- 2) Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
- 3) Cuando el supuesto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para éste efecto se

considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.

- 4) En los casos de violación raptó o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
- 5) En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción siempre que la promesa conste de manera indubitable.
- 6) Cuando se acredita el vínculo paternal entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiese realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> Inciso modificado por la Ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, ya nombrada.

Conforme se desprende del tenor del artículo mencionado no se encuentra permitida para todos casos la declaración judicial de filiación extramatrimonial paterna, pues el establecimiento de ésta, únicamente se subordinan y se circunscriben a cualesquiera de los seis casos expresamente enumerados en el artículo acotado por ser ésta de *numerus clausus*.

Consideramos que dado el vertiginoso avance científico genético y biológico, el artículo acotado no debiera ser de *numerus clausus* sino de *numerus apertus* en la que se establezca que la filiación extramatrimonial paterna sea de libre probanza.

Ahora bien, estos presupuestos del artículo acotado todavía señala Cornejo Chávez:

"Bajo la vigencia del código anterior, la jurisprudencia de los tribunales se inclinó en el sentido de que los casos puntualizados en su artículo 366 - mantenido, con importantes precisiones, por el Art. 402 del nuevo texto- contenían presunciones legales de paternidad..."<sup>147</sup>.

Ahora si el hijo o quien lo representa interpone la acción respectiva y logra una sentencia favorable sobre su declaración

---

<sup>147</sup> CORNEJO CHAVEZ, *op. cit.*, p. 132.

judicial de filiación extramatrimonial paterna, ésta sentencia será el medio de prueba de su filiación extramatrimonial a tenor de lo dispuesto en el art. 388 del Código Civil.

En el vínculo consanguíneo se fundamenta la filiación extramatrimonial en el caso de los incisos 3, 4, 5 y 6 del Art. 402 del Código Civil, a éste respecto puntualiza Rubio Correa que:

"Podemos concluir diciendo que en la parte de declaración judicial de paternidad, el Código Civil peruano asume plenamente el principio de que la paternidad biológica determina la paternidad legal, y que esto es cierto aún en la ratio de los dos primeros incisos del artículo 402, aunque en ellos también puede ocurrir que la paternidad sea asignada por la voluntad del sujeto actuante sin que haya sido en realidad el padre biológico"<sup>148</sup>.

#### **c.- Declaración judicial de maternidad extramatrimonial.-**

El Art. 388 del Código Civil establece: "El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos" y el Art. 409 del acotado nos dice: "La

---

<sup>148</sup> RUBIO CORREA, *op. cit.*, pp. 38-39.

maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se prueba el hecho del parto y la identidad del hijo", en uno y otro caso la norma jurídica en lo posible se fundamenta en el principio de la consanguinidad para determinar la maternidad del hijo. Maternidad que por cierto está dada por la propia naturaleza, sin embargo ésta para que origine consecuencias jurídicas debe ser legitimada por el reconocimiento voluntario o forzoso (investigación judicial) en este supuesto cuando se admite a controversia la relación materno-filial extra-matrimonial.

La declaración judicial de maternidad extramatrimonial como acción es procedente respecto de aquellos hijos sin vínculo jurídico materno acreditado, casos de orfandad, expósitos, etc. que desconocen la identidad de la madre.

La maternidad se acredita por el hecho del parto. Ahora probado el hecho del parto y la identidad del hijo en un proceso judicial sobre filiación materna dará lugar a que la maternidad extramatrimonial sea declarada judicialmente, estableciéndose así la filiación materna del hijo. El parto es un hecho biológico que acarrea consecuencias de orden jurídico. Acreditado el parto atribuye de pleno derecho la maternidad. Basta el certificado de nacimiento vivo para la atribución de maternidad. Debemos de



precisar que en el certificado en mención de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7 del Código de los Niños y Adolescentes debe constar la identificación dactilar de la madre y respecto del recién nacido la identificación pelmatoscópica. El D.S. 38-94-JUS a través de su artículo 3 dispone que respecto de los nacimientos acontecidos en hospitales estatales y maternidades en el certificado médico deberá constar en el dorso la identificación de cadactiloscópica de la madre como del recién nacido, esto queda establecido también por las normas referidas a la expedición del DNI de los recién nacidos.

Respecto de la identidad del hijo éste supuesto trata de establecer que el recién nacido es de la parturienta, lo cual se establece normalmente con el certificado de nacimiento.

Enrique Varsi Rospigliosi y Paula Siverino Bavio, citando a Méndez Costa señalan al respecto "La identificación del nacido significa asegurarse de que el niño cuya inscripción de nacimiento se realiza, sea efectivamente hijo de la mujer que lo ha dado a luz y que se denuncia como madre. Constituye una cuestión técnica de gran importancia frente a la cantidad de casos de fraudes, suplantación, sustracción o entrega de hijo, y se cumplirá ante la dependencia del registro correspondiente al lugar donde viva el hijo mediante fotografías, impresiones

dactiloscópicas, descripción de señas físicas y datos individuales<sup>149</sup>.

**B) La filiación y las técnicas de reproducción humana asistida:**

**a La inseminación artificial homóloga y la filiación del nuevo ser:**

La inseminación artificial o fecundación *in vitro* homóloga como técnica de reproducción asistida humana realizada dentro de la unión interconyugal, es decir, realizada dentro del matrimonio, con componentes genéticos (gameto masculino y femenino de los cónyuges), dará lugar a un hijo matrimonial a tenor de lo dispuesto en el Art. 301 del Código Civil vigente que dice: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. Se entiende que en este caso ambos han dado su consentimiento para la aplicación de la técnica de reproducción asistida, el supuesto en el que uno de ellos no lo ha dado será abordado posteriormente.

Consecuentemente la filiación del hijo será matrimonial coincidiendo el fundamento de la filiación, esto es el vínculo consanguíneo llamado también vínculo genético con el carácter

---

<sup>149</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y SIVERINO BAVIO, Paula. En **Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas**. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2003, tomo I, p. 57.

jurídico formal de la norma acotada. Al utilizarse los componentes genéticos del marido y la mujer dentro del matrimonio no se contradice la naturaleza. Al respecto Eduardo A. Zannoni sostiene:

“... en nuestro sentir, la técnica conducente a la inseminación homóloga no afrenta la naturaleza ni los fines del matrimonio y merece aprobación como un medio para superar siendo posible, la infertilidad de los cónyuges”<sup>150</sup>.

En ese mismo sentido Cárdenas Quirós indica que “sin desconocer la autoridad de la opinión contraria de la Iglesia sobre el particular, no encuentro [...] objeción ética alguna para la fecundación extracorpórea homóloga, siempre y cuando el procedimiento empleado para que se produzca no lleve la destrucción de algunos embriones, pues en caso contrario la fecundación importaría un violación flagrante del derecho a la

---

<sup>150</sup> ZANNONI, *op. cit.*, p. 50. Claro que en la doctrina comparada se encuentran también opiniones como las de Rabinovich-Berkman quien denuncia que la aplicación de las TERAS no sólo se daría por la muy comprensible idea de “algunos en sectores de la población argentina [de] una acuciante necesidad de tener hijos biológicamente propios, ‘de la misma sangre’ de los padres, y muy especialmente del progenitor” sino que evidenciaría la existencia de “criterios racistas en los niveles altos y medio-altos de la población, sobre todo en las ciudades más cosmopolitas, especialmente Buenos Aires. La identificación entre claridad de piel, ausencia de rasgos indígenas, y jerarquía socioeconómica, descrita por Isabel Allende para Chile, es perfectamente válida en la Argentina. A menudo, los interesados en adoptar pertenecen a las clases elevadas, y son de ‘tipo europeo’ (o pretenden ser-lo, lo que resulta harto peor), mientras que la mayoría de los niños disponibles, por provenir del proletariado, son de aspecto más autóctono. Esto genera a veces un rechazo, que se expone como un deseo de evitar problemas derivados de la falta de parecido físico, aunque disfraza una discriminación étnica”.

RABINOVICH-BERKMAN, *op. cit.*, p. 5.

vida de seres humanos"<sup>151</sup>. Mientras que Taboada nos dice que "Nuestra opinión es que las TERAS homólogas son conductas perfectamente ajustadas a derecho y que como tal deben ser reguladas"<sup>152</sup>.

Esta forma utilizada dentro del matrimonio no crea mayor problema, pues, el vínculo matrimonial existente brinda seguridad jurídica a la práctica de dicha técnica como a sus consecuencias.

En este caso la determinación de la filiación matrimonial se caracteriza por presunciones prácticamente irrefutables fundada en la vieja regla romana "*Pater is est quem nuptiae demostrant*", regla que por su utilidad permite la determinación de la paternidad legal (matrimonial) y la filiación matrimonial del nuevo ser mientras no se impugne en razón de ser una presunción *iuris tantum* (que admite prueba en contrario).

---

<sup>151</sup> CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "**Fecundación extracorpórea, protección jurídica del embrión y reforma del Código Civil de Perú**". En: *Ius et Veritas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1998, N° 17, p. 197.

<sup>152</sup> Ampliando su comentario, añade que "No podemos oponernos a esta regulación y legitimación de mecanismo científicos para la procreación entre cónyuges o convivientes basándonos en cuestiones religiosas o morales, sino en cuestiones de necesidades sociales. Por otro lado, quién puede decir que el deseo de los cónyuges o convivientes de tener un hijo de su propio material genético sea inmoral por el solo hecho de no ser consecuencia de un acto sexual. Nos parece, honestamente, desde nuestro particular punto de vista, un argumento carente de toda validez y sin ninguna justificación".  
TABOADA, Lizardo. "**La calificación de las técnicas de reproducción humana asistida como negocios jurídicos atípicos**". En: *Ius et Praxis*. Universidad de Lima. Lima: 1997, N° 27, p. 186.

Consecuentemente la doctrina es unánime en considerar a los nacidos de una inseminación artificial o fecundación *in vitro* homóloga como hijos matrimoniales determinada por la inscripción del nacimiento<sup>153</sup>, por lo que el Art. 361 del Código Civil como modelo de *lege data* para éste caso, resulta útil complementado en el Art. 363 del Código acotado.

– **España:**

En este país la ley de la materia indica en su artículo 7.1 que “La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”<sup>154</sup>. En ese sentido el artículo 108, *in fine*, del Código Civil indica que la filiación es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí, esta frase –conforme explica el artículo 116 del mismo cuerpo legal– constituye la presunción de paternidad matrimonial.

– **Italia:**

Aquí la ley N° 40 dispone que “Los nacidos a causa de la aplicación de las técnicas de procreación médicamente

---

<sup>153</sup> Por ejemplo Cárdenas quien nos dice que: “Tratándose de la fecundación extracorpórea homóloga que se realiza dentro del matrimonio, ella dará lugar a un hijo matrimonial”. CÁRDENAS QUIRÓS, *op. cit.*, p. 200.

<sup>154</sup> Estos tres artículos hacen referencia a los problema del consentimiento en la aplicación de las TERAS que deben prestar ambos cónyuges y a que la revelación del nombre del donante de gametos masculinos no implica ninguna determinación legal de filiación.

asistidos tienen el estado de hijos legítimos o hijos reconocidos de la pareja que ha expresado la voluntad de recurrir a las técnicas mismas a los sentidos del artículo 6<sup>155</sup>”.

– **Francia:**

En Francia, el Código Civil dispone en su artículo 312 que, al igual que en los casos anteriores, “El hijo concebido durante el matrimonio tiene como padre al marido. No obstante, éste podrá denegarlo en juicio, si justificara hechos aptos para demostrar que no puede ser el padre”. Respecto de la impugnación de la paternidad en la aplicación de las TERAS se indica que ésta solo puede proceder cuando el hijo no es producto de la aplicación de las mismas o cuando el consentimiento de uso de las mismas ha quedado sin efecto.

– **México:**

En este país el artículo 4.155 dispone que “La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con el acta de su nacimiento y con la de matrimonio de sus padres”, es decir también existe la presunción de filiación matrimonial, y en forma similar a nuestro caso se dispone que “La acción del esposo para contradecir la paternidad, deberá deducirla

---

<sup>155</sup> Se refiere a los requisitos necesarios para manifestación del consentimiento informado ya indicados precedentemente.

dentro de seis meses, contados a partir de la fecha en que tuvo conocimiento del hecho” –artículo 4.151 –.

– **Argentina:**

En forma similar a los casos indicados, en Argentina el artículo 243 indica que “Artículo 243 “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario”.

Por su parte en el proyecto de Código Civil de 1998 se prescribe que, artículo 544: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos (300) días posteriores a su disolución por causa de muerte. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que nazca después de los trescientos (300) días de la presentación de la demanda de anulación del matrimonio, de separación judicial o de divorcio, si éstos fueron decretados, o de la separación de hecho de los

cónyuges. No obstante, el hijo es matrimonial si se demuestra la paternidad del marido y el nacimiento se produce antes de los trescientos (300) días contados desde la disolución del matrimonio”<sup>156</sup>.

**b Inseminación artificial o reproducción *in vitro* heteróloga y la filiación del nuevo ser:**

Este tipo de reproducción asistida es una suerte de solución o remedio a la esterilidad de uno de los miembros de la pareja heterosexual o de ambos. Desde una perspectiva ético-jurídico inclusive es aceptado; así Varsi Rospigliosi citando a Luigi Lombardi señala que: “A efectos de su permisibilidad debe verificarse a) la infecundidad de la pareja, (no superable ni siquiera con la FEC), b) la existencia de un grave riesgo de transmisión de tara hereditaria<sup>157</sup> c) que la pareja sea capaz de adoptar y d) que previamente haya realizado de manera infructuosa un procedimiento de adopción”<sup>158</sup>. También Taboada manifiesta su opinión favorable de la siguiente forma: “Pues bien, desde nuestro punto de vista las técnicas de reproducción

---

<sup>156</sup> Cabe apuntar que el artículo 542 de dicho proyecto indica que el “Carácter de las presunciones. Las presunciones establecidas en materia de filiación admiten prueba en contrario”.

<sup>157</sup> En ese sentido nos dice Boza Dibos: “Las nuevas técnicas proporcionan un tratamiento eficaz para la gran mayoría de parejas infértiles, permiten que quienes temen transmitir malformaciones genéticas puedan tener hijos que están biológicamente relacionados por lo menos a uno de los padres, y otorgan a la pareja un mayor control sobre su actividad procreativa”.

BOZA DIBOS, *op. cit.*, p. 77.

<sup>158</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, *op. cit.*, p. 49.



humana asistida heterólogas no sólo satisfacen la necesidad social relevante de la procreación, sino que además permiten que determinadas parejas puedan llegar a ser padres cuando el material genético de uno de los que las conforman es deficiente. No nos parece que el hecho de utilizar material genético de un tercero sea un elemento que sirva para privar de legitimación jurídica [a] dichas técnicas. No aceptamos ningún argumento de orden supuestamente moral, religioso o de orden psicológico en contra de su legitimación. Sería absurdo e injusto calificarlas jurídicamente como actos ilícitos y menos aún considerarlas como hechos intrascendentes o irrelevantes. Por ello, nuestra posición es que las mismas deben ser también consideradas como negocios jurídicos tipificados legalmente, debiendo ser por lo demás rigurosos en lo que se refiere a sus requisitos legales. Dicho de otro modo, las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas deben ser también contempladas como negocios jurídicos típicos en el sistema jurídico nacional por cumplir una función socialmente relevante y digna, debiendo en todo caso ajustarse a rigurosos requisitos legales en protección del hijo nacido por su aplicación”<sup>159</sup>.

