

UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARIA

ESCUELA DE POST - GRADO



“LA NECESIDAD DE REGULAR LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN EL PERÚ”

Tesis presentada por:

**MIRIAM AURORA FERNÁNDEZ
GÁRATE**

Magíster en Derecho de Familia

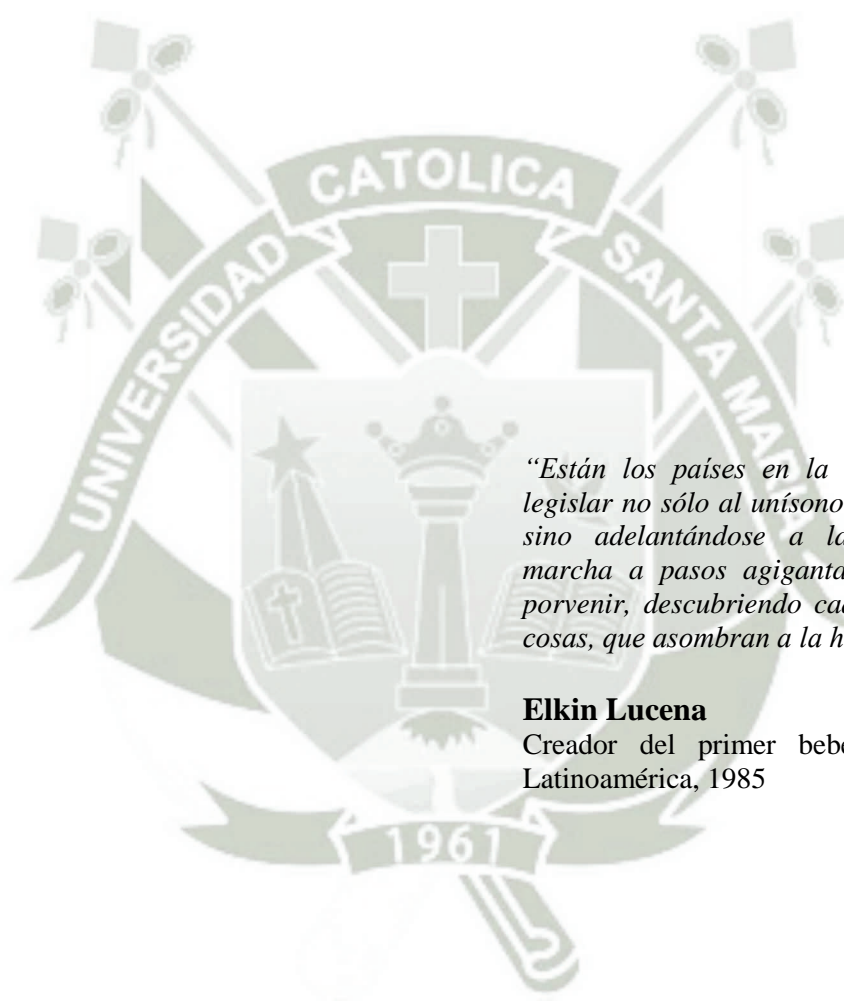
Para optar el Grado Académico de Doctor
en Derecho

AREQUIPA – PERÚ

2007



*A mis padres,
a quienes aprecio y valoro mucho más
desde que me convertí en madre.*



“Están los países en la obligación de legislar no sólo al unísono de la ciencia, sino adelantándose a la misma que marcha a pasos agigantados, hacia el porvenir, descubriendo cada día nuevas cosas, que asombran a la humanidad”.

Elkin Lucena

Creator del primer bebé probeta en
Latinoamérica, 1985

INDICE

	Pág.
RESÚMEN.....	VI
SUMMARY.....	VIII
INTRODUCCIÓN.....	IX

CAPITULO I EL DERECHO GENÉTICO Y LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1. Definición de Derecho Genético.....	1
2. Elementos del Derecho Genético.....	4
3. Campo de Aplicación del Derecho Genético.....	4
4. El Tratamiento de la Infertilidad.....	5
5. Los Derechos Reproductivos.....	8
6. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	9
7. Antecedentes Históricos de las Técnicas de Reproducción.....	9
8. Las diversas Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	11
a) La Inseminación Artificial (IA).....	11
b) La Fecundación Extracorpórea (FEC).....	12
c) La cesión de vientre.....	13
d) La preservación de gametos y embriones.....	13
9. Formas en que pueden ser utilizadas las TERAS.....	14
a) Interconyugal.....	14
b) Supraconyugal.....	14
c) Mixta.....	15
10. Ventajas que procura el tratamiento de la infertilidad.....	16

CAPITULO II
LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
ASISTIDA

1. Legislaciones Liberales.....	20
1.1. Inglaterra.....	20
1.2. España.....	22
1.3. Suecia.....	26
1.4. Estados Unidos.....	28
2. Legislaciones rígidas.....	29
2.1. Francia.....	29
2.2. Italia.....	34
3. La Reproducción Asistida en Latinoamérica.....	35

CAPÍTULO III

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
ASISTIDA EN EL PERÚ

1. Legislación nacional que incumbe al Derecho Genético.....	38
1.1. En el Código Civil.....	39
1.2. En el Código Penal de 1991.....	44
1.3. En la Ley de Propiedad Industrial.....	45
1.4. En el Código de los Niños y Adolescentes.....	45
2. Legislación específica sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	46
3. Proyectos de Ley elaborados en torno a las TERAS.....	48
3.1. Comisión de Reforma del Código Civil del Congreso Constituyente Democrático.....	51
3.2. Proyecto de reforma ampliado de filiación.....	53

CAPITULO IV
BIOÉTICA, DERECHO Y ARGUMENTACIÓN

1. Introducción.....	58
2. La Teoría de la Argumentación.....	60
3. Las reglas de juego en la Argumentación.....	62
4. ¿Por qué vía resolver los problemas que la Ética nos plantea? ¿La vía Legislativa o la Judicial?	63
5. Los principios de la Bioética: La versión estándar.....	65
5.1. El principio de Beneficencia.....	67
5.2. El principio de Autonomía.....	67
5.3. El principio de Justicia.....	68
5.4. El principio de No maleficencia.....	69
6. Crítica a la Concepción Puramente Principialista.....	69
7. La postura del Manuel Atienza.....	71
8. Los retos de los Comités de Ética.....	74
9. La postura de la Iglesia Católica frente a la Bioética.....	75

CAPITULO V

LA REGULACIÓN DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN EL PERÚ

1. Introducción.....	76
2. Requisitos para acceder a la Inseminación Artificial Heteróloga.....	77
2.1. Requisitos de la pareja.....	77
2.2. Requisitos del Donante.....	80
3. ¿Tiene el Concebido Derecho a Conocer su Identidad Genética y su Origen Biológico?	84
3.1. Argumentos a favor del Anonimato.....	84
3.2. Argumentos a favor del Derecho del niño a indagar su identidad genética.....	86
3.3. El reconocimiento del derecho a conocer la identidad genética en el Derecho Comparado.....	88
3.4. La postura del Dr. Varsi sobre el tema.....	90
3.5. Nuestra opinión.....	91
4. ¿En caso que el hijo nacido de una IAD deseara conocer la identidad personal de su padre biológico, tiene derecho éste último a mantenerse en el anonimato?.....	94
5. ¿Cuál debe ser la regulación jurídica de la filiación frente a la paternidad formal y biológica?	96
6. La Conformación de un Comité Nacional de Bioética.....	100
7. Implicancias y consecuencias de la práctica de la Inseminación Artificial Heteróloga en el Perú	102
CONCLUSIONES.....	104
SUGERENCIAS.....	106
Proyecto de Ley de Regulación de la Inseminación Artificial Heteróloga en el Perú.....	108
BIBLIOGRAFÍA.....	115
ANEXOS	
ANEXO I: Glosario.....	118
ANEXO II: Plan de Tesis.....	121
ANEXO III: Texto del Anteproyecto de Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida elaborado por el Dr. Enrique Varsi Rospigliosi.....	130

RESÚMEN

La Inseminación Artificial tanto homóloga como heteróloga constituyen técnicas de reproducción humana asistida que se viene realizando en el Perú desde hace más de una década, en clínicas particulares, sin contar con una regulación jurídica orgánica que legisle dichas prácticas.

Un artículo aislado y consignado en la Ley General de Salud Nro. 26842 reconoce el derecho que toda persona tiene a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, no existe un reglamento que establezca los requisitos y las condiciones para acceder a dichas técnicas, ni mucho menos las consecuencias jurídicas de dichas prácticas.