Aunque en la doctrina nacional también se encuentran opiniones contrarias a las de Varsi y Taboada; por ejemplo Cárdenas nos

---

<sup>159</sup> TABOADA, *op. cit.*, p. 188.

dice que: “los hijos deben ser el resultado de la intervención personal de la pareja. De admitirse [la fecundación heteróloga] se daría el caso de un hijo que, genéticamente, lo sería de un tercero, distinto al marido o a la mujer, según el caso, o de terceros”<sup>160</sup>.

La inseminación artificial heteróloga (I.A.D.) presenta problemas más complejos y parcialmente no brinda seguridad la realización de dicha práctica, al establecimiento de una relación jurídica familiar sólida, pues, el carácter heteróloga supone la introducción de material genético de una persona llamada donante en el ámbito del matrimonio o de la pareja estable, radicando en éste hecho la diferencia respecto de la inseminación artificial homóloga desde una perspectiva científica.

A esto debe sumarse que en la ya indicada “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y dignidad de la procreación”, a este respecto se señala que “el respeto de la unidad del matrimonio y de la fidelidad conyugal exige que los hijos sean concebidos en el matrimonio; el vínculo existente entre los cónyuges atribuye a los esposos, de manera objetiva e inalienable, el derecho exclusivo de ser

---

<sup>160</sup> Añade este autor que “En tales situaciones, no podría excluirse que se presentara la hipótesis de que la dadora del óvulo fecundado reclamara la maternidad del hijo concebido con aquél; o que el dador del semen reclamara la paternidad del hijo concebido; o que ambos lo hicieran”. CÁRDENAS QUIRÓS, *op. cit.*, p. 197.

padre y madre solamente el uno a través del otro". Agrega dicho documento de la Iglesia Católica que "el recurso a los gametos de una tercera persona para disponer del espermatozoide o del óvulo constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad". "La fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos", resultando en suma con un juicio negativo para este tipo de fecundación, estimándose "moralmente ilícita la fecundación de una mujer casada con el espermatozoide de un donador distinto de su marido, así como la fecundación con el espermatozoide del marido de un óvulo no procedente de su esposa".

Ahora bien, tratándose de la inseminación artificial heteróloga se debe diferenciar entre si el material genético donado es el del varón o de la mujer para saber si tal posibilidad está permitida en nuestro país esto por cuanto en el ya citado Art. 7 de la Ley General de Salud que indica que **"Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona..."**.

**Entonces a la letra de esta norma si el material genético corresponde al varón si estaría permitida la fecundación heteróloga mientras que si el material genético “donado” correspondería a la mujer, la fecundación heteróloga estaría prohibida por cuando no habría coincidencia entre la madre genética y la madre gestante<sup>161</sup>.**

Entre los problemas más importantes se cuentan los siguientes

- **La filiación del menor, el derecho a su identidad y el derecho a la intimidad del o la donante:**

Como ya se ha explicado, en la fecundación o inseminación artificial heterólogas interviene un componente genético distinto al de la pareja, es este caso si uno, o incluso los dos, gameto no corresponde a la pareja, pero ésta lleva el embarazo, es indudable que la paternidad jurídica del nuevo ser le corresponde a ella, es decir que la pareja que se somete a la TERA es a la que le corresponde la maternidad y paternidad respectivamente, no creándose ningún vínculo entre el, la o los donantes y el nuevo ser. De tal forma que la pareja gestante es a la que el menor puede exigir el

---

<sup>161</sup> Aunque los registros parlamentarios peruanos dan cuenta del proyecto de ley N° 11082 del 04 de agosto de 2004 por el cual, entre otras disposiciones, se proscribía la fecundación heteróloga y se regula la homóloga.

cumplimiento de determinadas obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria) o deberes naturales (reconocimiento)”.

Esta conclusión queda descartada, **para el caso en que el gameto “distinto” sea del varón, con la aplicación de la ley que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial** por cuanto en este supuesto nada impide –salvo que el menor haya nacido en un matrimonio y el marido no haya impugnado la paternidad– que se declare la relación filial entre el donante del gameto y el nuevo ser, con todas las implicancias alimentarias, sucesorias y de otra índole que contempla el nuestra norma material.

Lo explicado en el párrafo precedente inmediato se explica en el es el adecuado respeto el derecho a la identidad del menor, derecho que según la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se considera de vital importancia para el desarrollo del niño en el seno de una familia la vinculación genética de él con ambos padres, ya que la fecundación heteróloga podría resultar dañina a la pareja<sup>162</sup>. Frecuentemente se hace evidente (de una u otra forma) que

---

<sup>162</sup> Antes de seguir con el tratamiento de este supuesto convengamos en que las relaciones de parentesco en el caso que tratamos supone un nuevo sistema de presunciones y pruebas tendientes a acreditar la filiación (por ejemplo, la prueba de los grupos sanguíneos carecería de eficacia).

uno de los sujetos no ha participado genéticamente en la concepción del hijo, generando sentimientos de inferioridad en él que atentan contra la relación entre los integrantes de la pareja y, por lo tanto, también con ese hijo que nada tuvo que ver en aquella decisión pero que, sin embargo, padece sus consecuencias genéticas y psicológicas<sup>163</sup>.

Ahora bien, cabe preguntar si es que cabe que la mujer que se sometió un proceso de procreación asistida heteróloga - con gameto femenino distinto al suyo- puede impugnar su maternidad. Al respecto nuestro Código Civil a través del Art. 371° contempla la acción de desconocimiento de la maternidad facultando a la presunta madre a impugnar la maternidad en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo las cuales comportan modalidades de fraude en el nacimiento.

Como es de apreciarse la doctrina nacional y el derecho positivo peruano adoptó por un sistema cerrado de impugnación de la maternidad en caso que se dieran cualquiera de los 2 supuestos señalados y sólo se faculta ejercitar la acción a la presunta madre de lo que la posibilidad

---

<sup>163</sup> La Convención de los Derechos del niño señala que el niño tiene derecho a una identidad propia y aquí desde el inicio se le esta impidiendo conocer su origen, con el mecanismo de la donación anónima de gametos.

de desconocimiento o impugnación de la maternidad por parte del marido queda descartada en nuestro derecho positivo vigente.

Nos preguntamos en relación a la técnicas de procreación asistida propuesta en qué caso la presunta madre podría impugnar la maternidad. Consideramos que la presunta madre debiera estar facultada para impugnar la maternidad en el caso de que la Fecundación Extrauterina Heteróloga, haya sido aceptada mediando consentimiento del marido quién aporta su propio material genético (semen) e igualmente su cónyuge quien aporta su propio gameto femenino (óvulo) con la finalidad de someterse a dicha técnica de reproducción actuando la cónyuge como receptora; pero ocurre que posteriormente se determina científicamente que el óvulo utilizado en dicha práctica no ha sido de la cónyuge sino de otra mujer lo que conlleva a lo que se podría denominar una suerte de fraude en la realización de dicha técnica de reproducción al haber sido sustituido el gameto femenino (óvulo) de la cónyuge por otro. Por consiguiente el hijo genéticamente será de la mujer que no es su cónyuge y ésta será considerada como madre biológica por ser ésta la autora de la gestación y del parto y de acuerdo a nuestro derecho positivo vigente inclusive se le atribuirá la condición

de madre legal del nuevo ser como una solución de *lege data* de acuerdo a nuestra legislación nacional que fundamenta la maternidad en los presupuestos referidos al hecho del parto e identidad del hijo consumándose así un injusto legal, pues, se le atribuye a la cónyuge del marido una maternidad que no le corresponde amén de que asuma una paternidad no respecto del hijo de su cónyuge sino de la otra mujer.

Por lo que una solución de *lege ferenda* debe de contemplar la posibilidad de impugnación de la maternidad por la presunta madre en el caso propuesto a la luz de las instancias éticas, jurídicas y científicas así mismo contemplar la responsabilidad civil del centro médico, o médico interviniente en la realización de dicha técnica de reproducción humana asistida que dolosamente o con negligencia cause perjuicios desde una perspectiva ética, moral y económica.

– **España:**

Aquí se tutela el derecho a la identidad del menor indicando que los “hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad” [artículo 5.5]; pero



aún si se revelara su identidad, tal hecho no implica “en ningún caso determinación legal de la filiación”[artículo 8.3].

– **Italia:**

Como ya explicamos la aplicación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas está prohibida por lo tanto el menor es hijo legalmente de las parejas que han manifestado su consentimiento informado para someterse a ellas.

– **Francia:**

En este caso el legislador francés ha sido claro en establecer que “En caso de reproducción asistida con un tercero donante, no podrá establecerse ningún vínculo de filiación entre el donante y el hijo nacido de la procreación”, artículo 311-19 del Código Civil de ese país.

– **México:**

En este país se ha prohibido la investigación de la paternidad de los menores nacido a consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, así se dispone en si artículo 4.115 que “En los casos en que la inseminación artificial se efectuó con espermatozoides proveniente de bancos o instituciones legalmente autorizadas, no se dará a conocer el nombre del donante ni habrá lugar a investigación de la paternidad”.

– **Argentina:**

En Argentina, al igual que en nuestro país, para las personas nacidas por aplicación de una técnica de reproducción humana asistida dentro de un matrimonio, rige la filiación matrimonial, salvo la impugnación oportuna del marido. Para los hijos extramatrimoniales, en cambio, sólo procede la investigación de la paternidad del donante en los casos específicos.

El proyecto de código civil ya indicado no dispone de forma contraria al anterior en este punto, véase los artículos 548 y 549.

• **Maternidad subrogada:**

El vertiginoso avance científico de la fecundación *in vitro* deja abierta la posibilidad de la gestación a través de una mujer sustituta ajena a la pareja solicitante o contratante. Tradicionalmente solía conjugarse una sola mujer tanto la maternidad natural y la maternidad legal, hoy en día se determina la existencia de varias formas de maternidad, genética, gestante y legal característica propia de la F.V.T.E. y la T.S.G.

La maternidad biológica puede ser diferenciada en maternidad genética y maternidad gestante, en el primer caso es la mujer quien aporta el gameto femenino (óvulo con sus 23 cromosomas haploides) fecundado, en el segundo caso la mujer es quien gesta al nuevo ser a ella se le transfiere los gametos masculinos o se le implanta el preembrión desarrollando el embarazo. Ahora la maternidad biológica puede ser plena o parcial, será plena si la madre ha gestado al hijo con su propio gameto (óvulo), será parcial si sólo aporta su gameto (óvulos) en cuyo caso nos encontramos con la maternidad genética y si sólo aporta la gestación, pero no ambos<sup>164</sup>.

– **Concepto:**

Diversas denominaciones han sido utilizadas a fin de designar a la maternidad por otro. Así, en los Estados Unidos se alude a *surrogate mother*; en Francia, *mère porteuse* -madre

---

<sup>164</sup> Con referencia a este punto Reyes Farfán nos dice “que nos encontramos ante un desdoblamiento de la función materna: por un lado tendremos la ‘maternidad genética’ - a partir de la aportación de la mitad de la información cromosomática- y por el otro, ‘la maternidad gestacional’ de quien cede su vientre. Empero, cuando la identidad de la donante del óvulo no coincida con la de quien contrata, se verificará la presencia de una tercera interesada: la ‘madre de deseo’. Ahora bien, ¿quién será considera madre por la ley?; ¿qué repercusiones psíquicas aparejará en el niño la circunstancia de ser separado de quien lo gestó?”.

REYES FARFÁN; Ana María. “**Implicancias de la Reproducción Asistida en el Derecho de Familia**”. Lima: 21de noviembre de 2002, artículo publicado en la Estafeta Jurídica Virtual de la Academia de la Magistratura del Perú y está disponible en <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=257>

portadora-, como también se habla de “madres sustitutas”, “maternidad por sustitución”, “gestación por cuenta de otros”. Según la definición del Informe Warnock consiste en la situación en la que: "Una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca"<sup>165</sup>. Por su parte Banda nos dice que es la situación en “la mujer, siendo incapaz de desarrollar el embarazo, alquila a otra para que la sustituya en dicha función, situación que, sin embargo, podría ocurrir no solo en el caso que haya una verdadera incapacidad por parte de la mujer que desea procrear, sino que, estando capacitada para ello, no desea que el proceso de la gestación del nuevo ser se desarrolle en su propio cuerpo”<sup>166</sup>.

En torno a esta técnica de reproducción<sup>167</sup> se han creado diversas agencias o sociedades a fin de viabilizar ésta práctica, es el caso de la sociedad “*Surrogate parenting*

---

<sup>165</sup> Otra definición nos dice que “es cuando “una mujer fértil que acuerda, mediante ‘contrato’, ser inseminada artificialmente con el semen del hombre casado, que no es su esposo, o que se le implante un embrión -formado con un óvulo de la mujer contratante y el esperma del esposo de la mujer contratante o formado con los gametos de una tercera pareja- para procrear y/o sobrellevar y dar a luz a la criatura.” Una vez nacida la criatura, es entregada a la mujer o pareja que encargo la gestación, renunciando la gestante a cualquier derecho maternal o de filiación con ese niño”.

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE, *ob. cit.*, p. 204.

<sup>166</sup> BANDA VERGARA, Alfonso. “**Dignidad de la persona y reproducción humana asistida**”. En: Revista Jurídica. Universidad de Valdivia. Chile: 1998, N° 9, p. 10.

<sup>167</sup> Beatriz boza nos explica que la maternidad subrogada, madre sustituta o cesión o alquiler de vientre no es propiamente una forma de concepción artificial, así fungiría la madre sustituta como una incubadora.

BOZA DIBOS, Beatriz. “**Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho. Reflexiones en torno a la ‘reproducción humana asistida’**”. En: Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1991, N° 45, p. 75.

*associates*" en Luisville, Kentucky (Estados Unidos) se dedica al llamado "alquiler de útero" a través de una madre sustituta que luego de gestar y alumbrar al nuevo ser abandonaba al niño y era entregado a la pareja solicitante de dicha práctica y así existen diversas entidades de este tipo con ligeras variantes como en Francia la "*Association Nationale pour l'insémination artificielle por substitution*" y otros como "*Alma mater*" "*Sainte Sarah*".

El accionar de estas entidades en muchos casos ha sido prohibido por los órganos jurisdiccionales en Francia, Inglaterra y Alemania por graves controversias jurídicas que plantea la realización de esta técnica.

– **Clases de maternidad subrogada:**

La doctrina considera 2 clases de maternidad subrogada los mismos que comparten básicamente los 2 presupuestos de maternidad subrogada.

- a) Madres por subrogación.- En el caso de que la mujer fértil acuerda ser inseminada con el semen de un hombre casado y llevar a cabo la gestación de la criatura para finalmente al nacer ésta hace entrega del nuevo ser por consiguiente es

madre genética, gestante (maternidad biológica plena) y generadora<sup>168</sup>.

b) Madres "portadoras" o "sustitutas".- Comúnmente llamadas "madres de alquiler". Por esta clase de maternidad una mujer que no puede gestar, pero, sí producir óvulos contrata con otra -la madre de alquiler- para que se implante en el útero de ésta un embrión creado *in vitro* con gametos que puede ser de la pareja contratante o de donantes<sup>169</sup>.

En este caso quien da a luz al nuevo ser será la madre de alquiler y la que aportó el gameto femenino podría ser considerada e incluso llamado madre genética.

Mosquera Vásquez nos dice:

"En este marco pueden presentarse seis variantes en el "alquiler de útero".

---

<sup>168</sup> Algunos consideran que este supuesto se trataría prácticamente de la "venta de un hijo", mas que de un caso de maternidad subrogada.

<sup>169</sup> Siguiendo a Zannoni, consideramos que el verdadero caso de maternidad por otro se plantea en la segunda hipótesis mentada, en la cual se produce una disociación voluntaria entre la madre biológica y la gestante.

- 1) Cuando tanto el semen como el óvulo proviene de la pareja “contratante”.
- 2) Cuando el óvulo proviene de la esposa “contratante” y el semen de un “cedente”.
- 3) Cuando el óvulo pertenece a un cedente y el semen al esposo "contratante".
- 4) Cuando tanto el óvulo como el semen provienen de cedentes.
- 5) Cuando el óvulo proviene de la “madre de alquiler” y el semen del esposo “contratante”.
- 6) Cuando el óvulo proviene de la “madre de alquiler” y el semen de un cedente<sup>170</sup>.

– **Problemas jurídicos que plantea la maternidad subrogada en relación al nuevo ser:**

Los problemas que se presentan son diversos, los principales se circunscriben a los siguientes:

- 1) Que la madre gestante quiera quedarse con el nuevo ser.

---

<sup>170</sup> MOSQUERA VASQUEZ, Clara. **Derecho y Genoma Humano**. Editorial San Marcos. Lima: 1997, p. 48.

- 2) Que la madre gestante, ni la contratante quieran quedarse con el nuevo ser, por adolecer éste por ejemplo, de problemas eugenésicos.
- 3) Que durante la gestación se advierta ciertas anormalidades del concebido y la pareja contratante pretenda el aborto terapéutico, negándose a dicha práctica abortiva la gestante.
- 4) Que se disuelva el vínculo matrimonial de la pareja solicitante (estéril) durante la etapa de embarazo de la gestante considerando que la cónyuge no aportó el gameto femenino (óvulo).

– **Validez jurídica del contrato de maternidad subrogada o asistida:**

Nuestro Código Civil vigente regula la figura jurídica del contrato a través del Art. 1351 como: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".



Algunos autores consideran que el denominado -impropiamente- "contrato de maternidad subrogada" tiene por objeto el "alquiler de útero o de vientre" de una mujer para que ésta aportando el óvulo o con la de una donante geste al niño por consiguiente se pretendería considerarlo como un contrato de arrendamiento, al amparo de nuestro Código Civil vigente a través del Art. 1666 (Libro fuentes de las Obligaciones que expresamente dice: "Por arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida". En consecuencia pretender considerar como objeto de este "contrato" el "alquiler de útero" de una mujer con la finalidad ya indicada sería una grave aberración jurídica porque si bien es cierto no ofrece problema alguno el libre consentimiento que se preste para gestar un niño o la forma que se adopte, pero, si plantea problemas el objeto y la causa de dicho "contrato", pues por éstas el contrato es ilícito ya que en principio los órganos están fuera del comercio de los hombres, estando, prohibido los actos de disposición del cuerpo humano a cambio de una contraprestación económica, pues se atenta contra la integridad psico-somática, se constituye un atentado contra los artículos 5,6 y 7 del C.C.

Libro: Derecho a las Personas)<sup>171</sup> y los servicios a prestarse son contrarios a las buenas costumbres<sup>172</sup>.

Lledó Yagüe sostiene:

"... que el contrato con la portadora resulta a todas luces ilícito porque, entra otras razones, la capacidad generativa es indispensable, intransferible y personalísima. Esta fuera de la autonomía de la voluntad de las partes porque atenta con los principios de orden público pretender arrendar el uso de un útero durante nueve meses de gestación"<sup>173</sup>.

Algunos autores especialistas en la materia consideran que es preferible denominarlas cesión de útero, otros creen que tal "contrato" deben ser incluido dentro de los llamados contratos innominados, y otros consideran que se trata de un contrato de servicios de incubación en útero ajeno.

---

<sup>171</sup> En ese mismo sentido nos dice Medina que "Personalmente, nos hemos expedido afirmando que, en principio, la maternidad por sustitución es inmoral y contraria al orden público, por cuanto la misma no respeta el interés del niño, al mismo tiempo que disocia voluntariamente la maternidad, contrariando el orden público al generar inseguridades con respecto a la filiación, y disponer derechos indisponibles e irrenunciables. Ello amén de la ilicitud del 'alquiler del propio útero' -ya que se trata de un objeto que se encuentra fuera del comercio-, y de la inmoralidad ínsita en la recurrencia a tales procedimientos por parte de la madre genética que pretende evitar los 'inconvenientes' derivados de la maternidad".

<sup>172</sup> La Iglesia Católica, a través de la Instrucción sobre "El respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación", se plantea la siguiente interrogante y se da la respuesta consiguiente: "Es moralmente lícita la maternidad 'sustitutiva'? No, por las mismas razones que llevan a rechazar la fecundación artificial heteróloga: es contraria, en efecto, a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana", y a continuación agrega que "la maternidad sustitutiva representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, traído al mundo y educado por los propios padres; instauro en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen".

<sup>173</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. **Reflexión Jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana.** "La Ley" N° 177, 1985, p. 4.

Nosotros desde la perspectiva de nuestra legislación vigente consideramos que el nombre o denominación que pueda adoptar dicho contrato es lo de menos, pues por su objeto y por su causa dichos contratos son nulos sean gratuitos u onerosos<sup>174</sup>, por las consideraciones antes ya expuestas por consiguiente la madre portadora no estará obligada a hacer entrega del hijo ni sería pasible de una indemnización por daños y perjuicios por su negativa<sup>175</sup>.

– **Determinación de la filiación de los nacidos de un contrato de maternidad subrogada o asistida:**

Consideramos que la filiación materna o "*status filii*" del nuevo ser que nazca de un contrato de maternidad subroga o asistida concebido dentro del matrimonio de acuerdo a nuestra legislación vigente está sustentado por el principio clásico inspirador de la normatividad jurídica sustantiva, esto es el principio "*partus sequitur ventrem*" acreditada por el

---

<sup>174</sup> Tal como anteriormente apuntáramos en nuestro país existe el proyecto de ley N° 11082 que, entre otros aspectos, prohíbe "toda forma de maternidad subrogada".

<sup>175</sup> Claro que en la doctrina nacional existen posiciones a favor de esta posibilidad como la de Bullard Gonzales para quien, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, "El aceptar que se contemple dentro del sistema contractual la posibilidad de ceder la capacidad reproductora de una persona, mediante convenios de subrogación de maternidad o alquiler de vientre, puede tener un beneficio claro: la satisfacción de la necesidad de tener hijos que muchas parejas no pueden el día de hoy cubrir por sí solas". BULLARD GONZALES, Alfredo. "**Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual**". En: *Ius et Veritas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1995, N° 10, pp. 51 - 64.

hecho del parto y por consiguiente determinada por el principio de que la madre siempre es cierta. En consecuencia en los casos de maternidad subrogada, el hijo será matrimonial y quien alumbró al nuevo ser será considerada la madre legal, tanto más que nuestro C.C. vigente no concede acción para impugnar la maternidad sino sólo por parto supuesto o de suplantación del hijo<sup>176</sup>.

En el caso de que la maternidad subrogada sea realizada por una mujer no unida por vínculo matrimonial, el hijo será extramatrimonial practicado el reconocimiento de maternidad o paternidad caso contrario queda abierta la posibilidad de la investigación judicial de paternidad o maternidad según como corresponda inclusive cuando se utilicen gametos masculinos donados. La reclamación judicial de la filiación paterna es viable.

---

<sup>176</sup> Autores como Boza Dibós llaman la atención respecto de los problemas de filiación aparte de “los casos en que quien piensa fungir de padre o de madre no proporciona el material genético sino que éste es de un tercero (ej. caso típico el donante anónimo a un banco de esperma, o la donante que no sólo cede su vientre sino que provee el óvulo). Más aún, ¿cuál será la situación del menor frente a sus padres homosexuales? En este contexto toda la serie de presunciones legales con que tradicionalmente el Derecho tutela el bienestar del menor, resultan inoperantes. A manera de ejemplo, basta pensar en el caso de la mujer casada que decide fungir de ‘madre sustituta’: la criatura si bien genéticamente no es hijo de su marido, sino de un tercero (ya que fue inseminada artificialmente), en virtud de la presunción *pater is* legalmente resulta siendo hijo del marido (Art. 361 del Código Civil peruano de 1984). Es más, la mujer no puede demostrar lo contrario (Art. 362). La dificultad no se acaba aquí sino que también involucra a la mujer. Supongamos que ella sólo alquiló su vientre, es decir, que le implantaron un embrión ya concebido sólo para que lo gestó durante los nueve meses del embarazo. Cuando da a luz, ¿a quién se reputa madre de la criatura? El legislador tradicionalmente ha tenido en mente a la mujer que alumbró, ¿y ahora?”. Boza Dibós, *op. cit.*, p. 81.

Debemos precisar que de acuerdo a nuestra legislación en el caso de que la madre gestante sea casada, la investigación de la paternidad respecto de un tercero donante del gameto masculino no será posible si previamente el cónyuge no impugna la paternidad por alguna de las causales contenidas en el Art. 363 del C.C. y logra sentencia favorable. De no impugnar y no lograr sentencia favorable, el marido será considerado padre legal del menor a tenor de lo dispuesto en el Art. 361 del C.C.

A falta de una legislación específica sobre la materia consideramos que una solución de *lege ferenda* en nuestro medio en los casos de maternidad subrogada realizada con donación de ambos materiales genéticos (gameto masculino y femenino) o de un embrión la filiación del nuevo ser debería ser determinada a través de un proceso de adopción para no vulnerar la normatividad vigente de esta institución.

– **Incidencia de los contratos de maternidad subrogada o asistida:**

Tanto en la doctrina nacional y extranjera pueden citarse innumerables casos en los que se han celebrado contratos de maternidad subrogada y los problemas que ellos suscitan,

pero hasta ahora no se habían registrado casos en nuestra realidad.

Así en la doctrina nacional Fernández Ruiz y Seminario Sifuentes relatan un caso norteamericano de la siguiente forma: “En la madrugada del 7 de noviembre de 1985, en Maldren (Massachussets), Sherry King dio a luz a una niña que, biológicamente es su hija, pero jurídicamente era su sobrina. Esta situación se produjo porque la señora Carola Jalbert debido a una histerectomía (extracción del útero) no podía tener hijos. Sin embargo, para la familia Jalbert aún quedaba una esperanza. Para ello Sherry, la hermana de Carola, quedó embarazada porque se le inoculó el esperma de su cuñado Ernie Jalbert. Pero lo que no previeron los Jalbert fue que Sherry tomará la decisión de no entregar a la niña, argumentando que era la madre gestante”<sup>177</sup>.

Finalmente en nuestro país también se puede comprobar que la reproducción *in vitro* viene siendo utilizada, por ejemplo el Hospital Docente Madre Niño San Bartolomé -ubicado en la avenida Alfonso Ugarte, Cercado de Lima- a través de su servicio de Reproducción Humana ahora evalúa y trata

---

<sup>177</sup> FERNÁNDEZ RUIZ, Paulo César y Silvana SEMINARIO SIFUENTES. “**Deficiencia en la regulación de las teras en nuestra legislación**”. En: *Ius*. Universidad Privada del Norte. Trujillo: 2004, N° 5, disponible en: <http://www.upnorte.edu.pe/ius/04/art06.htm>

también casos de infertilidad de alta complejidad gracias a un convenio con el Instituto de Ginecología y Fertilidad. Y se citan los casos de dos parejas: Sequeiros - Álvarez y Rodríguez-Gonzales<sup>178</sup>. Asimismo la edición del día 14 de marzo de 2005 del diario El Popular da cuenta de que en el Perú -de acuerdo a cifras proporcionadas por el Centro de Fertilidad Procrear- se producirían alrededor de 1 800 nacimientos de niños a consecuencia de la utilización de la fertilización *in vitro*<sup>179</sup>.

Mientras que en lo referente a la denominada maternidad subrogada fuentes periodísticas han puesto al descubierto toda una red de profesionales médicos que ofrecía a través del *internet* los llamados “vientres en alquiler”. En efecto el diario La República a través de una serie de reportajes aparecidos desde el 13 al 16 de diciembre de 2006 da cuenta de cómo es que funcionaba en nuestro país una red que ofrecía este servicio.

---

<sup>178</sup> RED DE PERIODISTAS Y DIVULGADORES CIENTÍFICOS, *ídem*.

<sup>179</sup> Estos mismos datos fueron también publicados en la edición limeña del Diario Correo, correspondiente a la misma fecha. Mientras que para el caso argentino, la página *web* La infertilidad da cuenta de que el diario bonaerense Clarín afirma que en el 2006, 5000 serían los niños que han nacido en el país del Río de la Plata producto de que los tratamientos de infertilización.

Record de tratamiento de fertilización en el 2006, disponible en <http://www.lainfertilidad.com/default.asp?seccion=68&idRep=1000>

Así a través del reportaje titulado “Canal español destapa red de ‘vientres de alquiler’ en Lima”<sup>180</sup> relata como es que a través de dos contactos médicos de dos prestigiosas clínicas limeñas realizaban la inseminación *in vitro*, uno, y el otro se encargaba del seguimiento del embarazo hasta el parto. En ese mismo reportaje se precisa la persona que iba “alquilar” su vientre también “donaba” sus óvulos –esto aquí se aprecia la realización de una fecundación *in vitro* heteróloga-. Al día siguiente, el mismo diario publica una entrevista a la persona que iba a “alquilar su vientre” indicando que no era la primera vez que lo hacía, y que ya antes se había sometido a este tratamiento<sup>181</sup>.

Todos estos datos no hacen sino confirmar que en nuestro país se viene utilizando las diferentes técnicas de reproducción asistida sin la menor regulación por lo que se hace imprescindible subsanar tal situación.

– **España:**

La legislación española a través del Art. 10-1 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida expresamente señala:  
"Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se

---

<sup>180</sup> Publicado en las páginas 2 y 3 de la edición del 13 de diciembre de 2006 del diario indicado.

<sup>181</sup> La nota periodística se titula “Yo ya he dado mi vientre en alquiler, no es ningún delito” y como ya se indicó se publicó en el diario La República el 14 de diciembre de 2006.



convenga la gestación con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero".

Entonces, de acuerdo al artículo 10-2 de la misma ley: "La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto". Lo cual constituye una excepción al principio de verdad genética, ubicándose así un defecto, vacío o deficiencia legal a la par que constituye como medio disuasorio, para quienes pretenden someterse a la realización de dicha técnica, en doctrina se hace eco además de la posición adoptada por la mayoría de los autores en el sentido de que la maternidad corresponda a quien alumbró al nuevo ser. El padre debe ser el marido de la mujer que dió a luz siempre que haya otorgado su consentimiento toda vez de que generalmente es el mismo quien aporta el material genético masculino por lo que inclusive conjugará su paternidad genética con la legal.

– **Alemania:**

La ley alemana correspondiente prohíbe la maternidad subrogada pues en su artículo 1.1 sanciona penalmente a quien "Transfiera a una mujer un óvulo no fecundado ajeno",

o “Emprenda la fecundación artificial de un óvulo para fin distinto del embarazo de aquella mujer de la que proviene el óvulo”.

Otras conductas prohibidas son las de extraer de una mujer un embrión antes de concluir su anidación en el útero para transferirlo a otra mujer o para emplearlo con finalidad distinta a su conservación y emprender una fecundación artificial o una transferencia de embrión humano a una mujer que esté dispuesta a entregar a terceros el niño después de su nacimiento de modo permanente.

Evidentemente en este país, al igual que en toda la tradición jurídica romana, la maternidad se determina por el hecho del parto.