En el caso específico de la Inseminación Artificial Heteróloga —que es la práctica que mayores dificultades acarrea por intervenir un donante ajeno a la pareja que desea procrear— no se han establecido de manera clara y precisa los requisitos para recurrir a ella, tanto para la pareja como para el donante; no hay pronunciamiento alguno sobre la conveniencia o no de recurrir al uso de ésta técnica; no se ha determinado si el concebido tiene derecho a conocer su origen biológico y su identidad

genética, si el donante tiene derecho a conocer a su hijo biológico, tampoco se habla de las consecuencias de generar una paternidad formal y otra real para el concebido y finalmente no se establece cómo debe regularse la institución de la filiación en este caso.

Esta serie de incertidumbres jurídicas son abordadas en el presente trabajo de investigación, con la finalidad de formular una propuesta respecto a como debe regularse dicha práctica en nuestro país.

Con la presentación de dicho trabajo, esperamos motivar la reflexión sobre el tema, en especial por que en algunos tópicos nos hemos apartado de los criterios del único Anteproyecto elaborado sobre la materia en nuestro país.

La autora

SUMMARY

The Artificial Insemination, homologous or heterogeneous, constitute assisted human reproduction techniques that have been carried out in Peru for more than a decade, in private clinics, without having a legal regulation that legislates these practices.

An isolated and consigned article in the Health General Law number 26842 recognizes the right that every person has to appeal treatment regarding his or her infertility, as well as to procreate by using assisted reproduction techniques. However, there is not a regulation that establishes the requirements and conditions to access these techniques, nor the legal consequences for these techniques.

In the specific case of the heterogeneous artificial insemination -which is the practice that carries the largest number of difficulties as a donor, foreign to the couple, that wishes to procreate intervenes- the requirements to use it have not been clearly and precisely established, for the couple and for the donor, there is no saying about the convenience of appealing to the use of this technique, it has not been determined if the conceived one is entitled to know his or her biological origins and his or her genetic identity, if the donor is entitled to meet his or her biological son or daughter, the

consequences of generating a formal paternity and another real one for the conceived one are also not mentioned and finally it is not established how the filiations institution should be regulated in this case.

These legal uncertainties are approached in the present investigation work, with the purpose of formulating a proposal about how this practice should be regulated in our country.

With the following work, we hope to motivate the reflection on the topic, especially because in some topics we have left aside the criteria used in the only elaborated project about that boards this matter in our country.

The author



INTRODUCCIÓN

Los avances de la ciencia y la tecnología en el campo de la Biología, durante los últimos tiempos, están transformando de manera sustancial los elementos esenciales de la vida y la reproducción, al tiempo que están ofreciendo al ser humano una serie de posibilidades nunca antes imaginadas.

Hoy en día, por ejemplo, es posible lograr el control de la propia naturaleza, la eliminación de enfermedades, la creación de seres “perfectos”, la predicción de las enfermedades que una persona sufrirá, gracias a su información genética.

Sin embargo, estas técnicas espectaculares al tiempo que abren la posibilidad de mejorar la calidad de vida de los seres humanos, también presentan situaciones que eventualmente podrían colocar en riesgo la integridad y la dignidad del ser humano. De ahí la necesidad de que intervenga el Derecho a fin de brindar un marco legal adecuado para proteger al ser humano, así como reordenar sus estructuras y postulados para estar a la altura de los avances científicos.

En el caso del Perú, desde hace más de una década se vienen realizando en clínicas privadas algunas Técnicas de Reproducción Humana Asistida específicamente

la Inseminación artificial homóloga y heteróloga. Lamentablemente éstas prácticas no cuentan con una regulación jurídica orgánica que legisle su desarrollo. Un artículo aislado y consignado en la Ley General de Salud Nro. 26842 establece 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 recaiga sobre la misma persona y se cuente con el consentimiento previo y escrito de los padres biológicos. Seguidamente, se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

A pesar que esta Ley ha sido promulgada hace ya ocho años, no existe un reglamento que establezca los requisitos y las condiciones para acceder a dichas técnicas, ni mucho menos las consecuencias jurídicas de dichas prácticas.

En el caso específico de la Inseminación Artificial Heteróloga —que es la práctica que mayores dificultades acarrea por intervenir un donante ajeno a la pareja que desea procrear— no se han establecido de manera clara y precisa los requisitos para recurrir a ella, tanto para la pareja como para el donante, no hay pronunciamiento alguno sobre la conveniencia o no de recurrir al uso de ésta técnica, no se sabe si el concebido tiene derecho a conocer su origen biológico y su identidad genética, si el donante tiene derecho a conocer a su hijo biológico, tampoco se habla de las consecuencias de generar una paternidad formal y otra real para el concebido y finalmente no se establece cómo debe regularse la institución de la filiación en este caso.

Tomando en cuenta la Ética —que fluye como eje transversal en todos estos delicados asuntos—, la legislación comparada que existe al respecto y el único Anteproyecto de Ley sobre las Técnicas de Reproducción Asistida que a la fecha existe

en nuestro país, nos hemos propuesto en este trabajo abordar las interrogantes descritas líneas arriba y plantear una propuesta respecto a como regularse la práctica de la Inseminación Artificial Heteróloga en el Perú.

La presentación de los resultados obtenidos de la investigación ha sido dividida en cinco capítulos. El primer capítulo, se limita a presentar brevemente los avances, en la doctrina, del Derecho genético como rama independiente, el tema de la infertilidad, los derechos reproductivos y finalmente las diversas técnicas que existen de procreación asistida. El segundo capítulo, se dedica a presentar una breve ilustración sobre cómo han sido reguladas las Técnicas de Reproducción Asistida en la legislación comparada. El tercer capítulo se ha reservado a la determinación de las normas peruanas que podrían ser parte del Derecho Genético en el caso que ésta rama jurídica se independice, así como las normas y proyectos que se han realizado con relación a las Técnicas de Reproducción Asistida en nuestro país. A lo largo del cuarto capítulo se plantea la valiosa importancia que tiene la argumentación y el discurso bioético en la solución de los dilemas jurídicos que presenta la fertilización asistida. Finalmente, en el quinto capítulo abordamos el tema específico de la Inseminación Artificial Heteróloga, dando respuesta a las interrogantes inicialmente planteadas en el proyecto de investigación. En este capítulo nos apartamos del criterio establecido por la doctrina mayoritaria para dar paso al reconocimiento del derecho de los hijos nacidos mediante una técnica de inseminación artificial, a conocer su origen biológico y su identidad genética al llegar a su mayoría de edad, tema controversial pero que ya esta siendo discutido en la legislación comparada gracias a las iniciativas de Austria, Suecia y Suiza que expresamente reconocen dicho derecho.

Seguidamente, presentamos las correspondientes conclusiones que definen los requisitos y criterios que se deben tomar en cuenta para regular la práctica de la Inseminación Artificial Heteróloga en nuestro país.

El trabajo finaliza con las sugerencias y la presentación de un Proyecto de Ley abordando la Inseminación Heteróloga.

Esperamos que el presente trabajo constituya una invitación a la reflexión sobre el tema, en especial por que en algunos tópicos se ha apartado de los criterios del único Anteproyecto elaborado sobre la materia en nuestro país.

CAPITULO I

EL DERECHO GENÉTICO Y LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1. Definición de Derecho Genético

Así como el avance vertiginoso de las ciencias biomédicas nos brindan a los seres humanos posibilidades nunca antes sospechadas para elevar nuestra calidad de vida, también pueden darse situaciones en las que la misma ciencia puede colocar en riesgo la integridad del ser humano. De ahí la necesidad de que intervenga el Derecho a fin de brindar un marco legal adecuado para proteger al ser humano, así como reordenar sus estructuras y postulados para estar a la altura de los avances científicos.