– **Italia:**

Aquí, como ya se indicó están prohibida la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida de tipo heterólogo, por lo que la ley pertinente dispone en su artículo 9 de que la madre no puede “declarar la voluntad de no ser anónima”, esto en tanto el parto determina la maternidad, por lo que cualquier acuerdo en sentido contrario es nulo.

– **Francia:**

En este país en principio es la madre el menor quien lo da a luz, pero existe un sistema abierto de investigación de la maternidad, así se ha prescrito en el artículo 341 del Código Civil que “La investigación de la maternidad se admitirá con reserva de la aplicación del artículo 341-1. **El hijo que ejercite la acción esta obligado a probar que era él a quien la presunta madre parió.** La prueba sólo puede aportarse si existen presunciones o indicios graves”.

El artículo 341-1 posibilita que “En el momento del parto, la madre podrá solicitar que se preserve el secreto de su ingreso y de su identidad”.

Es decir que, en buena cuenta, la maternidad se rige por el hecho del parto y probado esto se declara la filiación no importando pacto en contrario, por que los estados de filiación no son disponibles. Así el artículo 16-7 de dicho cuerpo legal prescribe que “Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”.

Jurisprudencialmente en este país “El 31 de mayo de 1991, este Tribunal Supremo [se refiere a la Corte de casación francesa] citando los artículos 6 (orden público y buenas costumbres), 1128 (causa de las obligaciones) y 353

(condiciones de la adopción) del Código Civil, decidió lo siguiente: ‘La convención por la cual una mujer se compromete (incluso a título gratuito) a concebir y llevar una criatura con el fin de abandonarla en el día de su nacimiento es contraria a los principios de orden público, de indisponibilidad del cuerpo humano y de indisponibilidad del estado de las personas’<sup>182</sup>.

La doctrina considera que “La solución adoptada por la Corte de Casación no es tan nueva como lo parece, porque ya antes la misma, el 13 de diciembre de 1989 (así como varias cortes de apelaciones), había proclamado la ilicitud y la nulidad de las asociaciones tendientes a favorecer al contrato de madre subrogada. Y con este motivo esos tribunales habían claramente afirmado que ese contrato era nulo”<sup>183</sup>.

– **México:**

En este lugar rige la regla consistente en que “La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, **del solo hecho del nacimiento**”, artículo 4.162 del

---

<sup>182</sup> CHABAS, Francois. “La corte de casación francesa y el asunto de las llamadas ‘madres portadoras’”. En: Jurídica. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México: 1992, N° 21, pp. 163-166.

<sup>183</sup> Para conocer con más detalle los casos presentados en varios países del mundo revítese a MEDINA, Graciela. “Maternidad por sustitución (solución en la jurisprudencia francesa y norteamericana)”, trabajo disponible en <http://www.gracielamedina.com> y a FARNÓS AMORÓS, Esther y Margarita GARRIGA GORINA. “¿Madres? Pueden ser más de una”. En: Indret. Revisa para el análisis del derecho. España: octubre de 2005, N° 306.

Código Civil, por lo que los contratos de maternidad subrogada no surten efectos.

– **Argentina:**

En este país el Código Civil a través de su artículo 242 precisa que “La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, **por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido**”[...]. Por su parte el proyecto de Código Civil, tantas veces aludido, repite esta regla en su artículo 543 en donde indica que “La maternidad queda establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y de la identidad del nacido”; pero añade que “La maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita”.

• **Falta de consentimiento de uno de los cónyuges:**

Es el caso en el que la cónyuge se somete a ésta práctica de inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del marido –el caso contrario, esto es, sin el consentimiento de la

mujer es muy difícil que suceda—, supuesto que estaría permitido en nuestro país por cuanto el multicitado Art. 7 de la Ley General de Salud habla de la necesidad del consentimiento “...de los padres biológicos...”, y nada dice respecto de tal consentimiento del “padre legal”, que como sabemos no sería el padre genético.

La doctrina no adopta un parecer unánime y uniforme en relación a que al hijo no puede atribuírsele una filiación matrimonial, pues, no existe la categoría jurídico - formal de la voluntad o decisión por parte del marido que ese ser naciera.

Además de no darse el presupuesto biológico, pues, el marido no ha aportado el componente genético (gametos masculinos) por lo que doctrinariamente no puede atribuirse al marido una paternidad que no le corresponda como consecuencia de una decisión unilateral adoptada por la cónyuge respecto de la descendencia de un matrimonio.

Hasta antes de la dación de la Ley 27048 (Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad) el Código Civil peruano consagraba un sistema legal “cerrado” de negación de la

paternidad por el cónyuge. Entonces el código sustantivo contemplaba únicamente –como causales de negación de la paternidad (presumida legalmente)– las establecidas en el Art. 363 incisos 1,2,3 y 4 y así se producía una situación de iniquidad respecto del marido como la afirma Rubio Correa.

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

Con la dación de la Ley 27048 y en estricta observación la doctrina uniforme, hoy en día queda abierta la posibilidad de que el marido interponga la acción de impugnación o desconocimiento de la paternidad al amparo del Art. 363º incisos 5 y así pueda negar al hijo de su mujer cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo paternal. Por consiguiente la filiación del ser que nazca mediante inseminación artificial heteróloga sin mediar consentimiento del marido debe ser refutado como

hijo extramatrimonial respecto de la madre no teniendo por padre al marido de su cónyuge en una solución de *lege ferenda*, sin embargo frente al problema debemos precisar una solución de lege data en tanto y en cuanto al marido no impugne la paternidad por alguna de las causales previstas en el Art. 363º del C.C. vigente (modificado por Ley N° 27048) y dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso si estuvo ausente (Art. 364º del C.C.) y no obtiene sentencia favorable de la impugnación, el estatus jurídico del nacido por medio de ésta técnica de reproducción humana asistida será la de una filiación matrimonial en estricta observación al artículo 361º del C.C. vigente (el hijo nacido dentro del matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido) aunque la madre declare que no es de su marido o sea declarada como adúltera (Art. 362 del C.C.), no obstante de que el marido no haya otorgado su consentimiento voluntario para la concepción del nuevo ser ni haya aportado el componente genético masculino.

Por lo que consideramos recomendable que se replantee nuestro sistema legal “cerrado” de impugnación de paternidad considerándose como una causal más de negación de la paternidad. (Art. 363 del Código Civil Peruano) el hecho



de que el marido no haya prestado su consentimiento para la inseminación artificial heteróloga o en todo caso se opte por un sistema legal "abierto" de impugnación, pues debemos tener presente que las causales señaladas taxativamente en nuestro sistema "cerrado" (Art. 363º del Código Civil) no admite extensión analógica mostrando la falencia de nuestro sistema impugnatorio.

En el caso de que el marido no haya prestado su consentimiento para la realización de dicha práctica y aunque la madre declare este hecho, si el marido no niega la paternidad por las causales contempladas en el Art. 363 del Código Civil y no vence en la acción es considerado legalmente el padre del niño por presunción de lo dispuesto en el Art. 362º del Código Civil que establece que "el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera" la filiación del nuevo ser quedará determinada por lo dispuesto en el Art. 361º del Código Civil que dice: "El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido", el artículo acotado contiene la presunción *pater is quem nuptiae demostrant*, la misma que no se funda en la consanguinidad sino en el vínculo estrictamente jurídico formal; en consecuencia y en el

caso propuesto la determinación de la filiación del nuevo ser que nazca será la de un hijo matrimonial teniendo por padre legal al marido de la cónyuge, no obstante que el nuevo ser es “hijo biológico” es decir, descendiente genético del donante que aportó los gametos masculinos. La filiación matrimonial del hijo está determinada por un vínculo de parentesco civil.

– **España:**

La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se rige por el Código Civil español que en su artículo 136 dispone que “el marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil” o un año desde que el marido tenga conocimiento del nacimiento, con lo que se estipula un sistema abierto de impugnación de paternidad pero con límite temporal.

– **Italia:**

En este país el cónyuge o concubino que no haya consentido la aplicación de la técnica de reproducción humana asistida puede impugnar la paternidad del menor de acuerdo a las reglas generales de impugnación de paternidad, entre las que se cuenta el hecho de que la acción impugnatoria es

imprescriptible si es que el reconocimiento se realizó por desconocimiento de la verdad del reconociente.

– **Francia:**

En el país galo el Código Civil dispone en su numeral 311-20 “El consentimiento dado a una reproducción asistida prohíbe cualquier acción de impugnación de la filiación o de reclamación de estado a menos que se sostenga que el hijo no ha nacido de la reproducción asistida o que el consentimiento hubiera quedado privado de efecto. El consentimiento quedará privado de efecto en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación de cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Quedará igualmente privado de efecto cuando el hombre o la mujer lo revoque, por escrito y antes de la realización de la reproducción asistida, ante el médico encargado de comenzar esta asistencia. El que, después de haber consentido la asistencia médica a la reproducción, no reconozca al hijo nacido compromete su responsabilidad hacia la madre y hacia el hijo. Además, se declarará judicialmente la paternidad no matrimonial de quien, después de haber consentido la asistencia médica a la reproducción, no reconociera al hijo que ha nacido”.

– **México:**

En este país se prohíbe que la mujer casada pueda acceder a una técnica de reproducción humana asistida sin consentimiento de su esposo; pero aún así esta prohibición se produjera el supuesto estudiado, el marido sólo podrá desconocer la paternidad sólo en los siguientes casos: artículo 4.149: Si el esposo ha otorgado su consentimiento tácito o expreso, no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio; artículo 4.150: Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación, y artículo 4.151: La acción del esposo para contradecir la paternidad, deberá deducirla dentro de seis meses, contados a partir de la fecha en que tuvo conocimiento del hecho.

– **Argentina:**

En Argentina el Código Civil actual, artículo 258, dispone que “El marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón

de pruebas que la contradicen. Para acreditar esa circunstancia podrá valerse de todo medio de prueba, pero no será suficiente la sola declaración de la madre. Aun antes del nacimiento del hijo, el marido o sus herederos podrán impugnar previamente la paternidad del hijo por nacer. En tal caso la inscripción del nacimiento posterior no hará presumir la paternidad del marido de la madre sino en caso de que la acción fuese rechazada”.

Por otro lado, el proyecto de Código Civil dispone en su numeral 563: “El marido puede impugnar la paternidad de los hijos que se presumen matrimoniales alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Para acreditar esa circunstancia es admisible todo medio de prueba, pero no es suficiente la sola declaración de la madre. **No es admisible la impugnación de la paternidad si el marido consintió la fecundación artificial de la cónyuge o la implantación de un óvulo fecundado con gametos provenientes de un tercero, sea tal consentimiento lícito o ilícito.** La acción del marido caduca al año de la inscripción del nacimiento o de haber sabido del parto si prueba que no lo conocía”.

**C) La inseminación artificial sin consentimiento del cónyuge y las causales de separación de cuerpos o divorcio:**

Como se sabe en sede nacional existe un sistema cerrado de causales para demandar la separación de cuerpos y el posterior divorcio ulterior, causales a las que se podría sumar el no haber consentido la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida en el cónyuge.

Ahora bien, la inexistencia del consentimiento por parte del cónyuge a los efectos matrimoniales podría tener relevancias jurídicas partiendo de la posibilidad de que podría demandar la separación de cuerpos o el divorcio absoluto fundamentando su pretensión en las causales de injuria grave o conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común (artículo 333º incisos 4 y 6 del C.C.) quedando descartada la posibilidad de que lo pueda fundamentar bajo la causal de adulterio en principio porque ésta hoy en día presupone relaciones sexuales (acceso carnal) con la que se supera la antigua idea de adulterio asociada a la infidelidad como al hecho de introducirse elementos extraños en la familia muy a pesar de que en algún momento alguna jurisprudencia extranjera lo consideró así, tenemos por ejemplo dos casos citados por Miranda Canales a) la apertura de Padova (7-11-1958) y ulteriormente el Tribunal de Apelación de la misma ciudad

(15-2-1959) considerando que la mujer que se había hecho inseminar artificialmente con espermatozoides de un dador anónimo sin consentimiento del marido, cometía adulterio (por entonces regulado como delito penal y b)... en el caso Doornbos c/Doornbos, en 1954 (jurisprudencia norteamericana) se resolvió en sentido de que la actora inició juicio de divorcio y reclamó la tenencia exclusiva del niño para sí, argumentado que era fruto de fecundación asistida con dador anónimo, la Corte afirmó que la inseminación artificial con donante constituye adulterio y que consecuentemente, el hijo es ilegítimo"<sup>184</sup>.

Hoy en día queda descartada la posibilidad de una separación de cuerpos o de un divorcio absoluto por infidelidad comprendida en su sentido clásico del cónyuge, Zannoni señala: "la inseminación heteróloga no importa un acto similar al adulterio, en su valoración ética, como se ha sugerido, porque en el adulterio hay una entrega del cuerpo, reprobable moralmente"<sup>185</sup>.

Una jurisprudencia norteamericana citada por Miranda Canales considera "El primero que se conoce el Hoch c/Hoch de 1945. Los hechos eran los siguientes: el marido se había ido a la guerra, cuando vuelve encuentra a su esposa con un hijo le inicia juicio de divorcio por adulterio; la mujer se defiende afirmando que el niño no era fruto

---

<sup>184</sup> MIRANDA CANALES, Manuel. **Derecho de Familia y Derecho Genético**. Ediciones Jurídicas. Lima: 1998, pp. 586-587.

<sup>185</sup> ZANNONI, *op. cit.*, p. 116.

de relaciones extramatrimoniales sino de fecundación asistida. En el caso, los hechos objetivamente considerados, aparecían cuanto menos muy desfavorable para la mujer, que no había podido probar ni siquiera el tratamiento médico, la Corte dijo que si ese hecho estuviese probado, no existiría adulterio"<sup>186</sup>.

Consecuentemente considerados que la IAD practicada por la cónyuge sin consentimiento del marido debe ser considerada como causal de separación de cuerpos o divorcio de modo expreso y específico en nuestro Código Sustantivo no obstante de que algunos autores consideran que la IAD con semen de un donante ajeno a la pareja matrimonial y sin consentimiento del marido es una injuria, al respecto inclusive la propia legislación española faculta a que se pueda fundamentar la separación conyugal bajo el fundamento de conducta injuriosa o vejatoria (Art. 82-1º C.C.) o por violación de los deberes conyugales (Arts. 67 CC y 82-1Cc); sin embargo algunos autores peruanos consideran que ésta técnica de reproducción humana asistida (sin consentimiento del cónyuge) no debe ser considerada como causal de injuria grave, así Rubio Correa sostiene:

"Para nosotros, la injuria como causal de divorcio, consiste en agresiones activas y directas sobre el cónyuge que lo agravian profundamente (recordamos que para Cornejo Chávez la injuria era

---

<sup>186</sup> MIRANDA CANALES, *op. cit.*, p. 587.



en el campo moral, lo que la sevicia en el físico). En la fecundación asistida con semen de tercero no hay estrictamente hablando una agresión aún que se produzca en él. Pero no todo sufrimiento es producido por injuria y creemos que, en este caso, lo que ocurre es una afrenta a la mutua lealtad, más que una agresión directa. Por ello, no consideramos pertinentes asimilar este caso a la causal de injuria grave<sup>187</sup>.

Ni el Código Civil español para la causales de separación [artículo 82], si su par francés –aunque debemos advertir que el supuesto estudiado podría ser subsumido dentro de los alcances de los artículos 242 - 246–, ni el argentino en las causales para la separación personal, contemplan esta posibilidad. Sólo el Código Civil mexicano en su artículo 4.90.XVIII prescribe esta posibilidad de esta forma “Son causas de divorcio necesario: [...] XVIII. Permitir ser instrumento, de un método de concepción humana artificial, sin el consentimiento de su cónyuge”.

#### **D) La filiación del nacido por inseminación artificial *post mortem*:**

El vertiginoso avance tecnológico permite hoy en día, que una viuda sea inseminada artificialmente con el semen de su marido fallecido,

---

<sup>187</sup> RUBIO CORREA, *op. cit.*, p. 103.

semen dejado por este con anterioridad y debidamente conservado en un banco de semen (crioconservación) dando origen a los hijos denominados superpóstumos<sup>188</sup>. Es así que la inseminación artificial *post mortem* como una variante de la inseminación artificial resulta siendo un tema sumamente controvertido y polémico por las diversas opiniones que ha merecido, por cierto, todas ellas divergentes.

Desde la perspectiva jurídica la posibilidad de admitir esta técnica de reproducción expresa o abriga la vocación de supervivencia fundamentalmente en el respeto a la libertad individual. Es ya una realidad que ha sido acogida por otros países, el hecho de que ante la eventualidad de que el cónyuge fallezca sea su esposa inseminada con semen de aquel previamente obtenidos y mediando consentimiento de aquel, y ello generalmente ocurre frente a la posibilidad de que el marido al tener que someterse a una intervención quirúrgica o un tratamiento radiológico conlleva riesgo de poder quedar infértil.

Aunque Banda nos dice que la posibilidad de la procreación *post mortem* se puede dar tanto en el caso de los varones como de las mujeres, esto es, “cuando la fecundación y ulterior proceso de gestación artificial se lleva a cabo una vez fallecido el padre,

---

<sup>188</sup> Torres Carrasco nos explica que los hijos póstumos son aquellos que han sido concebidos por el padre, lógicamente en vida, pero nacidos después de su fallecimiento, mientras que los hijos superpóstumos son los hijos concebidos y nacidos con posterioridad a la muerte de su progenitor.

TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. “Los derechos sucesorios de los hijos superpóstumos”. En Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2003, N° 111, p. 97.

utilizándose sus espermios congelados para fecundar el óvulo de la mujer e implantárselo posteriormente. Además se podría dar el caso de que, habiéndose extraído el óvulo a la mujer, se produzca la fecundación con posterioridad a su muerte y sea el embrión resultante de esta unión efectuada en el laboratorio, implantado en el útero de una 'madre sustituta'"<sup>189</sup>.

Es así que en torno a la filiación del ser que nazca por inseminación artificial *post mortem* se han adoptado tres posiciones:

- a) De los que consideran que el nuevo ser es un hijo extramatrimonial, porque a la muerte del marido ese ser no existía y el matrimonio había quedado disuelto con el fallecimiento del cónyuge.
- b) Quienes consideran que el nuevo ser es un hijo matrimonial, en razón de que sus progenitores estaban unidos por el vínculo de matrimonio, y;
- c) Quienes sostienen que el nuevo ser es extramatrimonial de la madre excluyéndose la paternidad del marido<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> BANDA VERGARA, Alfonso. "Dignidad de la persona y reproducción humana asistida". En: Revista Jurídica. Universidad de Valdivia. Chile: 1998, N° 9, p. 10.

<sup>190</sup> Incluso Alberto Ibarra de una cuarta posibilidad que considera que el hijo sería extramatrimonial de ambos progenitores. Véase la cita de ALBERTO IBARRA, César Esteban. "Bioética y fecundación *postmortem*". En: Revista del Colegio de Abogados de Lima. Lima: 2002, N° 2, p. 247.

Al respecto de la primera posición adoptado M<sup>a</sup> Jesús Moro Almaraz señala:

"El Grupo de Trabajo de la D.G.R.N. analizando el tema cree posible el establecimiento de la familia matrimonial de tales hijos siempre que:

- 1) Exista consentimiento del marido en documentos públicos o testamento, con referencia a los gametos depositados.
- 2) Se tenga prueba de que un establecimiento concreto llevó a cabo la inseminación con los gametos identificados.
- 3) El nacimiento se produzca en un plazo prudencial y no concurra presunción de paternidad derivada de un nuevo matrimonio.
- 4) Se produzca la notificación de la misma a quienes se vean afectados en sus derechos por el nacimiento"<sup>191</sup>.

Del mismo criterio es Hernández Ibañez quien considera que en el supuesto de fecundación *post mortem* practicada a una mujer casada con semen de su marido ya fallecido estaremos ante una filiación matrimonial.

Discrepando con esta posición adoptada al criterio de tratadistas especialistas en el tema, es el de considerar la filiación extramatrimonial en el caso de inseminación *post mortem* si el

---

<sup>191</sup> MORO ALMARAZ, *op. cit.*, pp. 250-251.

concebido nace después de los trescientos días siguientes de la muerte del marido, no considerándose legalmente como hijo de éste aunque biológicamente lo sea por haberse utilizado para la realización de dicha práctica el germen de vida (gameto masculino) del marido<sup>192</sup>. Así Zarraluqui considera "que nunca un hijo engendrado después del fallecimiento de su padre puede ser hijo de este ni estimado fruto del matrimonio que ligaba a su madre"<sup>193</sup>. Lledo Yagüe en el Informe para la Comisión de Congreso Español, afirma "que el *status* del hijo es el de extramatrimonial aunque a través de las pruebas biológicas del artículo 127º del Código Civil (español) pudiera constatarse que el hijo (postumísimo) fuera portador de material genético del causante, a la sazón su padre biológico".

Una respuesta de *lege data* está dada por las siguientes consideraciones de orden legal.

Con el hecho jurídico de la muerte del marido éste deja de ser sujeto de derecho para pasar a ser objeto de derecho, poniéndose fin a la personalidad, el vínculo matrimonial queda disuelto cesando los

---

<sup>192</sup> Obviamente este supuesto considera al hijo nacido por inseminación artificial *post mortem* sólo en el caso de que se trate de una inseminación artificial homóloga, es decir, de pareja matrimonial o de pareja estable.

<sup>193</sup> ZARRALUQUI, L. "La Inseminación Artificial Heteróloga y la Filiación" en BICAM, Julio-Agosto, 1986. pp. 96-97.

derechos y deberes del matrimonio<sup>194</sup>. Claro que resulta "... conveniente dejar a salvo de la prohibición el supuesto [...] del padre que fallece una vez iniciada alguna de las etapas de la fecundación asistida que ya no tienen retorno, y siempre y cuando la madre lo desee culminar. Ello así toda vez que se advierte en ambos progenitores la voluntad inequívoca de procrear un nuevo ser que se vio interrumpida por una circunstancia ajena a la voluntad de ambos en forma imprevista. La situación es semejante al caso del fallecimiento del padre una vez que tuvo lugar la relación sexual que dio origen a la concepción del hijo en forma natural"<sup>195</sup>.

Entonces, el Art. 386º del C.C. establece "Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio". Por consiguiente el estatus del nuevo ser será el de un hijo extramatrimonial por cuanto el momento de la concepción se da luego del fallecimiento del marido con semen de éste obtenido antes de su muerte<sup>196</sup>, no obstante que el avance científico de la biología

---

<sup>194</sup> Con mayor precisión Cárdenas Quirós nos dice que "la muerte del marido origina una serie de consecuencias jurídicas, entre las que cabe mencionar las siguientes: pone fin a la persona, disuelve el vínculo matrimonial, cesan los deberes y derechos del matrimonio, el cónyuge supérstite puede volver a casarse, se extingue el régimen de la sociedad de gananciales y se abre la sucesión del causante".

CÁRDENA QUIRÓS, *op. cit.*, p. 200.

<sup>195</sup> PIÑA, Roxana Gabriela. "Las técnicas de fecundación asistida, ¿dieron lugar a la aparición de un nuevo sujeto de derechos? El embrión humano y su relación con bienes jurídicos dignos de protección penal". En: Revista Latinoamericana de Derecho. Rubinzal-Culzoni editores. México: 2004, año 1, N° 2, p. 252.

<sup>196</sup> En ese mismo sentido el Informe Warnock indicaba que "el niño nacido que no estuviese en el útero en la fecha de la muerte de su padre, no será tenido en cuenta para sucederle o heredarle, *contrario sensu*, si a la fecha de la muerte de su padre, estuviese en el útero de la madre, si tendrá derecho a sucederle o heredarle".

Véase la cita de ALBERTO IBARRA, *op. cit.*, p. 245.

permite la individualidad genética del ser humano, sin embargo desde la perspectiva del Derecho Positivo el hijo que nazca será extramatrimonial porque jurídicamente el vínculo matrimonial pre-existente ha quedado disuelto por la muerte del marido y así queda establecido en el artículo acotado. En el caso de la legislación civil nos encontramos con una figura jurídica atípica que amerita una solución legislativa específica e integral.

Sin embargo debemos precisar que buena parte de las legislaciones extranjeras no aceptan ésta práctica como técnicas de reproducción humana asistida, es decir, prohíben su aplicación lo cual se condice con la posición adoptada por la Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica que dice:

"El hijo tiene derecho a ser concebido, llevado en las entrañas, traído al mundo y educado en el matrimonio: Sólo a través de la referencia conocida y segura a sus padres pueden los hijos descubrir la propia identidad y alcanzar la madurez humana". Por fundamento y consideraciones similares rechazan ésta práctica la Comisión Familiar del Episcopado Francés y el Art. 11 de las Recomendaciones del Consejo de Europa aunque ésta admite la posibilidad de excepciones<sup>197</sup>.

---

<sup>197</sup> CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE. **Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación**. Ediciones Paulianas, Bogotá: 1991, p. 31.

Las consecuencias y fundamentos que abonan en favor de ésta tesis son diversos así en nuestro medio el Dr. Juan Espinoza sugiere una propuesta más amplia:

"Primero debemos tener en cuenta cuál era la voluntad del padre, del que hizo un depósito del semen. Si la voluntad era realmente la de tener un hijo entonces es perfectamente válida la actitud de la viuda. Y es más, a éste niño deberían de reconocerle los derechos sucesorios, porque hay varios modelos jurídicos en los cuales se le desconoce el derecho sucesorio del hijo póstumo en este caso.

Me parece un modelo jurídicamente inteligente el de permitir que la mujer se insemine con el semen del marido al año posterior de la muerte, porque a veces con la situación de desgarramiento, la situación sentimental, la mujer quizá quiera inseminarse inmediatamente, pero después de un año las cosas se piensa más fríamente y de repente ya no quiere hacerlo"<sup>198</sup>.

En nuestro criterio ésta técnica de reproducción humana debe ser admitida, pero, de manera restringida. Una solución de *lege ferenda* en la legislación peruana podría contemplar para la práctica de ésta técnica en primer lugar que el cónyuge haya prestado su consentimiento expreso, por escritura pública o testamento y que en

---

<sup>198</sup> ESPINOZA, Juan, citado por RODRIGUEZ CADILLA PONCE, en su obra **Derechos y Técnicas de Reproducción Humana Asistida**. Editorial San Marcos. Lima: 1997, p. 180.



su momento conjuntamente con el consentimiento de la cónyuge permita inscribir la filiación como matrimonial<sup>199</sup>. En segundo lugar que la fecundación se realice dentro de un plazo prudencial luego de ocurrido el fallecimiento del marido. En tercer lugar limitar esta técnica para uno solo.

Sólo así y si se considera éstos presupuestos podría ser factible admitir la filiación del nuevo ser como matrimonial<sup>200</sup> y que el nuevo ser goce también de derechos sucesorios, previa modificación de la normatividad vigente<sup>201</sup>.

– **España:**

En este país existe se permite la filiación *post mortem* pero de manera restringida de la siguiente forma: “1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido

---

<sup>199</sup> Concuerta con esta solución RUBIO CORREA. Marcial. **Reproducción humana asistida y Derecho. Las reglas de amor en probetas de laboratorio.** Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1996, p. 77.

<sup>200</sup> La doctrina nacional ha indicado que considerar lo contrario significaría discriminar a los hijos superpóstumos y afectar su derecho a la igualdad, claro que –aunque pueda parecer contradictorio desligan el reconocimiento de su vocación hereditaria.

<sup>201</sup> En ese sentido Torres Carrasco da cuenta del proyecto de ley N° 5146 por el cual se propone modificar el Art. 660 de nuestro Código Civil, el mismo que quedaría redactado de la siguiente manera:

“Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

**Son hijos superpóstumos las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida, efectuadas con posterioridad a la muerte del progenitor y nacidas después de los trescientos días de su fallecimiento. En caso de los hijos superpóstumos sólo heredarán cuando el causante, mediante escritura pública o testamento, hubiese dispuesto que sus elementos reproductores puedan ser utilizados dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento”.**

TORRES CARRASCO, *op. cit.*, p. 98, nota N° 2.

cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. 3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad”.

– **Italia:**

En este país este supuesto está prohibido por cuanto el artículo 12.2 de la ley pertinente indica “Quienquiera a cualquier título, en violación del artículo 5, aplica técnicas de procreación medicamente asistido a parejas cuyas miembro **no sean ambos vivientes** o uno de cuyas miembro sean menores de edad o bien que sean conformadas por sujetos del mismo sexo o no convivientes es castigado con la sanción administrativo pecuniaria por 200, 000 a 400, 000 euros”, por lo que en todo caso el nuevo ser sería considerado como extramatrimonial.

– **Francia:**

La ley material francesa al indicar en su artículo 311.19 que “El consentimiento [para aplicar una técnica de reproducción humana asistida] quedará privado de efecto en **caso de fallecimiento**, [...]antes de realizarse la reproducción asistida, con lo que evidentemente se está indicando que la filiación del menor corresponderá a la de un hijo extramatrimonial<sup>202</sup>.

– **Argentina:**

---

<sup>202</sup> Aunque en los tribunales franceses existe el precedente de Corinne Parpalaiz una viuda, a quien el Tribunal de Creteil, Francia 1986, autorizó a ser inseminada con semen congelado de su marido muerto.

El proyecto de Código Civil de 1998 dispone que “Pueden suceder al causante: a) Las personas humanas existentes al momento de su muerte. b) Las ya concebidas en ese momento que nazcan con vida. c) Las que nazcan dentro de los cuatrocientos ochenta (480) días de la muerte del causante a consecuencia de una procreación médicamente asistida con gametos criopreservados del causante o de la criopreservación de un embrión formado con gametos de aquél, sean estas prácticas lícitas o no. En ambos casos, el nacimiento con vida ocasiona la modificación de la transmisión de la herencia, con efecto retroactivo al momento de la muerte del causante”.

## **CAPITULO V**

#### 4. LEGISLACIÓN PERUANA PROPUESTA

##### 4.1 BASES PARA UNA LEGISLACIÓN SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.-

Es de advertir que en nuestro medio no contamos con una legislación específica sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida<sup>203</sup>. En ciertos casos referidos al tema, incluso las controversias judiciales tendrían que ser solucionadas recurriéndose a los Principios Generales del Derecho, pues, en el ámbito jurídico nacional no se puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la norma. En aras de contar con una legislación especial sobre el tema, actual, vigente y acorde al vertiginoso avance científico, las investigaciones realizadas al respecto y la doctrina son de utilidad para fijar pautas en lo que ha de ser legislar de *lege ferenda* sobre la materia que nos ocupa<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup> “Ahora bien, ante la ausencia de una regulación legal de las TERAS en nuestro ordenamiento jurídico, urge una legislación especial que las contemple, para establecer los límites dentro de los cuales deben ser aplicadas y utilizadas y, fundamentalmente, para conocer a ciencia exacta las relaciones jurídicas que ellas originan entre los que las utilicen. La necesidad de una legislación especial es, pues, imprescindible e inevitable ante la aplicación de las mismas de manera informal en nuestro medio en la actualidad, con los consiguientes problemas que ello origina. Debemos insistir en que las técnicas de reproducción humana asistida -sean homólogas o heterólogas- deben ser consideradas jurídicamente como negocios jurídicos tipificados legalmente, para que no exista duda sobre sus consecuencias jurídicas y las relaciones jurídicas que ellas producen, y puedan contar además con una detallada regulación legal. No nos parece conveniente, sino muy peligroso, considerarlas dentro del ámbito de la atipicidad”.