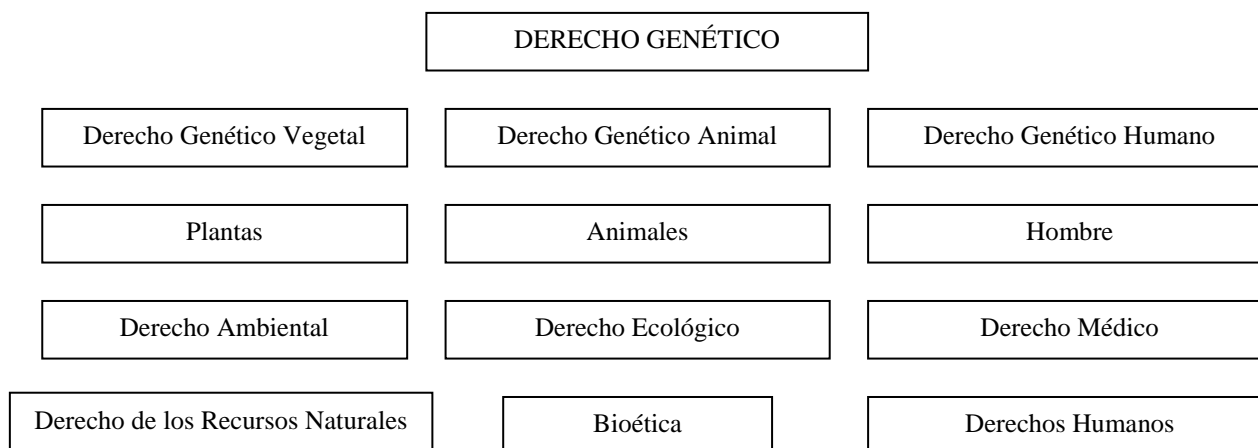
Bajo este contexto es que ha surgido el Derecho Genético como una rama del Derecho orientada a regular el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano. Esta rama se encarga de estudiar y normar todas aquellas actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición genética de los seres humanos. Tiene como propósito proteger y dar seguridad jurídica tanto a las personas como a las relaciones sociales que se derivan de los avances de las ciencias biotecnológicas.

Según Varsi Rospigliosi, estudioso del Derecho Genético en el Perú, el Derecho Genético nace de la relación *ius -gen* fijando las pautas para la aplicación de las técnicas biogenéticas ([1982] 2001: 69).

El Derecho Genético como tal es reciente. En una primera etapa se le consideró como un derecho de excepción aplicable sólo a los seres humanos, en lo pertinente a su identidad a efectos de determinar los nexos de paternidad. Luego extendió su ámbito de aplicación a las técnicas de reproducción humana asistida siendo posteriormente utilizado para establecer los principios del inicio de la vida humana.

Hoy en día el Derecho Genético constituye una rama jurídica que no se limita al ser humano sino que abarca la regulación de toda materia viva. Su regulación incluye el estudio de las plantas y animales.

Varsi Rospigliosi ha elaborado un esquema que ilustra con gran claridad el ámbito de aplicación del Derecho Genético ([1982] 2001: 69):



Podemos afirmar que se trata de una rama del Derecho esencialmente técnica, ya que estudia los efectos de los avances biocientíficos sobre el hombre con la finalidad de predeterminar la relación jurídica biotecnológica y normarla desde los aspectos sustantivo, adjetivo, administrativo y punitivo.

Se dice que es un apéndice del Derecho médico y de la Bioética debido a que estudia una parte muy especializada de ambas ramas: la referida a la repercusión jurídica de la biotecnología, la procreática y la genómica. Cabe resaltar además que constituye una especialidad del Derecho muy delicada por estar sumamente implicadas las consideraciones éticas, morales y religiosas.

La importancia del Derecho Genético radica en la medida en que sus normas estructuran un marco de regulación acorde con la protección del ser humano, fijando pautas para la aplicación y estableciendo sanciones contra aquéllos procedimientos contrarios a la dignidad humana.

Esta novísima rama del Derecho ha recibido diversas nominaciones en el Derecho comparado, como: Bioderecho, Derecho y Genoma Humano, Derecho Tecnológico, Derecho de las Biotecnologías, Derecho Médico, Iusgenética, Derecho Biológico, entre otros. Como se puede apreciar falta mucho por recorrer y lograr la uniformización de la denominación de dicha rama jurídica.

Respecto a la autonomía de dicha rama, Enrique Varsi no duda de ello, afirmando que “tanto pedagógica como académicamente, el estudio, análisis y aplicación del Derecho genético escapa de otras ramas del Derecho tradicional requiriendo, por tanto, de la formación de especialistas con el objeto de lograr el máximo servicio al ser humano” (Varsi, [1982] 2001: 81)

Sin embargo, a nuestro parecer creemos que aún falta mucho por recorrer en nuestro país, para considerar a esta rama como una disciplina autónoma, a pesar de que en otros países ya es considerada así.

2. Elementos del Derecho Genético

Los elementos que se requieren para poder hablar de relaciones jurídicas vinculadas entre la Genética y el Derecho, son por un lado, los sujetos y por el otro, el objeto. En el primer caso, tenemos el sujeto activo, que esencialmente es aquella persona técnica o profesional que con conocimientos biomédicos realiza intervenciones genéticas en otra. En contraposición, tenemos el sujeto pasivo, que puede ser cualquier ser humano (concebido o persona natural) sin distinción alguna en el que recae la acción.

En el segundo caso, el objeto del Derecho genético es regular la aplicación de los procedimientos genéticos y su relación con el ser humano. Por ello es una especialidad jurídica orientada a dar pautas de protección legal para evitar perjuicios en los seres humanos. Al Derecho Genético le incumbe directamente resolver todas aquellas técnicas biotecnológicas que se aplican en o sobre el ser humano, orientándolas con una regulación esencialmente humanista.

3. Campo de Aplicación del Derecho Genético

El Derecho Genético Humano se encarga de regular cinco aspectos fundamentales de la vida a saber:

- a) Individualidad Biogenética: relacionada con el inicio y el fin de la vida.
- b) Integridad Genética: que comprende cuatro aspectos. El Genoma Humano y su contratación, comercialización, industrialización y patente; los micro-transplantes, la experimentación humana y la manipulación genética.
- c) Identidad Genética: referida a la determinación de la paternidad y la identificación.

d) Intimidad Genética: que comprende la reserva y protección del genoma humano, la privacidad del genoma humano, el Consejo Genético, el derecho a no saber, entre otros aspectos.

e) Procreación Asistida: que abarca las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como es el caso de la Inseminación, la Fecundación y la Inyección Intercitoplasmática de espermatozoides (ICSE) orientadas a superar el problema de la infertilidad, que en adelante serán denominadas como TERAS.

4. El Tratamiento de la Infertilidad

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 a todo orden social. No sólo satisface la necesidad socio-cultural de perpetuar la especie sino también necesidades biológicas y psicológicas del individuo: su instinto natural de subsistencia.

Los patrones de reproducción de los seres humanos son variables de acuerdo con los cambios culturales, biológicos y sociales. Estos patrones de reproducción tienen profundos efectos sobre las condiciones de salud poblacional. Al mismo tiempo reciben el impacto en torno de la actitud frente a la reproducción.

Qué se entiende por fertilización y cuándo estamos ante una “*fertilización natural*”. La fertilización es el proceso por el cual el óvulo femenino es fecundado por el espermatozoide masculino, fusionándose así el pronuclei masculino y femenino en una nueva unidad, con información genética propia. Este proceso se desarrolla durante varias horas. La relación sexual entre dos adultos fecundos da lugar a una “*fertilización natural*”.

En la actualidad la esterilidad constituye uno de los problemas de salud más comunes. Se trata de una enfermedad endocrina o genital que afecta el funcionamiento adecuado del sistema reproductivo.

Aunque aún no se ha llegado a un consenso acerca de las causas y naturaleza de la infertilidad, podríamos decir que es la condición de una pareja que pese a repetidos intentos de concebir no está en aptitud de procrear, ya sea por oligospermia, azoospermia, baja densidad o ausencia de esperma, esterilidad a causa de una vasectomía, bloqueo o ausencia de las trompas de Falopio, ausencia o útero defectuoso, ausencia de gametos, endometriosis u otros.

Se estima que entre 10% y 15% de las parejas de edad reproductiva sufren de esterilidad primaria (no han concebido nunca, pero es posible que lo hagan); de esterilidad secundaria (han concebido antes), o de esterilidad absoluta (sin posibilidad de concebir). De este porcentaje, el 60% pueden concebir por medio de un tratamiento adecuado.

Si luego de haber practicado el coito de manera regular por el lapso de un año, la pareja no logra concebir, es necesario tomar un examen de esterilidad. Este tiempo prudente se basa en las estadísticas que expresan el porcentaje de embarazos logrados por parejas que no usan anticonceptivos.

La concepción natural *in vivo*, por ciclo mensual en parejas que mantienen relaciones sexuales de manera regular sin usar anticonceptivos, es de 60%, aproximadamente. De esas concepciones, 50% abortan espontáneamente, antes del reconocimiento clínico del embarazo o entre las 6 y 20 semanas de gestación. La otra mitad prosiguen como embarazos viables después de las 20 semanas, es decir, que de

cada 100 óvulos expuestos a fertilización en parejas fértiles solo 30 tienen éxito (Varsi, [1982] 2001: 249).