TABOADA, *op. cit.*, p 190.

<sup>204</sup> Los avances científicos generalmente tienen lugar por delante del derecho; éste se retrasa en el análisis de las consecuencias de aquéllos. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos que deben solucionarse pues, de lo contrario, se deja a los individuos y a la especie humana en general en situaciones de indefensión y, por qué no, autodestrucción. Sin duda alguna las nuevas técnicas de reproducción asistida repercuten en cuestiones jurídicas de índole

Los conocimientos científicos y tecnológicos que posibilitan la fecundación fuera del seno materno, y la conclusión del genoma humano, con la previsible proliferación de experiencias de manipulación genética, imponen la impostergable tarea de sancionar una legislación que proteja al embrión y a los bienes jurídicos en juego. Entonces, acogiendo ésta preocupación el profesor argentino Gustavo Bossert en Setiembre de 1991 a iniciativa del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima presenta las siguientes bases mínimas conforme lo precisa el Dr. Enrique Varsi Rospigliosi:

- I. Es conveniente legislar sobre los efectos de la procreación asistida y asimismo regular sus aspectos administrativos y sanitarios, los recaudos a adoptar en la aplicación de las técnicas, el control de la autoridad sobre los centros de salud donde se las realiza y las sanciones a las autoridades del centro y a los profesionales intervinientes en casos de incumplimiento de las disposiciones legales.

- II. Previo a la realización de una técnica de asistencia a la fecundación, todas las partes que a ella se vinculen deben ser plenamente

---

administrativa, civil o penal. Por tales razones se hace imperiosa la necesidad de regulación legal al respecto.

El vacío legislativo genera riesgos adicionales, tales como la creación de los denominados "nichos" o "refugios" genéticos. Se trata de sitios que son utilizados por parte de científicos inescrupulosos para la realización de todo tipo de experimentos genéticos de alto riesgo sin ningún tipo de control. Desde ya, dichos experimentos nada tienen que ver con el beneficio de la comunidad.

PIÑA, *op. cit.*, p. 252.

informadas sobre sus características y efectos y deben dar su consentimiento por escrito.

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

III. Las técnicas de reproducción asistida sólo serán admitidas con el propósito de superar la imposibilidad para tener descendencia, siempre que resulten descartados otros tratamientos por inadecuados e ineficaces.

IV. La autoridad sanitaria debe ejercer un efectivo control tendiente a asegurar que en los centros de salud se realicen los análisis bioquímicos suficientes de gametos aportados por dador, destinados a detectar taras o enfermedades genéticas o enfermedades transmisibles. Deberá prohibirse y sancionarse la utilización de gametos que presentan tales anomalías.

V. Los centros de salud deberán conservar los biofísicos y antecedentes hereditarios de los dadores cuyos gametos hayan sido utilizados y derivado en la procreación. El reglamento deberá organizar la conservación de tales archivos, aun tras el eventual cese de actividades del centro de salud.

- VI. Los datos personales del dador deben mantenerse en reserva y sólo podrán ser suministrados por orden judicial.
- VII. La inseminación con semen del dador sólo podrá practicarse en mujer casada, previo consentimiento escrito de su marido.
- VIII. El marido que ha dado su consentimiento para la fecundación de su mujer con semen de dador no podrá impugnar la paternidad.
- IX. En caso de inseminación con semen de dador ninguna acción puede entablarse para establecer el vínculo de filiación entre el hijo y el dador del semen.
- X. El dador del semen no podrá obtener información sobre los datos personales de la mujer inseminada.
- XI. El semen congelado del marido no podrá ser utilizado tras su fallecimiento, ni para la inseminación de su mujer ni para la inseminación de otra mujer salvo, en este último caso, que hubiese cedido el semen subsidiariamente para un banco.
- XII. Carecerán de efectos los contratos de maternidad subrogada. En estos casos, la maternidad se establecerá por el parto.



XIII. Previo a la crioconservación de embriones, el centro de salud debe obtener la conformidad de los aportantes del ovocito y del espermatozoide para la eventual transferencia al útero de otra mujer, en caso de no requerir aquellos la transferencia al útero de la mujer que aportó el ovocito<sup>205</sup>.

Por su parte el Doctor Enrique Varsi Rospigliosi dejando en claro su posición de que con carácter de urgente necesidad se dicten leyes especiales que normen las técnicas de reproducción humana asistida presentó el 2 de Diciembre de 1993 a la Comisión de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, siendo ésta encargada de la revisión del Libro 1 del Código Civil para efectos de su incorporación legal, bases que ha decir de su mentor deben ser consideradas como “pautas generales o básicas del Derecho Genético”. Siendo las que se señalan las referidas a Procreación Asistida a decir de Dr. Enrique Varsi Rospigliosi las siguientes:

- Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación o contrarios a la dignidad del ser humano.
- En ningún caso se consignará en la inscripción en el Registro Civil datos en los que pueda inferirse el carácter de la procreación asistida.

---

<sup>205</sup> VARI ROSPIGLIOSI, *op. cit.*, pp. 71-72.

- En el caso de aplicación de técnicas de reproducción asistida con material genético de cedente, no podrá establecerse la filiación del niño con el cedente.

La revelación de la identidad genética del cedente sólo será realizada con fines de proteger el derecho a la salud de la madre o del niño que nació con la aplicación de estas técnicas. En ningún caso esta revelación significa la determinación legal del nexo parental.

- Asimismo, las acciones de responsabilidad por procreación (no consentida o defectuosa) podrán ser entabladas contra el médico o profesional que intervino en la técnica, más no contra el cedente por supuesto daño en la procreación (transmisibilidad de enfermedades genéticas o hereditarias).
- La filiación paterna del niño nacido de las técnicas de reproducción con material genético de su padre fallecido sólo tendrá efectos filiales si a la fecha de la muerte del padre se hallarse el material genético en el útero de la mujer<sup>206</sup>.

## **4.2 EL PROYECTO DE LEY DE ENMIENDAS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984.**

### **A) Estudio y revisión del Código Civil.**

---

<sup>206</sup> VARSÌ ROSPIGLIOSI, *op. cit.*, pp. 75-76.

Como consecuencia de un trabajo académico, tesorero e incesante realizado desde el año de 1991 por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, a través de su Centro de Investigación, referido a la elaboración de un proyecto que a su vez concuerde con un anteproyecto de ley de enmiendas cuya finalidad tenga la revisión del Código Civil de 1984 y así llevar a cabo principales modificaciones, llenar vacíos y/o corregir errores que se advierten a través de los 10 años de vigencia del Código Sustantivo.

Concluido dicho trabajo, con fecha 4 de enero de 1995 fue presentado al Congreso Constituyente Democrático como un Proyecto de Ley de Enmiendas del Código Civil de 1984, siendo publicado el 7 de enero de 1995 por el diario oficial El Peruano.

Así por vez primera en nuestro medio se pretende en la codificación civil introducir en los Libros de Derecho de las Personas y en el de Derecho de Familia, principales propuestas innovadoras respecto del avance de la genética ya como una realidad insoslayable, tanto más cuando en la legislación comparada no existe precedentes al respecto.

Son precisamente los principios que inspira el derecho genético los que la comisión de Derecho de las Personas del mencionado Centro de Investigación pretende incorporarlos como normas legales.

Así reformula el artículo 5 del Código Civil de la siguiente forma<sup>207</sup>:

"Artículo 5.- Nadie debe atentar contra la integridad de la especie humano, se prohíbe las prácticas eugenésicas tendentes a la selección de genes, sexo o de caracteres físicos o raciales de seres humanos.

Ninguna modificación puede producirse al genoma o a las células humanas de una persona con la finalidad de alterar su genotipo, salvo en el comprobado caso de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves.

Igualmente, están prohibidas la cesión, manipulación o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos".

Como es de apreciarse el artículo reformulado comprende cuatro principios de trascendental importancia a través de los cuales se expresa:

- 1.- La protección a la integridad de la especie humana.
- 2.- El límite a la eugenesia médica.
- 3.- La protección al genoma humano, y;

---

<sup>207</sup> Cfr. **Cuadernos de Derecho**. Universidad de Lima. Lima: 1994, N° 4, pp. 96-100.

4.- La prohibición de la cesión, manipulación o destrucción de embriones y sus productos.

Así, a criterio de la comisión se consideró que el Código Civil debe de contener normas generales de protección al ser humano las mismas que contengan los principios enunciados por específicas de la materia.

"Artículo 5 bis.- El cuerpo humano, los órganos, tejidos, células y productos del mismo no pueden ser objeto de derecho patrimoniales. Los órganos, tejidos, células, genomas y productos del cuerpo humano no pueden ser, en cuanto tales, objeto de patente".

Se establece de éste modo que el cuerpo humano como realidad ontológica no se encuentra dentro del comercio de los hombres, no pudiendo ser objeto de derechos patrimoniales, proscribiéndose la comercialización y el lucro.

"Artículo 5.- Esta prohibido la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación o contrarios a la dignidad del ser humano. Los acuerdos de procreación o de gestación por cuenta de otro son nulos. Las técnicas de reproducción humana asistida son regulados por la ley de la materia".

El artículo en mención fundamentalmente protege la dignidad del ser humano, considerando que la regulación y normatividad, las técnicas de reproducción humana asistida ya como realidad en nuestro medio merece un tratamiento amplio se remite a la ley que habrá de regular ésta materia.

**B) Propuesta de reforma del Código Civil del Congreso Constituyente Democrático.**

Una comisión especial conformada por Carlos Torres y Torres Lara (presidente) Carlos Fernández Sessarego (asesor científico), César Fernández Arce, Roger Cáceres Velásquez y otros revisan el proyecto de Ley de enmiendas del Código Civil presentado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima; acordando en sesión del 22 de febrero de 1995 la reestructuración de la propuesta de enmiendas del artículo 5, quedando su redacción en los términos siguientes:

"Artículo 5º.- Nadie debe atentar contra la integridad de la especie humana. Los caracteres genéticos del ser humano no deben ser alterados, ni modificado el genoma humano o las células de una persona, salvo el caso científico comprobado que tenga por finalidad eliminar o disminuir taras o enfermedades graves. Igualmente, no

podrá ser cedidos, manipulados o destruidos los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos.

La fecundación de óvulos humanos sólo debe destinarse a la procreación no son exigibles los acuerdos de procreación o de gestación por cuenta de otro. El parto determina la maternidad.

Los principios contenidos en este artículo serán desarrollados por una ley especial".

El artículo 6, quedó redactado en los siguientes términos:

"Artículo 6.- El cuerpo humano, los órganos, tejidos, células y los productos del mismo, así como el genoma humano, no son objeto de derechos patrimoniales ni son patentables (...)"

La reestructuración del artículo 5 se debió a que el Código Civil debe regular de modo genérico los avances científicos, dada su especificidad, por ello la sintetizo en un solo artículo, precisándose que la regulación jurídica detallada de la materia que nos ocupa debe comportar la dación de una ley especial.

**C) El Código de los niños y adolescentes (D. Ley N° 27337)**

Actualmente la Ley N° 27337, Ley que aprueba el Nuevo Código de los niños y adolescentes publicada el 07 de agosto de 2000 a través de su artículo 1° es el único dispositivo legal que brinda protección directa al concebido de los vertiginosos avances científicos experimentados especialmente en la genética. En su regulación jurídica se establece:

Artículo 1- A la vida e integridad.

El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente código garantiza la vida del concebido, protegiéndola de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.

Este dispositivo legal tiene como fuente inmediata el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 26102 (Código de los niños y adolescentes anterior) con igual tenor ya derogado y a su vez se inspira en la Propuesta de Asociación Mundial de Amigos de la Infancia al Proyecto de Convención del Niño.

Del análisis del referido artículo se aprecia la protección a la integridad del concebido, vale decir, a su unidad inescindible e invariable razón por la cual se prohíbe los experimentos o manipulaciones que atenten o sean contrarias también a su desarrollo físico o mental, entendiéndose esto último a aquellas procedimientos o experimentaciones que pretendan modificar de



manera negativa y perjudicial la unidad psicosomática del concebido en cuanto sujeto de derecho, siendo éste el límite de aquellos procedimientos genéticos.

**D) Síntesis de la Propuesta.**

El Anteproyecto de la ley que regula la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida que nosotros proponemos debe ser leído conjuntamente con las Propuestas de Reforma al Código Civil publicadas por la Comisión creada al efecto el 11 de marzo de 2006 en separata especial del Diario Oficial El Peruano:

**LIBRO 1**

**DERECHO DE LAS PERSONAS**

**SECCIÓN PRIMERA**

**Personas Naturales**

**TÍTULO II**

**DERECHOS DE LA PERSONA**

**Artículo 4.- Tutela del embrión. Acuerdo de procreación.**

1. Los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos. Está permitida la disposición para trasplantes de órganos y de tejidos de embriones o fetos muertos.

2. La fecundación de óvulos humanos puede efectuarse sólo para la procreación.
3. No son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro. El parto determina la maternidad.
4. Lo preceptuado en este artículo podrá ser desarrollado sólo por una norma con rango de ley.

**Artículo 4-A.- Manipulación genética.**

1. El genoma podrá ser modificado sólo para prevenir, disminuir o erradicar enfermedades graves.
2. Está permitida la manipulación genética exclusivamente para fines terapéuticos.
3. Lo preceptuado en este artículo podrá ser desarrollado sólo por una norma con rango de ley.

**Artículo 16-A.- Tutela de datos personales.**

Toda persona cuyos datos estén registrados en cualquier tipo de banco de datos, computarizado o no, público o privado, goza del derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo los derechos de acceso a la información y los de rectificación o cancelación de datos, así como del derecho a exigir que los datos sean utilizados sólo con la finalidad para la cual fueron obtenidos.

En fin, teniendo en cuenta las consideraciones culturales, políticas, filosóficas y jurídicas expuestas a lo largo del presente trabajo proponemos, a continuación, un anteproyecto de ley que contempla las enmiendas que se deben realizar a nuestro Código Civil vigente, quedando a juicio del legislador, dentro de las razones de técnica legislativa que estime convenientes, si lo considera como una ley especial o modifica los artículos pertinentes de nuestro código material vigente.

## **ANTEPROYECTO DE LA LEY QUE REGULA LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

### **CAPÍTULO I OBJETO Y AMBITO DE LA LEY**

**Artículo 1º Objeto de la Ley.**

El objeto de la presente Ley es garantizar que las aplicaciones biotecnológicas en Medicina esto con arreglo a los principios del respeto a la dignidad humana, a los derechos humanos y a la integridad personal, y sin discriminación alguna fundada en la constitución genética, de acuerdo con las normas éticas.

**Artículo 2º Ámbito de aplicación de la Ley.**

La Ley se aplicará a los usos médicos de la biotecnología en seres humanos.

### **CAPÍTULO II**

## FECUNDACIÓN ARTIFICIAL

### **Artículo 3º Definición.**

A los efectos de la presente Ley, por "fecundación artificial" se entenderá la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea o *in vitro*.