En cuanto a la concepción *in vitro*, la tasa de embarazos probables es de 10% cuando se transfiere un solo embrión, 15% cuando se transfieren dos embriones y 19% cuando se transfieren tres embriones. Esas cifras representan tasas promedios y varían considerablemente entre los diferentes centros, dependiendo de la experiencia y de los criterios de selección de los pacientes ([1982] 2001: 249)

En la Cuarta Conferencia Mundial sobre Fertilización *in Vitro* en Melbourne, Australia, realizada en noviembre de 1985, se informó que a la fecha habían nacido tres mil niños gracias a estas técnicas, sin más problemas que los resultantes del embarazo natural.

Aproximadamente, el 5% de los nacimientos vivos exhiben algún defecto congénito, que es una deficiencia en el desarrollo morfológico o funcional de uno o varios tejidos y órganos. Las causas de estos defectos son múltiples y se atribuyen a factores genéticos y no genéticos. La característica común de todos ellos es que está determinado casualmente antes del nacimiento. En el caso del origen genético, el defecto está presente en el momento de la concepción.

Las anomalías cromosómicas consisten en el exceso o la deficiencia de este material. Se estima que entre 10% y 15% de las concepciones sufren alguna anomalía cromosómica, que en su mayor parte se eliminan en forma natural, siendo responsable del 50% de los abortos espontáneos. El pequeño número de fetos con anomalías cromosómicas, que llega a término, constituyen 0,5% de los nacimientos vivos. Los niños afectados exhiben generalmente retardo mental e impedimentos físicos, siendo el síndrome de Down el más frecuente.

En razón a estos problemas relacionados con la esterilidad y la procreación de descendencia con taras, es que a nivel mundial se ha determinado la utilización cada vez mayor de las denominadas técnicas de reproducción asistida.

5. Los Derechos Reproductivos

De acuerdo a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Asamblea General de las Naciones Unidas, 18/12/1979) se define a estos derechos como “aquellos derechos humanos que todo ciudadano, varón o mujer —sin importar su condición social, edad, raza, religión, estado civil u opción sexual— tiene al ejercicio pleno, libre y responsable de su sexualidad centrada —o no— en la procreación”.

Como se afirma en la declaración de los derechos sexuales, los seres humanos tenemos derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental y por tanto al acceso —en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres— a los servicios que incluyan la planificación familiar y la salud reproductiva. De otro lado, existe el derecho a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de los hijos.

Los derechos reproductivos se desenvuelven en dos áreas: los derechos positivos, como es el caso del derecho a la procreación (y la posibilidad de acceder a las TERAS) y, los negativos, el derecho a la no procreación (planificación familiar).

El Derecho a la procreación se entiende como aquella facultad individual que tiene la persona para procrear con quien desee, en el momento y las condiciones en que lo quiera. Según el Dr. Varsi este derecho ha adquirido mayor connotación con la utilización de las técnicas de reproducción asistida —en algunos países— en los casos

de fecundación en mujeres solas, maternidad subrogada, crioconservación y clonación ([1982] 2001: 252).

Como podemos apreciar, el derecho a la procreación constituye una facultad del ser humano derivada del derecho a la vida, de la integridad y de la libertad de la persona.

6. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Las TERAS son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. Están orientadas a mitigar los efectos de la esterilidad. Por tal motivo, constituyen métodos supletorios y no alternativos que buscan superar una deficiencia biológica o psíquica que impide tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o resultado ineficaces de manera tal que, como acto médico robustecen el derecho a la salud reproductiva positiva (poder tener descendencia). Por el contrario, no se trata de métodos alternativos, puesto que siendo la finalidad directa la procreación ésta no puede estar supeditada a la mera voluntad de la persona.

Las técnicas de reproducción humana asistida permiten separar los aspectos genéticos, gestacional y social de la procreación recombiniéndolos de las más diversas maneras. Así como la “píldora” contribuyó a disociar el vínculo sexualidad-procreación en el sentido de impedir la concepción; las nuevas técnicas de “Reproducción Humana Asistida” permiten engendrar un bebé sin necesidad de coito sexual.

7. Antecedentes Históricos de las Técnicas de Reproducción

La reproducción asistida tiene una larga historia por ser el método más antiguo para combatir la esterilidad. Los pueblos babilonios y arábigos hallaron en los vegetales

el método de reproducción sin cópula, ya que lograron polinizar artificialmente palmeras para conseguir mayor producción de dátiles. También en la antigua Grecia y en Roma se realizó esta técnica con animales. En el siglo VI los árabes utilizaban rudimentariamente, pero casi de manera constante, la inseminación artificial en animales. En el siglo XII un médico árabe practicó en sus pacientes con problemas de fertilidad, el baño en una tina que contenía agua con esperma. Posteriormente, en 1932 un jeque árabe, utilizando una esponja, fecundó a su yegua con semen extraído de un caballo. Alrededor de los años 1424 y 1474 el médico Arnaud de Villeneuve inseminó artificialmente a doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique VI de Castilla. En 1776 fueron estudiadas las consecuencias de la congelación de espermatozoides. En 1780 fue inseminada una hembra de la especie canina. En 1799 se reporta el primer embarazo por inseminación artificial. En 1890 se logra la primera fecundación *in vitro* del ovocito de una coneja y la correspondiente transferencia del embrión. En 1930 se logra la activación artificial del óvulo de una coneja y el primer parto de un conejo vivo sin padre. En 1944 se fecundó un óvulo humano en probeta, pero rápidamente murió: En 1949 se descubre que la glicerina puede ser usada para congelar el esperma.

Pero no es sino hasta 1950 que se produce el verdadero impulso en el campo de la reproducción asistida, al lograrse congelar semen de bovino y luego inseminarlo con éxito. Un año después fue transferido exitosamente el embrión de una vaca a otra; al año nació el primer becerro producto de semen congelado y fueron clonadas células de renacuajo. Finalmente en 1959 logra vivir el primer conejo fruto de la fertilización *in vitro*.

Los primeros experimentos relacionados con la clonación se realizan recién en la década del setenta. En 1970 son clonados embriones de ratones; en 1975 se logra la

multiplicación por clones en conejos; en 1978 nace el primer bebé probeta, Louise Brown, en Gran Bretaña y en 1981 nace el segundo, en Australia. En 1985 una madre subrogada se niega a entregar al hijo que gestó, en 1993 se clonan embriones humanos, en 1995 se desarrolla la ingeniería de tejido e implante de órganos artificiales; en 1996 se discute mundialmente la destrucción de embriones congelados; en 1997 se clona una oveja, *Dolly*; y finalmente en enero del 2000, científicos estadounidenses logran clonar un mono llamado *Tetra* que procede de la fragmentación de un embrión en cuatro partes.

8. Las diversas Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Las técnicas de Reproducción Humana Asistida engloban diversos procedimientos y tecnologías, entre los que destacan la inseminación artificial (IA), la fecundación extracorpórea (FEC) que comprende a la fertilización *in vitro* y la transferencia de embriones, la cesión de vientre y finalmente la preservación de gametos y embriones.

a) La Inseminación Artificial (IA)

En el caso de la inseminación artificial —en adelante IA— se toma del espermatozoides masculino el semen necesario para hacerlo llegar al óvulo femenino, facilitando así la fecundación en el vientre materno. Es artificial en tanto la introducción de semen en el útero obedece a causas distintas a la “natural”. El semen utilizado puede ser del cónyuge —en cuyo caso estamos ante la inseminación artificial homóloga— o de un tercero, caso en el que hablaríamos de una inseminación artificial heteróloga o por donación; pero también puede ser mixta como veremos más adelante.

La inseminación artificial tiene como fin esencial la procreación. El semen se inocula, de manera directa pero asistida en la vagina de la mujer y no da la posibilidad

de realizar experimentación alguna, salvo en lo que respecta a la selección de gametos masculinos.

b) La Fecundación Extracorpórea (FEC)

La fecundación extracorpórea busca la unión del espermatozoide y el óvulo en un probeta y tiene entre uno de sus objetivos la investigación humana científica. Esta técnica implica procesos de alta tecnología médica, sobretodo considerando sus innumerables derivaciones.

Los avances biotecnológicos permiten que estas técnicas puedan realizarse estando en vida la pareja o el cedente, o después de producida la muerte pues la crioconservación de gametos y del embrión permiten la transferencia en cualquier momento.