A los efectos de la presente Ley, por "inseminación artificial" se entenderá la introducción de espermatozoides en una mujer por métodos distintos del acto sexual.

A los efectos de la presente Ley, por "fecundación *in vitro*" se entenderá la fecundación de óvulos fuera del cuerpo de la mujer.

### **Artículo 4º Requisitos**

Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su asentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil.

### **Artículo 5º Consentimiento.**

Antes de que se inicie el tratamiento, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la mujer y, de ser el caso, de su esposo o pareja.

El médico que realice el tratamiento se asegurará del mantenimiento de la validez del consentimiento al inicio del tratamiento.

### **Artículo 6º Decisión e información en relación con el tratamiento.**

La decisión de someterse a un tratamiento con técnicas de reproducción asistida será adoptada por el médico. Se basará en la valoración médica y psicosocial de la pareja o mujer.

A la mujer o a la pareja se le proporcionará la información relativa al tratamiento y a las consecuencias médicas y jurídicas del mismo.

### **Artículo 7º Almacenamiento de espermatozoides.**

Sólo los centros específicamente autorizados a tal efecto por el Ministerio de Salud podrán aplicar las técnicas de reproducción asistida, además de congelar espermatozoides o almacenarlos por otros medios.

### **Artículo 8º Selección de donantes de espermatozoides.**

El médico que realice el tratamiento seleccionará un donante de espermatozoides idóneo.

### **Artículo 9º Identidad del donante de espermatozoides, del niño y de la pareja.**

El personal médico tendrá la obligación de garantizar el secreto de la identidad del donante de espermatozoides.

No podrá proporcionarse información alguna al donante de esperma sobre la identidad de la pareja o del niño.

**Artículo 10° Tratamiento del esperma antes de la fecundación.**

Únicamente estará permitido el tratamiento del esperma antes de la fecundación para determinar el sexo del niño si la mujer es portadora de una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo.

**Artículo 11° Requisitos de la inseminación artificial.**

Podrá aplicarse la inseminación artificial si el hombre es estéril o si padece o es portador de una enfermedad hereditaria grave.

En casos especiales, podrá recurrirse a la inseminación artificial, si la mujer es portadora de una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo, según lo indicado en el apartado anterior.

**Artículo 12° Requisitos de la fecundación *in vitro***

Sólo podrá tener lugar la fecundación *in vitro* si la mujer o el hombre son estériles, o si no se ha hallado la causa de la esterilidad. Dicho tratamiento únicamente podrá realizarse con los propios óvulos y espermatozoides de la pareja.

Podrá utilizarse los gametos masculinos de un donador, únicamente, en los casos de enfermedad hereditaria grave, de acuerdo con disposiciones más concretas dictadas por el Ministerio de Salud.

**Artículo 13° Utilización óvulos fecundados.**

Los óvulos fecundados, sólo podrán ser utilizados para su implantación en la mujer de la que procedan los óvulos. Se prohíbe cualquier acuerdo de maternidad subrogada.

**Artículo 14° Almacenamiento de óvulos fecundados y prohibición de almacenamiento de óvulos no fecundados.**

Únicamente los centros que estén autorizados, con arreglo a lo previsto en el artículo 19, a realizar la fecundación *in vitro* podrán almacenar óvulos.

Los óvulos fecundados deberán ser almacenados por un plazo indeterminado.

Queda prohibido el almacenamiento de óvulos no fecundados.

**Artículo 15° Fecundación *post mortem*.**

Sólo se autorizará la fecundación *post mortem* si el cónyuge causante ha prestado, en su momento, consentimiento expreso para ello, por escritura pública o testamento; asimismo la fecundación debe realizarse a mas tardar a los 365 días de haberse producido el fallecimiento del causante y en dicho proceso sólo podrá concebirse un solo hijo.

**CAPÍTULO III**

## INVESTIGACIÓN SOBRE EMBRIONES

### **Artículo 16° Prohibición de la investigación sobre óvulos fecundados.**

Se prohíbe la investigación sobre óvulos fecundados.

## CAPÍTULO IV DIAGNÓSTICO PREIMPLANTATORIO

### **Artículo 17° Definición.**

A los efectos de la presente Ley, por "diagnóstico preimplantatorio" se entenderá el examen genético del óvulo fecundado antes de su transferencia al útero.

### **Artículo 18° Utilización del diagnóstico preimplantatorio.**

Únicamente podrá realizarse el examen genético de un óvulo fecundado en casos especiales en los que exista una enfermedad hereditaria incurable sin posibilidad de tratamiento, con arreglo a lo prevenido en el artículo 12. El Estado podrá establecer requisitos detallados en relación con la realización de diagnósticos preimplantatorios.

### **Artículo 19° Selección de sexo.**

Queda prohibido el examen de un óvulo fecundado para seleccionar el sexo de un niño, salvo en caso de enfermedad hereditaria incurable ligada al sexo.

## CAPÍTULO V DISPOSICIONES GENERALES

### **Artículo 20° Autorización de los centros.**

La aplicación médica de la biotecnología de acuerdo con las disposiciones de la Ley únicamente podrá tener lugar en centros específicamente autorizados a tal efecto por el Ministerio. En la resolución de concesión de la autorización se especificarán las modalidades de biotecnología médica que el centro esté autorizado a aplicar.

El Ministerio podrá establecer en la resolución requisitos adicionales para la autorización.

### **Artículo 21° Deber de información.**

Todos los centros autorizados con arreglo a lo previsto en el artículo anterior remitirán una memoria escrita al Ministerio sobre sus actividades.

**Artículo 22° Normas reglamentarias.**

El Estado peruano podrá promulgar normas reglamentarias complementarias y de aplicación de la Ley.

**Artículo 23° El Consejo Peruano de Biotecnología**

El Estado peruano nombrará un Consejo que tendrá como cometido la emisión de dictámenes sobre los asuntos de la presente Ley y otras cuestiones relativas a la Biotecnología, a instancia de parte o de oficio.

**Artículo 24° Disposiciones transitorias**

En relación con las actividades que tiene por objeto la presente Ley y que ya se estén realizando cuando la Ley entre en vigor, deberá presentarse una solicitud de autorización en el plazo límite determinado por el Estado. Siempre que la solicitud sea presentada dentro de dicho plazo, podrá proseguirse la actividad hasta la resolución de dicha solicitud.

Asimismo todos los centros que hasta la fecha hayan venido utilizando las diferentes técnicas de reproducción humana asistida deberán remitir copias de sus archivos a la instancia que determine el Ministerio de Salud.

## CONCLUSIONES

1. Un dato de nuestra realidad nacional es la utilización, cada vez más recurrente, de las técnicas de reproducción humana asistida por miembros de nuestra sociedad, a pesar de que éstas técnicas no han merecido mayor tratamiento por parte de nuestra legislación; de esta forma los límites en su

- aplicación ha quedado supeditada a la particular formación ética de cada uno de los operadores de los servicios de salud que las aplican y de los escrúpulos, o de la falta de ellos, de los que se valen de los usuarios de éstas.
2. Dada la utilización efectiva y real de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestra realidad, el legislador nacional no puede asumir posturas como la de los integrantes de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, que han prohibido la aplicación de la fecundación *in vitro* en su país, pues tal hecho supondría negar una situación de hecho incontrovertible y considerar que las normas jurídicas pueden cambiar la realidad fáctica, cuando en realidad son las normas las que deben adecuarse a los constantes cambios que se producen en la sociedad en que se aplican; por tal motivo consideramos errada la postura abstencionista que se aplica entre nosotros, pues hasta el momento no se regula, en nuestro país, la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida.
  3. Para la regulación definitiva de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida es necesario que el legislador nacional cree un escenario de reflexión y desarrollo en el que participen todos los integrantes del debate bioético, se rodee de científicos que conozcan a profundidad las técnicas en cuestión, para que así, se logre un marco legal de acuerdo con las necesidades reales sobre el particular, pero teniendo siempre como horizonte el bienestar de las personas y por supuesto, la dignidad humana.



4. Con la revisión del tratamiento legal que las técnicas de reproducción asistida reciben en varios países se ha podido comprobar que aún no existe consenso en cuanto a los límites de aplicación de éstas, aun cuando todos parecen coincidir que el límite está constituido por el respeto de la dignidad de las personas.
  
5. Entre los principales problemas que la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida generan se cuentan a los que se refieren a los libros de Derechos de Personas y Derecho de Familia de nuestro Código Civil, haciéndose patente, de esta forma, la necesidad de modificar nuestra legislación civil sustantiva.
  
6. Con relación al Libro I de nuestro Código Civil que trata sobre el Derechos de Personas se debe tener en cuenta lo siguiente:
  - Nuestra legislación nacional, en lo referente al inicio de la vida humana, adopta la postura de la concepción, se haya producida ésta dentro del útero femenino o no, en consecuencia debe prohibirse todo tipo de investigación en embriones humanos, asimismo debe prohibirse la generación de más embriones humanos de los que van a ser transferidos al útero de la madre, resultando necesario que se determine el número máximo de óvulos que pueden ser fecundados con estos fines, por lo que la distinción que se hace en España entre pre-embrión y embrión no resulta válida en nuestra realidad normativa, pues entre estos dos estadios de formación no existe mayor diferencia ontológica.

- A pesar de la prohibición anterior, y entendiendo que entre nosotros la sola prohibición de la realización de una conducta determinada no asegura que ésta deje de suceder, de existir los denominados embriones supernumerarios se debe obligar la crioconservación de los mismos en condiciones apropiadas para su permanencia exitosa, dado que a pesar de los esfuerzos de la medicina y la biología, aún hoy no se puede establecer con precisión científica, cual es el momento exacto en el que se produce la concepción.
- Cada embrión humano goza del derecho a la integridad por lo que toda intervención en él debe realizarse con fines terapéuticos y debe prohibirse todo tratamiento que suponga una alteración en su constitución o en la información genética que contenga, por lo que resulta imprescindible prohibir prácticas como las de elección de sexo, determinación de características fenotípicas —color de ojos, de cabello, etc.— que responden a satisfacer gustos particulares de las personas.
- En relación al derecho a la libertad, toda aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida debe partir del consentimiento informado de todos los sujetos involucrados en la misma, para la acreditación del tal consentimiento es necesario acreditar la plena capacidad de goce de las personas que se someten a estos procedimientos, aplicando los exámenes pertinentes, con el fin de proteger no sólo a los propios incapaces sino

también al que esta por nacer; en tal sentido resulta necesaria la participación de los colegios profesionales pertinentes para que establezcan los protocolos especiales a ser cumplidos por los profesionales de la salud en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. Resulta necesaria la tipificación como delito la aplicación de alguna de las técnicas referidas sin el asentimiento pertinente de la mujer a la que se aplica alguna de las técnicas referidas o de su cónyuge, de ser el caso.

- Se debe reconocer que toda mujer sin vínculo matrimonial o que mantenga una relación convivencial puede acceder a una técnica de reproducción humana asistida, esto como parte de sus derechos a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando acredite tener plena capacidad de obrar y demuestre tener las adecuadas capacidades personales y materiales para ello. Exceptuándose de tal permisión las personas que mantengan algún tipo de relación homoafectiva.
- La donación de gametos se debe limitar a las células sexuales masculinas, los espermatozoides, prohibiéndose la donación de las femeninas, los óvulos; con la finalidad de evitar la divergencia entre la madre genética y la madre que lo gesta. Para la realización de la donación indicada debe seguirse un procedimiento administrativo especial que contemple el examen del posible donador verificando que el material genético cedido sea apto para tal propósito, asimismo se debe limitar el número de veces en las que una persona sea donador.

- Para la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida en toda mujer que mantenga vínculo matrimonial se debe exigir el consentimiento de su esposo, pues aunque no medie la autorización el estatus del hijo producto de tal aplicación es el de hijo matrimonial, aun tratándose de la aplicación de una tera heteróloga, mientras éste no impugne dicha paternidad. El consentimiento debe ser expresado únicamente a través de escritura pública en la que se le informará adecuadamente al cónyuge de las implicancias de su asentimiento.
- Con relación al derecho a la intimidad se debe establecer la prohibición de indicar en documentos públicos de fácil acceso las circunstancias en las que los menores han sido concebidos, por lo que los registros médicos deben ser accesibles sólo cuando está en riesgo la salud o la vida del mismo, o por mandato judicial.
- La donación de gametos masculinos debe realizarse en forma anónima no pudiéndose revelar al menor o a sus padres quien fue el donador, y a este último a quién o quiénes se aplicó la técnica de reproducción humana asistida o la identidad del menor producto de ella, sin perjuicio de aquello, el donador debe ser identificado adecuadamente en un registro especial que no debe ser de libre acceso, pero que de todas formas debe existir.

7. En lo concerniente a las relaciones que la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida con el Libro II de nuestro Código Civil se debe tener en cuenta lo siguiente:

- Para la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida heteróloga se debe verificar que la situación de infertilidad no puede ser superada por la pareja de otra forma, pues se debe dar preeminencia a que las células sexuales pertenezcan a los cónyuges, propiciando adecuadamente la necesaria identidad genética entre los padres y su hijos.
- En la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida heteróloga, de mediar el consentimiento del esposo, éste no podrá impugnar la filiación matrimonial del menor, para tal efecto el proceso de acreditación del consentimiento del cónyuge no debe limitarse a la exigencia de la escritura pública ya indicada sino que debe requerirse la confirmación de tal consentimiento, franqueándose de esta manera la posibilidad que dicho asentimiento sea cuestionado ya sea por los especiales supuestos de impugnación de la paternidad o por algún vicio en la manifestación de la voluntad contemplado en la regulación que se hace del acto jurídico.
- En la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida el menor producto de ella tiene el estatus de hijo matrimonial así se le haya aplicado alguna técnica de reproducción humana asistida homóloga o

heteróloga sin el consentimiento del esposo —a pesar de la prohibición ya indicada— y este no haya procedido a la impugnación de la paternidad en el plazo que indica el Código Civil. De producirse esta aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida no consentida por el cónyuge se debe facultar a éste para que pueda reclamar la pensión alimentaria para el menor a los profesionales de la salud que hayan intervenido, derecho que debe recibir tratamiento equivalente al que se le aplica actualmente a los hijos alimentistas.

- La regulación civil actual no prescribe que la donación de gametos masculinos no genera ningún vínculo filiatorio entre el donante y el menor, por lo que, hoy en día, en la aplicación del alguna técnica de reproducción humana asistida heteróloga no existe impedimento alguno para que, mediante el nuevo proceso de filiación paterna extramatrimonial, se pueda establecer la filiación entre el donante y el nuevo ser, a menos que este haya nacido dentro de un matrimonio y el esposo no haya impugnado satisfactoriamente la paternidad.
- Debe reafirmarse el viejo brocardo romano que indica que la maternidad queda determinada por el hecho del parto por lo que los contratos o convenios de maternidad subrogada deben ser prohibidos expresamente, en consecuencia la madre portadora no estará obligada a hacer entrega del hijo ni es pasible de indemnización por daños y perjuicios por su negativa;

- A pesar de la prohibición de la maternidad subrogada, de producirse ésta el estatus del hijo nacido en aplicación de aquella será el de matrimonial, en caso de que la mujer portadora mantenga vínculo uxordio vigente y su esposo no haya impugnado la paternidad, mientras que si es mujer sola, se trata de un hijo extramatrimonial. En ambos casos, cuando el esposo de la mujer portadora ha impugnado válidamente la paternidad o se trate de mujer sola, el varón de la pareja contratante o el profesional que aplica la técnica de reproducción humana asistida tiene la obligación de prestar la pensión alimentaria correspondiente.
- Queda demostrado que la fecundación asistida sin el consentimiento del marido constituye causal de injuria grave o conducta deshonrosa para demandar la separación de cuerpos o divorcio absoluto mas no causal de adulterio.
- Se debe prohibir la denominada fertilización asistida o reproducción *in vitro post mortem*, pues en la aplicación de toda técnica de reproducción humana asistida se debe exigir que los dos integrantes de la pareja estén vivos; entonces fuera de los niños que nazcan después de los 300 días de muerte el esposo, tendrán el estatus de hijos extramatrimoniales. La única excepción es el caso en el que el cónyuge-causante haya prestado su consentimiento expreso por escritura pública o por testamento, y que la fecundación se realice dentro de un plazo prudencial luego de ocurrido el fallecimiento del marido y por último, se limita esta técnica a un solo hijo

## **SUGERENCIAS**

1. Consideramos que se debe replantear nuestro sistema legal cerrado de impugnación de paternidad, considerándose como una causal más de negación de la paternidad el hecho de que el marido no haya prestado su consentimiento para la inseminación artificial homóloga u heteróloga o en todo caso se opte por un sistema legal abierto.