La fertilización *in vitro* (FIV), como su nombre lo indica, supone que el proceso de fertilización ocurre en probeta. El procedimiento es bastante complejo, pero en términos generales supone: a) Superovulación (las posibilidades de embarazo son escasas si sólo se transfiere un embrión al útero, de ahí que es necesario obtener varios óvulos); b) Intervención quirúrgica para remover los óvulos maduros; c) Fertilización *in vitro* con semen previamente analizado y preparado para la inseminación; d) Incubación por algunos días a fin de constatar su normal desarrollo; y finalmente e) Implantación de varios embriones en el útero femenino. Este último paso constituye una modalidad de la *transferencia de embriones* (en adelante TE). La otra forma de transferencia de embriones se conoce como *lavaje* y supone la fertilización *in vitro* del óvulo mediante inseminación artificial y luego de tres o cuatro días, justo antes de la implantación, se remueve el óvulo fertilizado para transferirlo al útero de otra mujer, cuyo ciclo menstrual ha sido sincronizado con el del donante.

La FEC presenta las siguientes variaciones:

- a) La transferencia de embriones (TE), método por el cual se coloca el cigoto directamente en la pared uterina;
- b) La transferencia intratubárica de gametos (TIG), que consiste en colocar los gametos masculinos y el femenino en la trompa de Falopio, es decir, en su lugar natural, con la finalidad de que sea allí donde se realice la concepción.
- c) La transferencia intratubárica de embriones (TIE), que 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 más natural.
- d) La inyección intercitoplasmática de espermatozoide (ICSE), que es una técnica que busca la fecundación del óvulo sólo con un espermatozoide. En este procedimiento se selecciona, prepara e introduce sólo un espermatozoide (predeterminado) en el óvulo, lográndose una fecundación total y absolutamente dirigida.

c) La cesión de vientre

Se le suele denominar “*madre sustituta*”, o “*cesión o alquiler de vientre*”. No es propiamente una forma de concepción artificial sino la gestación de un embrión en el vientre de otra persona. La madre sustituta gesta a la criatura desde la concepción hasta el alumbramiento. Podríamos decir que funge en última instancia a manera de incubadora.

d) La preservación de gametos y embriones

Otro de los adelantos en este campo es la posibilidad de preservar semen y óvulos fecundados mediante el proceso de “*cryopreservation*” o congelación. Si bien la

ciencia no ha logrado detener el transcurso del tiempo, por ejemplo congelando a una persona, es posible congelar embriones humanos para su uso futuro. En junio de 1986 se registró en Los Angeles, USA, el primer nacimiento de una persona humana cuyo embrión habría sido sometido a este tratamiento.

9. Formas en que pueden ser utilizadas las TERAS

Tanto la IA como la FEC pueden ser interconyugal, con material genético (óvulo y semen) del cónyuge o conviviente; supraconyugal, con material de tercero o cedente; o mixta, realizada con la mezcla de componentes genéticos de dos o más varones.

a) **Interconyugal.-** La fecundación interconyugal, también llamada homóloga —en adelante IAH— no crea mayor problema puesto que existe un vínculo matrimonial que le otorga seguridad jurídica a dicha práctica y sus consecuencias; asimismo, la unión de hecho le ofrece una presunción legal de paternidad al producto de la concepción.

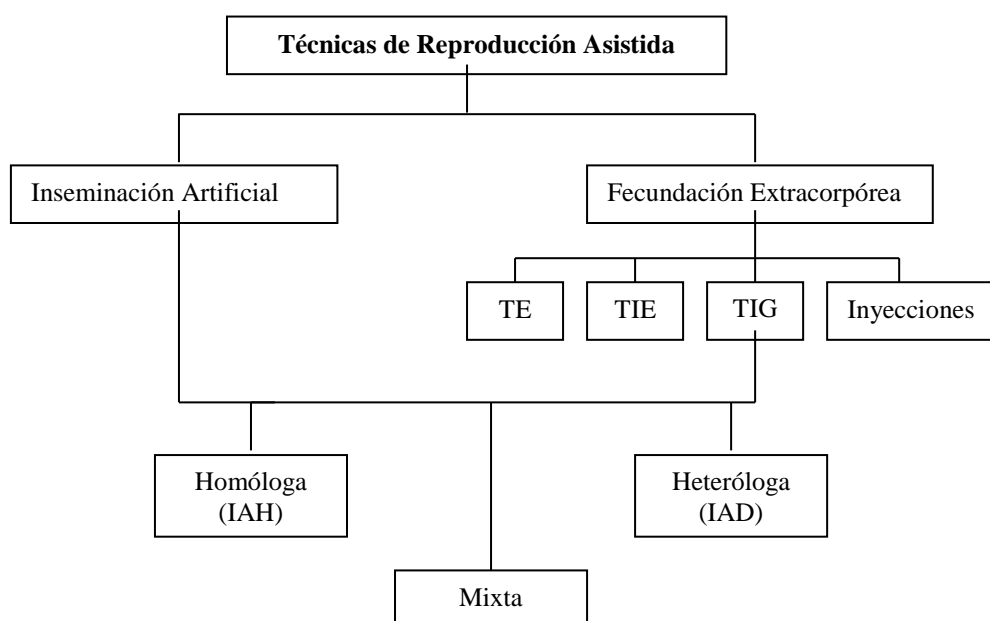
b) **Supraconyugal.-** La fecundación supraconyugal es más conocida como fecundación heteróloga. Esta modalidad crea situaciones en parte nada seguras puesto que con el cedente se carece de una relación jurídica reconocida para exigirle el cumplimiento de obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria) o deberes naturales (reconocimiento). Fomenta toda una gama de disociación, partiendo de la disociación inicial entre la relación sexual y la procreación y prosiguiendo con la disociación entre la paternidad biológica y la social; o la disociación de la maternidad genética, la uterina y la social, así como la disociación del lugar de la concepción y del lugar de nacimiento —en adelante IAD.

Justamente en atención a que la Inseminación Supraconyugal o Heteróloga genera una serie incertidumbres jurídicas con relación a la filiación y la paternidad —a

diferencia de la inseminación interconyugal— es que consideramos necesario estudiar con mayor detenimiento las consecuencias jurídicas de dicha práctica a fin de salvaguardar los derechos de las personas que intervienen en ella. A nuestro modo de ver existen determinadas situaciones en las que su uso es justificado pero bajo ciertos márgenes de permisibilidad que plantearemos en capítulos posteriores.

c) **Mixta.-** También llamada confusa, combinada o biseminal, es aquella que se realiza mezclando espermias de varios varones con los del marido. Tiene como propósito elevar las probabilidades de que el marido sea el padre, estableciéndose una duda acerca de su paternidad dándole una ilusión, o quizá la esperanza, que fue su espermia, y no el de tercero, el que fecundó el óvulo de su mujer. Esta última técnica es considerada en algunas legislaciones como una forma de manipulación genética, mientras que para un sector de la doctrina es una variante de la técnica heteróloga. En el caso peruano, dado el marco jurídico que se pronuncia en contra de la práctica de cualquier forma de manipulación genética, resulta difícil que se admita su práctica.

En función a lo expuesto podemos esquematizar las TERAS de la siguiente manera:



10. Ventajas que procura el tratamiento de la infertilidad

Antes de desarrollarse las técnicas de reproducción asistida, la adopción era la forma de solucionar los problemas de infertilidad y también todos aquellos casos de enfermedades genéticas hereditarias como la hemofilia y las anomalías cromosomales, además de aquellos casos en que la mujer de facto es Rh negativo y está Rh-isomunizada y el padre es Rh positivo, o aquellos matrimonios en que la mujer, por su edad, tiene escasas posibilidades de salir encinta. Sin embargo, la necesidad de encontrar un alivio más satisfactorio a estas situaciones, motivó el adelanto de la ciencia que hoy conocemos como Reproducción Humana Asistida.

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 procreadora.

Sin embargo, los “beneficios” derivados de estos adelantos van más allá: abren la posibilidad de controlar las características del embrión (sexo, color de los ojos, contextura), manipular el material genético para satisfacer el gusto de sus progenitores, traer hijos genéticamente relacionados a uno sin tener que participar en su concepción, gestación y/o alumbramiento, hacen posible la clonación y responden al pedido de los solteros, así como de las parejas homosexuales, de tener descendencia genéticamente vinculados a ellos.

Para quienes a pesar de no haber podido encontrar una pareja con quien compartir su futuro, deseen concebir, gestar y alumbrar un hijo, para quienes quieran experimentar la satisfacción de transmitir su material genético sin tener que asumir las responsabilidades inherentes a la gestación o paternidad, para quienes, por cualquier

otro motivo, quieren participar de una u otra forma en la procreación, la Reproducción Humana Asistida les permite realizar sus tan anhelados objetivos.