2. La inseminación artificial practicada por la cónyuge sin el consentimiento del marido debe formularse como causal de separación de cuerpos o de divorcio.
3. La inseminación artificial *post-mortem* debe admitirse pero de manera restringida siempre que el cónyuge haya prestado su consentimiento expreso por escritura pública o por testamento, y que la fecundación se realice dentro de un plazo prudencial luego de ocurrido el fallecimiento del marido y por último limitar esta técnica a un solo hijo.
4. La legislación debe considerar la posibilidad de impugnación de la maternidad por la presunta madre cuando el gameto femenino haya sido cambiado por el de otra mujer, ya que nos encontraríamos ante una suerte de fraude en la realización de la técnica de reproducción asistida, que ya sea de una manera dolosa o por negligencia causen perjuicio desde una perspectiva ética, moral y económica.
5. En los casos de maternidad subrogada con donación de ambos materiales genéticos, la filiación del nuevo ser debe determinarse a través de un proceso de adopción.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Libros.-**

1. ALBALADEJO, Manuel. **Derecho Civil. Introducción y parte general.**  
Decimoquinta edición. Librería Bosch. España: 2002.
2. BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco. **Aspectos Jurídico-Penales de la Reproducción Asistida y la Manipulación Genética Humana.** Editoriales de Derecho Reunidas S.A. España: 1997.

3. CIFUENTES, Santos. **El Derecho Civil de Nuestro Tiempo**. Gaceta Jurídica editores. Lima: 1995.
4. CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE. **Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación**. Ediciones Paulianas, Bogotá: 1991.
5. CORNEJO CHAVEZ, Héctor. **Derecho Familiar Peruano**. Octava edición. Librería *Studium* ediciones. Lima: 199, tomo II.
6. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. **Derecho de las personas**. Tercera edición. Editorial Huallaga. Lima: 2001.
7. FABREGA RUIZ, Cristóbal. **Biología y Filiación: Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida**. Editorial Comares. España: 1999.
8. GACETA JURÍDICA. **Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas**. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2003, tomo I.
9. GALLARDO MALDONADO, Patricia. **Estatuto jurídico aplicable al embrión humano y responsabilidad civil por daños derivados de las técnicas de reproducción asistida**. Memoria de prueba ante la Universidad de Austral de Chile. Chile: 2002.
10. HERNANDEZ IBAÑEZ, Carmen. **“La Filiación en la Fecundación Asistida: Consecuencias Jurídicas en torno a la misma”**. En: AA.VV. *Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*. Edición de Marino Barbero Santos, Madrid: 1989.

11. HERRERA DEL COLLAO, T. **La Inseminación Artificial Humana ante el Derecho Penal**. Universidad de Granada, Monografías de Derecho Penal. España: 1991.
12. MEDINA, Graciela. **“Daños causados a los hijos en el marco de la fecundidad asistida”**. En: Daños en el derecho de familia. Rubinzal- Culzoni editores. Argentina: 2002.
13. MENDEZ COSTA, Maria Josefa. **La filiación**. Rubinzal y Culzoni S.C.C., Argentina: 1986.
14. MIRANDA CANALES, Manuel. **Derecho de Familia y Derecho Genético**. Ediciones Jurídicas. Lima: 1998.
15. MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo. **“La reproducción asistida en México. un enfoque multidisciplinario”**. En: Cuadernos del núcleo de estudios interdisciplinarios en salud y derechos humanos. Universidad Nacional Autónoma de México.
16. MORO ALMARAZ M. Jesús. **Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial**. Librería Bosch.
17. MOSQUERA VASQUEZ, Clara. **Derecho y Genoma Humano**. Editorial San Marcos. Lima: 1997.
18. NORIEGA HOCES, Luis. **“Fertilización Asistida. Una esperanza de vida”**. En: SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús. Estudios sobre los aspectos jurídicos de la biotecnología reproductiva humana en el Perú. Editorial San Marcos. Lima: 1998.
19. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la Lengua Española**. Editorial Espasa. Vigésimo segunda edición. España: 2001, tomo I, p. 978.

20. RODRIGUEZ - CADILLA PONCE, María del Rosario. **Derecho Genético. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su trascendencia jurídica en el Perú.** Editorial San Marcos. Lima: 1997.
21. ROMEO CASABONA, Carlos María. **El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana.** Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. España: 1994.
22. RUBIO CORREA, Marcial: **Reglas del amor en probetas de laboratorio. Reproducción humana asistida y derecho.** Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1996.
23. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Derecho Genético. Principios Generales.** Editora Normas Legales. Trujillo: 1995.
24. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Derecho y Manipulación Genética.** Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. Lima: 1996.
25. VICO PEINADO, José. **El comienzo de la vida humana. Biótica teológica.** Ediciones Paulinas. Chile: 1991.
26. WAGNER GRAU, Patrick. **"Técnicas de reproducción asistida: Aspecto médicos, éticos y deontológicos"**. En: Bioética y Biojurídica. La unidad de la vida. Ediciones Jurídicas UNIFE. Lima: 2002, pp. 97-115.
27. ZANNONI, Eduardo A. **Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Proyecciones Jurídicas.** Editorial Astrea. Argentina: 1978. pp. 51 - 53.
28. ZARRALUQUI, L. **"La Inseminación Artificial Heteróloga y la Filiación"** en BICAM, Julio-Agosto, 1986.

**Revistas.-**

1. ALBERTO IBARRA, César Esteban. **“Bioética y fecundación *postmortem*”**. En: Revista del Colegio de Abogados de Lima. Lima: 2002, N° 2, pp. 242-251.
2. ARRIBERE, Roberto. **“Improcedencia e inconveniencia de la designación de un tutor especial a los prembiones criopreservados”**. En: Suplemento de la Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Argentina: noviembre de 2005, N° 46, pp. 12-23.
3. BANDA VERGARA, Alfonso. **“Dignidad de la persona y reproducción humana asistida”**. En: Revista de Derecho. Universidad de Valdivia. Chile: 1998, Norma IX,
4. BISCARO, Beatríz. **"El Desconocimiento o Impugnación de la Paternidad en los casos de Inseminación Artificial Heteróloga"**. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Argentina, Tomo 1987-B.
5. BOSSERT, Gustavo. **El Derecho Civil de Nuestros Tiempos**. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. Lima: 1995.
6. BOZA DIBOS, Beatriz. **“Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho. Reflexiones en torno a la ‘reproducción humana asistida’”**. En: Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1991, N° 45, pp. 71-110.
7. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. **“El delito de manipulación genética”**. En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Lima: 2002, pp. 65-67.
8. BULLARD GONZALES, Alfredo. **“Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual”**. En: *Ius et Veritas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1995, N° 10, pp. 51 - 64.

9. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. **“Fecundación extracorpórea, protección jurídica del embrión y reforma del Código Civil del Perú”**. En: *Ius et Veritas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1998, N° 17, pp. 196-204.
10. CHABAS, Francois. **“La corte de casación francesa y el asunto de las llamadas ‘madres portadoras’”**. En: *Jurídica*. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México: 1992, N° 21, pp. 163-166.
11. CHOFRE SIRVENT, Jorge. **“Reproducción asistida y Constitución”**. En: *Teoría y Realidad Constitucional*. UNED. México: 2001, N° 7, pp. 343-363.
12. DOBERNING GAGO, Mariana. **“Status [sic] jurídico del preembrión en la reproducción asistida”**. En *Jurídica*. Universidad Iberoamericana. México: 1998, N° 28, pp. 257 - 265.
13. DOBERNIG GAGO, Mariana. **“La selección de sexo: una alternativa de las técnicas de reproducción asistida”**. En: *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México: 2003, N° 33, pp. 395-404.
14. DOBERNIG GAGO, Mariana. **“La crioconservación y la donación de gametos como una alternativa de la infertilidad”**. En: *Jurídica*. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México: 2005, N° 34, pp. 447-459.
15. FARNÓS AMORÓS, Esther y Margarita GARRIGA GORINA. **“¿Madres? Pueden ser más de una”**. En: *Indret*. Revisa para el análisis del derecho. España: octubre de 2005, N° 306.
16. FERNÁNDEZ RUIZ, Paulo César y Silvana SEMINARIO SIFUENTES. **“Deficiencia en la regulación de las teras en nuestra legislación”**. En: *Ius*.

Universidad Privada del Norte. Trujillo: 2004, N° 5, disponible en:  
<http://www.upnorte.edu.pe/ius/04/art06.htm>

17. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **“Las personas, el personalismo y la Constitución peruana de 1979”**. En: Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1982, N° 36, pp. 81-96.
18. FRANÇA-TARRAGÓ, Omar. **“La reproducción asistida ante la ética y la ley”**. En: Bioética: compromiso de todos. Ediciones Trilce - Universidad de la República. Uruguay: 2003, p. 93-98.
19. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. **“El nuevo delito de lesiones en el concebido”**. En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Lima: 2002, N° 103, pp. 73-76.
20. JORDÁN VILLACAMPA, Luisa. **“Familias monoparentales, inseminación artificial y derechos humanos”**. En: Revista de Derecho. Universidad de Valencia: España: 2002, N° 1.
21. LLEDÓ YAGÜE, F. **Reflexión Jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana**. "La Ley" N° 177, 1985.
22. MALAESPINA, María Laura. **“Aproximaciones al estudio jurídico del genoma humano”**. En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2000, tomo 75, p. 40. pp.37-42
23. MARTÍNEZ MORÁN, Narciso. **“El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho Comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia e eugenesia”**; Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense; N° 2 (Nueva Época); Madrid 1979; especialmente pp. 133-135.



24. MESÍA RAMÍREZ, Carlos. **“Dignidad de la persona y derecho a la vida en la constitución y los instrumentos internacionales”**. En: Lumen. Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Lima: 2001, N° 2, pp. 17-24.
25. MOMBERG URIBE, Rodrigo. **“El problema de los embriones criopreservados. Análisis de la jurisprudencia y doctrina de los EE.UU.”**. En: Revista de Derecho. Universidad de Valdivia. Chile: 2001, Vol. XII, N° 2, pp. 199-205.
26. PALACIOS ZULOAGA, Patricia. **“La Aplicabilidad del Derecho a la Vida al Embrión o Feto en la Jurisprudencia Internacional durante 2004”**. En: Anuario de Derechos Humanos 2005. Universidad de Chile. Chile: 2006, pp. 75-80.
27. PASCUCCI DE PONTE, Enrico. **“Algunas consideraciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida”**. En: SABERES. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales. Universidad Alfonso X El Sabio. España: 2003, Volumen 1.
28. PIÑA, Roxana Gabriela. **“Las técnicas de fecundación asistida, ¿dieron lugar a la aparición de un nuevo sujeto de derechos? El embrión humano y su relación con bienes jurídicos dignos de protección penal”**. En: Revista Latinoamericana de Derecho. Rubinzal-Culzoni editores. México: 2004, año 1, N° 2, pp. 249-271.
29. QUISPE DÍAZ, Gilbert. **“Derecho e inicio de la vida humana”**. En: Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima. Lima: 2000, N° 2, pp. 26-27.

30. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. "La tutela de los embriones congelados". En: Suplemento de la Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Argentina: noviembre de 2005, N° 46, pp. 5-11.
31. SAENZ DÁVALOS, Luis. "El derecho a la vida y la interrupción voluntaria del embarazo". En: Revista Jurídica del Perú. Editora Normas Legales. Trujillo: 2001, N° 29.
32. TABOADA, Lizardo. "La calificación de las técnicas de reproducción humana asistida como negocios jurídicos atípicos". En: *Ius et Praxis*. Universidad de Lima. Lima: 1997, N° 27, pp. 185-191.
33. TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. "Los derechos sucesorios de los hijos superpóstumos". En Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica editores. Lima: 2003, N° 111, p. 97-99.
34. TURNER SAELZER, Susan. "Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilización y procreación asistida". En: Revista de Derecho. Universidad de Valdivia. Chile: 2001, Vol. XII, N° 2, pp. 206-216.
35. VALVERDE MORANTE, Ricardo. "Debería permitir el Derecho peruano el uso de la reproducción artificial en mujeres solas". En: Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima. Lima: 2002, N° 2, pp. 355-364.

#### **Recursos en línea.-**

1. BARBIERI, Javier. "La Fecundación in Vitro y la Transferencia Embrionaria (FIVET) atentan contra el derecho a la vida de seres humanos indefensos".

Ponencia presentada a la XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, disponible en [http://www.uca.edu.ar/esp/sec-fderecho/esp/docs-publicaciones/publicaciones/archivos/ponencia\\_barbieri.doc](http://www.uca.edu.ar/esp/sec-fderecho/esp/docs-publicaciones/publicaciones/archivos/ponencia_barbieri.doc)

2. CENTRO DE FERTILIDAD PROCREAR. **“Infertilidad afecta a más de un millón de peruanas”**, disponible en [http://www.procrear.com.pe/articulos\\_1.php](http://www.procrear.com.pe/articulos_1.php)
3. MEDINA, Graciela. **“Maternidad por sustitución (solución en la jurisprudencia francesa y norteamericana)”**, trabajo disponible en <http://www.gracielamedina.com>
4. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. **“Acerca de la de ‘inseminación artificial’ y su discusión en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil”**. En: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>
5. RED DE PERIODISTAS Y DIVULGADORES CIENTÍFICOS. **“Hospital público facilita acceso a la reproducción asistida”**. Lima: 19 de octubre de 2006, disponible en: <http://www.concytec.gob.pe/redperiodistaspe>
6. REYES FARFÁN; Ana María. **“Implicancias de la Reproducción Asistida en el Derecho de Familia”**. Lima: 21 de noviembre de 2002, artículo publicado en la Estafeta Jurídica Virtual de la Academia de la Magistratura del Perú y está disponible en <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=257>

7. SERRA, Ángelo. "La contribución de la biología al Estatuto del embrión", disponible en:  
[http://www.bioeticaweb.com/Inicio\\_de\\_la\\_vida/Serra\\_contr\\_emb.htm](http://www.bioeticaweb.com/Inicio_de_la_vida/Serra_contr_emb.htm)
8. <http://www.lexisnexli.c1>

#### **Publicaciones periódicas.-**

1. Diario La República, ediciones de los días 13, 14, 15 y 16 de diciembre de 2006.
2. Diario Oficial El Peruano. "El placer de ser madre a los 54". Lima: miércoles 10 de julio de 2002.
3. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "Biogenética vs. Derecho (I)". Diario Oficial El Peruano, Suplemento de Economía y Derecho. Lima 28 de abril de 1993.