Estas posibilidades que la ciencia nos provee, genera una serie de dilemas de índole ética y moral. Por tal motivo es que en el presente trabajo de investigación nos avocaremos a plantear una propuesta de regulación de la Inseminación Artificial Heteróloga (IAD) bajo el marco jurídico establecido por la legislación peruana.



CAPITULO II

LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La fluidez de la investigación y la velocidad de los descubrimientos que se están dando en el campo de las biotecnologías, han generado una serie de incertidumbres y dilemas éticos que involucran la dignidad de los seres humanos que extraviados en este campo requieren de parámetros que definan las fronteras de lo permisible.

Esta necesidad de proveer un marco jurídico que sirviera de referente ético para los avances de las biotecnologías, no ha pasado desapercibida para la UNESCO, que a la cabeza de su Director Noëlle Lenoir, en 1991, se “lanzó a la aventura” de elaborar un texto que fijara un marco ético universal para las actividades relacionadas con la genética humana. En 1993 se conformó el Comité Internacional de Bioética (CIB) integrado por 55 miembros venidos de horizontes geográficos diversos y de múltiples disciplinas quienes tras cuatro años de intenso trabajo lograron que el 11 de noviembre

de 1997 la Conferencia General de la UNESCO adoptara por consenso la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. En dicha Declaración se declara la protección del Genoma Humano y se prohíbe expresamente la manipulación genética dirigida a la clonación de seres humanos.

Esta Declaración ha servido y sirve en la actualidad de referente para la elaboración de las legislaciones nacionales que también han tomado conciencia de la necesidad de elaborar una regulación jurídica que tome en cuenta los valores éticos implicados en el desarrollo de estas técnicas.

Por tal motivo es que desde hace más de una década varios países han promovido la creación de diferentes comisiones de estudios para elaborar propuestas legislativas en torno a estos temas. La mayoría de ellos optó por crear comisiones multidisciplinarias de expertos —médicos, biólogos, abogados, religiosos— que pudiesen formular recomendaciones al poder legislativo.

El resultado de dichas propuestas sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ha sido sumamente variado, en cada país. Se pueden distinguir claramente, por un lado, las legislaciones de corte liberal como es el caso de los Estados Unidos, España, Inglaterra y Suecia, y por el otro, normativas sumamente rígidas como Italia y Francia.

La visión individualista americana, cada vez esta siendo vista con mejores ojos y ganando espacios, en países como Inglaterra y España. Ello, a pesar de que no existe una traducción del Derecho a la *Privacy*, formulado por los norteamericanos y entendido como el derecho a la felicidad.

En términos generales se puede afirmar que las principales leyes europeas sobre la fecundación asistida parten de la consideración de la infertilidad como patología (del

individuo y/o de la pareja), al cual es justo poner remedio. Bajo esta premisa, el acceso a las técnicas de fecundación asistida está condicionado al estado de infertilidad.

A continuación presentaremos brevemente los modelos legislativos de algunos países que claramente participan de una legislación liberal o de una normativa rígida respecto a las técnicas de reproducción asistida.

1. Legislaciones Liberales

Se les denominan legislaciones liberales debido a que el derecho a acceder a las Técnicas de Reproducción Asistida cuenta con mínimas restricciones. Mientras que en los países con legislaciones rígidas este derecho esta previsto solo para las parejas — que deben cumplir una serie de requisitos— las legislaciones liberales permiten a las mujeres solas beneficiarse de las TERAS. Sin embargo, cabe resaltar que la posibilidad de las mujeres solas de acceder a la fecundación artificial, no asume la fisonomía de un derecho absoluto e incensurable a la procreación asistida, sino que esta ligado a la tutela de la salud.

Ninguna de estas legislaciones permite la clonación de seres humanos, ni la selección de sexo o de otras cualidades, pero si se escogen a personas cuyos rasgos sean equiparables a los futuros padres legales (raza, grupo sanguíneo, rasgos físicos, etc.)

En la actualidad los países europeos que han decidido dar un paso adelante en la liberación del derecho a la procreación, permitiendo la procreación asistida a parejas de lesbianas, son Dinamarca, Holanda, Finlandia, Suecia, Rusia, Inglaterra, Irlanda y España.

1.1. Inglaterra

En 1982 fue conformada una Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología humana, con la finalidad de emitir un informe sobre el tema que sirva de

base para la elaboración de la ley británica sobre reproducción asistida. Dicha comisión se tomó dos años para estudiar las implicancias ético-jurídicas de los avances de la ciencia respecto a la fertilización artificial. Estuvo presidida por Mary Warnock, cuyo apellido lleva el nombre del Informe. Los resultados de este informe han servido de base para elaborar la respectiva ley.

En la bibliografía bioética, se conoce a Warnock como responsable del término jurídico -no biológico ni médico- de "pre-embrión", que ha servido a los legisladores de varios países para permitir la reproducción asistida por el método de fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones, que conlleva la creación, manipulación y destrucción de embriones humanos, hasta el día 14 de la fecundación.

Según el informe Warnock, el embrión experimenta un cambio sustancial de estatus jurídico a partir de los catorce días de la fertilización —este período no incluye el tiempo en que el embrión esté congelado— plazo a partir del cual goza de plena protección jurídica frente a la manipulación como objeto de investigación, una protección que según se afirma es tan rigurosa como la que recibiría un niño.

En opinión de la Comisión, antes de los catorce días de la fecundación el embrión no es realmente una unidad, sino un conjunto de células sueltas que aún no se han diferenciado —denominado pre-embrión. Cualquiera de estas células puede adoptar cualquier función mientras dura la formación del embrión, o puede formar parte de la placenta en vez del propio embrión, porque se trata de células totipotentes. De otro lado, afirman que antes de los catorce días es posible que tenga lugar la gemelación, y si ésta se desarrolla por su cauce normal, pueden nacer dos individuos en vez de uno.

Estos razonamientos han sido atendidos por el legislador inglés que protege el embrión humano sólo a partir de los 14 días de haber sido fecundado y permite la

investigación científica de los embriones, la clonación terapéutica y la investigación de las enfermedades que pueden ser identificadas en la estructura genética del embrión (Ley de Fertilización Humana y Embriología emitida el 1 de noviembre de 1990).

En cuanto a la maternidad subrogada Inglaterra es el único país en el mundo que la permite siempre y cuando se dé a título oneroso.

Debido a esta serie de licencias otorgadas por el sistema inglés, un sector de la doctrina afirma que la ley inglesa constituye una ley auténtica y coherentemente liberal.

De otro lado, cabe resaltar que la ley inglesa prohíbe la clonación de seres humanos estableciendo en su artículo 3.3., la prohibición de sustituir el núcleo de una célula de un embrión por el núcleo de una persona, de un embrión o del desarrollo del subsiguiente embrión.

El informe Warnock también ha sido considerado un referente de gran importancia por la legislación española, como veremos a continuación.

1.2. España

En España, la inseminación artificial con semen del marido o de un donante se ha venido realizando desde hace varios años. El primer banco de semen data de 1978 y a la fecha han nacido ya unos dos mil niños por el sistema de inseminación artificial. Asimismo, la primera fecundación *in vitro* con transferencia de embriones, de mayor complejidad técnica, tuvo lugar en 1984. Y en la actualidad se viene practicando la transferencia intratubárica de gametos.

En atención a que la realización de dichas técnicas no contaban con regulación jurídica alguna, en 1986 se creó una Comisión Parlamentaria que hizo público el informe Palacio en 1988. En mérito a dicho informe el Parlamento Español aprobó la Ley Nro. 35 sobre Procreación Asistida, el 22 de noviembre de 1988. Y la última

modificación a la ley fue realizada en noviembre del 2003, sin mayor alteración del contenido general.

La ley establece que las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces. También es posible la utilización de dichas técnicas para la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario. Pueden acceder a ellas tanto las mujeres casadas como las solteras.

Asimismo establece que la identidad de los donantes, la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos debe mantenerse en estricto secreto. Sólo está permitido fecundar un máximo de tres ovocitos que puedan ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo. La donación de gametos y preembriones procede de manera gratuita, formal y secreta entre el donante y el centro autorizado.

Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes pero no su identidad. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, podrá revelarse la identidad del donante, pero no dará lugar a la determinación de filiación alguna. Toda mujer mayor de edad soltera o casada puede ser usuaria de las TERAS, pero en el último supuesto requiere contar con el consentimiento del marido.

En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación.

Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.

Respecto de la Inseminación Artificial *post-morte*, España es uno de los pocos países que la admite siempre y cuando se de en los seis primeros meses y que el varón haya expresado su voluntad por escritura pública o testamento.

La maternidad subrogada está prohibida sea onerosa o no. En dicho supuesto, la filiación de los hijos nacidos será determinada por el parto.

Toda intervención sobre el preembrión, vivo, *in vitro*, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear.

Los gametos pueden utilizarse con fines de investigación básica o experimental. Esta permitida la investigación dirigida a perfeccionar las técnicas de obtención y maduración de ovocitos, así como de criopreservación de óvulos. Sin embargo, está la creación de embriones con fines investigativos.

Como se puede apreciar la opción de fondo de la ley española es la de evitar colocar límites que restrinjan a la mujer su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que mejor le parezca.

Al tiempo que la ley de Reproducción Humana Asistida reguló los aspectos arriba expuestos, estableció la creación de una comisión que lleva el mismo nombre que se constituyó en 1987, un año después de la emisión de la ley. Dicha Comisión está compuesta por 22 miembros (más dos representantes de la administración y un secretario), que representan diversas profesiones, ideologías y ámbitos geográficos y

tiene por finalidad elaborar informes relacionados con las nuevas situaciones que plantean los avances científicos. Hasta la fecha, la Comisión ha elaborado dos informes: uno publicado, y otro no publicado.

Cuando abordaron el espinoso tema de la clonación, partieron de la distinción usual entre clonación no reproductiva y reproductiva, y dentro de ésta última diferenciaron dos modalidades: la clonación por gemelación y la clonación por transferencia de núcleos.

En cuanto a la clonación por gemelación, la mayoría de la Comisión entendió que no podía rechazarse de manera absoluta, y no excluía que, excepcionalmente, pudiera resultar aceptable en determinadas situaciones como “el caso de la fecundación *in vitro* cuando la pareja tenga mucha dificultad en conseguir siquiera un embrión y se pretenda obtener varios embriones a partir del conseguido, mediante separación de sus blastómeros” (Atienza, Manuel, 2004).

Respecto a la clonación por transferencia de núcleos con fines terapéuticos — que supone la creación de un cigoto reemplazando el núcleo de una célula— la Comisión se pronunció a favor de su práctica. El preembrión creado no se implanta en el útero de una mujer, sino que se usa la técnica de la clonación celular para obtener, en la fase de blastocisto, células troncales que puedan ser utilizadas con fines curativos.

Respecto a la clonación no reproductiva, es decir, la clonación “de líneas celulares para establecer un cultivo de tejidos y, si fuera posible, de “órganos”, la conclusión a la que se llegó es que se trata de un debate en el que la posición de distintos miembros de la Comisión es diferente y que no se ha cerrado todavía.

Finalmente, en lo que se refiere a la clonación de seres humanos u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza, la Comisión considera que el

argumento más sólido que cabe dirigir contra la clonación humana es, como han señalado la ministra francesa de justicia y diversos publicistas, que no se puede “predeterminar al niño desde su nacimiento”, es decir, que uno no puede estar condenado a ser como otro desearía que fuere.

Por tal motivo el actual Código Penal Español de 1995 establece en su artículo 161 la pena de uno a cinco años e inhabilitación especial de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, o creen seres humanos idénticos por clonación o efectúen procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

1.3. Suecia

En 1981 fue nombrada la Comisión sobre inseminaciones a fin de estudiar la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* (FIV). Después de unos vivos debates, en 1984, fue aprobada la ley sobre Inseminación Artificial y el 1 de marzo de 1985 entró en vigor, convirtiendo a Suecia en el primer país del mundo en tener una legislación completa en ese campo. Posteriormente, en 1988 fue emitida la ley que reguló la fecundación *in vitro*.

A pesar que Suecia no tiene tradición católica, tanto la ley de 1984 sobre la Inseminación, como la de 1988 sobre la fecundación establecieron inicialmente que el recurso a tales técnicas estaba reservado únicamente a la mujer casada o conviviente. La fecundación *in vitro* procedía sólo si el óvulo de la mujer había sido fecundado con el esperma del marido o conviviente. Y en el caso hipotético en que por razones excepcionales se debía admitir la inseminación heteróloga, en función al principio de la unidad de la familia, debía garantizarse el anonimato del donador.

Esta postura catalogaba a la ley sueca en el grupo de los países con legislación rígida. Sin embargo, en el curso de los años, se ha procedido a formular una serie de modificaciones que ahora la colocan como uno de los países más liberales en materia de fertilización artificial.

En la actualidad el sistema estatal de salud permite la fertilización asistida no sólo a mujeres solteras o que vivan con una pareja de sexo masculino, sino que desde el 1 de julio del 2005 está vigente la ley —anunciada por la Cámara Baja del país— que otorga a las parejas lesbianas, que hayan registrado su unión, el mismo beneficio. Para todos los efectos, ambas mujeres serán consideradas madre del niño y podrán someterse a la inseminación artificial en clínicas del Estado. Según el Gobierno de Suecia el argumento para emitir dicha norma fue la necesidad de colocar a las parejas lesbianas en pie de igualdad con las parejas heterosexuales en lo que se refiere a la fertilización asistida. Esta actitud es coherente con el país escandinavo, que es conocido por su profundo sentido de la igualdad.

Esta iniciativa fue seguida por países como Noruega, Islandia y Finlandia ya que todos garantizan a las parejas homosexuales los mismos derechos jurídicos y sociales que a las parejas heterosexuales casadas.

A pesar de que Suecia no permite el matrimonio gay, es liberal al respecto y desde 1994 permite su inscripción como parejas de hecho y cuando prueban ser estables pueden adoptar niños.

Le regulación otorgada a las técnicas de reproducción asistida es similar a la establecida en Inglaterra y España. Sin embargo, en el tema del anonimato del donante, Suecia junto a Austria constituyen los únicos países en el mundo que se han apartado de la tendencia general y se han preocupado por evitar causar perjuicios al interés del hijo

de conocer su origen biológico. En el caso de Suecia la ley de 1984, reconoce en su art. 4 el derecho que tiene el concebido —al llegar a su mayoría de edad— a conocer en concreto quienes son sus padres biológicos. Mientras que la ley Austríaca sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece en su art. 20, la edad de catorce años, para conocer todos los datos relativos al padre biológico del niño.

El reconocimiento de este derecho ha tenido por objeto evitar discriminaciones entre los niños concebidos de esta manera, respecto de los concebidos naturalmente. Sin embargo la ley establece que los derechos y obligaciones que implica la paternidad, deben permanecer a cargo de los padres legales del niño.

1.4. Estados Unidos

Sobre la base del principio rector del Derecho a la *Privacy* —el derecho a la felicidad— el sistema jurídico americano plantea el respeto de la libertad de elección de la mujer y en consecuencia su libre acceso a las tecnologías reproductivas. Se trata de una expresión concreta del derecho general a la procreación. Por ello no debe estar sujeto a condiciones, ni bajo el perfil de una necesaria referencia a un acuerdo de pareja, ni bajo el perfil de una previa verificación de la condición de esterilidad.

Esta normativa sin restricciones para acceder a la fecundación artificial, no sigue la misma línea cuando de clonación terapéutica se habla. En la actualidad está prohibido el uso de fondos federales para investigaciones que involucren la formación de embriones; aunque recientemente se ha aceptado financiar la investigación sobre las células estaminales obtenidas de embriones supernumerarios¹.

¹ Consultar Glosario.

Respecto al tema del anonimato del donante, la situación en Estados Unidos está muy fragmentada, depende de la legislación que cada Estado ha establecido. Sin embargo, se puede afirmar que esta cuestión está empezando a ser discutida.

2. Legislaciones rígidas

En el caso de los países con normativas rígidas, se afirma que el propósito esencial de la fecundación asistida es el de poner remedio a la esterilidad de la pareja cuando resulte imposible o extremadamente difícil curarla de otro modo. A la tutela de la salud debe alinearse también el propósito agregado de prevenir la transmisión al *nasciturum* de graves enfermedades. Para las legislaciones rígidas, el derecho a la procreación consciente y responsable no puede extenderse al punto de liberalizar el acceso a la fecundación asistida.

Las legislaciones rígidas se caracterizan por la prohibición sistemática de la maternidad subrogada. Tal prohibición esta vinculada a la interpretación que le otorgan al principio general del respeto del cuerpo humano, el cual a su vez es expresión del principio constitucional de la dignidad de la persona. Además de ello, el acceso a las técnicas de reproducción asistida está limitado a las parejas casadas o convivientes.

Veamos el perfil adoptado en materia de fecundación asistida por las legislaciones de corte restrictivo.

2.1. Francia

En el caso de Francia, la sustitución de las palabras "asistencia médica a la procreación" en lugar de "procreación médicamente asistida" traduce la idea de que el legislador no está autorizado para regir la procreación.

El legislador ha querido precisar el contenido de la noción "asistencia médica a la procreación" nombrando expresamente la concepción *in vitro*, la implantación de

embriones y la inseminación artificial. Sin embargo, el texto no es restrictivo porque también prevé toda otra técnica con efectos equivalentes.

La primera indicación es la esterilidad médicamente comprobada, excepcionalmente se puede obtener la indicación cuando se trate de evitar la transmisión de una enfermedad particularmente grave e incurable al niño. Es decir, que la asistencia médica tiene por propósito remediar la infertilidad —cuyo carácter patológico debe ser diagnosticado médicamente— o bien evitar la transmisión al niño de una enfermedad particularmente grave.

Son muy restrictivos los requisitos exigidos a los beneficiarios. La asistencia médica a la procreación está destinada a una pareja, es decir, a una mujer y un varón, quienes hacen tal solicitud y presentan un mínimo de estabilidad. Según el Código de Salud Pública, la pareja debe tener un mínimo de dos años de casados o comprobar una vida común de la misma duración. Además, los dos miembros de la pareja deben estar vivos, en edad de procrear, y dar su consentimiento. Todas estas condiciones deben estar satisfechas previamente a la implantación de los embriones o a la inseminación.

Esto significa que quedan prohibidas tanto la inseminación de mujeres solteras como la llamada inseminación *post mortem*. Tampoco pueden acceder a la procreación asistida las parejas homosexuales.

Además de los requisitos establecidos líneas arriba, la pareja debe tener entrevistas privadas con el equipo médico. El texto prevé que el médico tiene la posibilidad de rechazar o demorar la asistencia médica a la procreación.

De una manera muy clara se afirma el carácter subsidiario de la asistencia médica a la procreación con un tercer donador. El recurso de un tercer donador puede

ser considerado únicamente en el caso de un comprobado fracaso de la asistencia a la procreación dentro de la pareja.

En el caso del embrión, el Código de Salud Pública precisa que éste sólo puede ser concebido *in vitro* médicamente asistido. Así concebido, el embrión debe ser implantado dentro de los ocho días siguientes a la concepción. Esta disposición tiene la intención de limitar el número de ovocitos a fecundar *in vitro* y el riesgo o probabilidad de muerte de un miembro de la pareja en un plazo tan corto. Se pretende de esta forma evitar como consecuencia el recurso a la congelación de los embriones que no deben ser supernumerarios.

Hay una excepción a este principio: la pareja puede decidir el intentar la fecundación de un número más grande de ovocitos y hacer conservar los embriones supernumerarios con el fin de realizar su solicitud en un plazo de cinco años.

Toda experimentación sobre el embrión humano está prohibida, al igual que la concepción *in vitro* de embriones con fines de investigación o experimentación. Lo mismo sucede con la concepción o utilización con fines industriales o mercantiles.

La ley prevé que al término de un plazo de tres años, el legislador debe decidir sobre el destino de los embriones congelados cuando éstos aún no hayan sido implantados.

Las actividades de asistencia médica a la procreación quedan sometidas a la autorización, pero con una distinción entre las actividades clínicas (recoger los ovocitos, transferencia de embriones) y las actividades biológicas (tratamiento de los gametos, conservación de los embriones, etcétera). Las primeras no pueden ser practicadas más que en un establecimiento de salud autorizado, excepto la inseminación artificial, que

muchas veces es practicada en el seno de un consultorio. Las segundas pueden ser practicadas dentro de los establecimientos de salud o los laboratorios de análisis de biología médica.

Uno de los problemas más importantes derivados de estas nuevas técnicas atañe a la filiación. Es palmaria la voluntad del legislador de privilegiar la asistencia a la procreación en el seno mismo de la pareja y limitar el posible recurso de terceros donadores.

La filiación del producto de una asistencia médica a la procreación está fundada en el consentimiento respecto del acto que deberán dar previamente el hombre y la mujer. La importancia de este consentimiento se justifica en el hecho que debe hacerse ante un juez de familia. Este consentimiento prohibirá toda contestación ulterior del lazo de filiación e impedirá al niño reclamar otro estado distinto del que resulta de la procreación asistida.

En el caso de las parejas no casadas, el previo consentimiento dado por el hombre para la asistencia médica tendrá efectos positivos. En el caso de que no reconozca al niño, su responsabilidad podrá ser declarada judicialmente en favor de la madre y el niño. Es decir, que el consentimiento no es suficiente para que opere el reconocimiento del concebido, ya que está condicionado a demostrar que el niño es producto de la procreación asistida y el consentimiento ha sido dado en la forma prevista por la ley.

Respecto al diagnóstico prenatal, la ley francesa prohíbe el diagnóstico "pre-implantatorio".

En cuanto a la maternidad subrogada, como corolario del derecho–obligación de cada uno al respeto de su cuerpo, la ley francesa declara nula toda convención concerniente a la procreación o el embarazo por cuenta de otros.

Finalmente, las reformas a las leyes de bioética en Francia, a inicios del año 2003, han establecido la prohibición de la clonación tanto reproductiva como no reproductiva, han descartado la creación de embriones con fines de investigación, pero admiten que los embriones “supernumerarios” sirvan para investigaciones sobre células madre.

De acuerdo a la ley 94-653 relativa al respeto del cuerpo humano, que entró en vigencia el 29 de julio de 1994, se estableció en su artículo 511-18 que el hecho de procederse a la fecundación *in vitro* de embriones humanos con fines de investigación o de experimentación será sancionado con pena privativa de la libertad de siete años y con 700.000 francos de multa. Asimismo se desprende que la clonación reproductiva, debe ser considerada como “crimen contra la especie humana”.. Esta disposición, aprobada por unanimidad, prevé que la ley penal francesa será aplicable también al francés que cometa este crimen en el extranjero. De esta manera la investigación relacionada con la clonación reproductiva a cargo de franceses está prohibida fuera y dentro de su país.

Según afirma el gobierno francés estas disposiciones tienen la intención de evitar que el embrión humano sea tratado como una cosa, aunque sea con fines de investigación. Sin embargo, permite la excepción de investigar con células madre de embriones humanos sobrantes de los tratamientos de Fertilizaciones *in vitro* durante un periodo de cinco años.

2.2. Italia

Según el informe Chrisitan Byk y el informe Alexander M. Capron han coincidido en denominar a Italia como desregulada —en el sentido de “sin reglas”— en materia de fecundación Asistida. A partir de un oficio circular emitido por el Ministerio de Salud Italiano en marzo de 1985 se ha establecido una separación entre los Centros de Salud públicos, que tienden a permitir solamente prácticas de fecundación homóloga y los Centros de Salud Privados, en el que existe una licitud aparentemente sin límites y además absolutamente incontrolada, según se afirma.

De acuerdo a lo establecido para los Centros de salud públicos, el acceso a las tecnologías reproductivas no debe guiarse por el criterio de satisfacción del deseo subjetivo de procrear valiéndose de tales tecnologías, sino por el de tutela de la salud entendida en sentido amplio como derecho fundamental del individuo. Asimismo se afirma que el acceso a dichas prácticas debe estar motivado por una finalidad terapéutica previamente verificada.

En cuanto a la fecundación *in vitro*, existe cierta reticencia a permitir su libre acceso dado que constituye una práctica en la que mayormente un número de embriones excedentes no llegan a ser fecundados, planteando interrogantes filosóficas respecto a su condición y destino. Las políticas de salud se inclinan por incentivar formas de investigación que conlleven a la formación del número de embriones estrictamente necesarios para el implante.

La fecundación heteróloga y por tanto la posibilidad de donar óvulos y espermatozoides está prohibida, así como su congelación e investigación.

De otro lado, el ordenamiento italiano sanciona con la nulidad los acuerdos de maternidad subrogada y atribuye el *status* de madre a la mujer que alumbró. Ello debido

a que consideran que se trata de un acuerdo que lesiona los principios de indisponibilidad de los *status* familiares y de la dignidad del *nasciturum*.

Dadas las fuertes restricciones establecidas por el gobierno italiano en cuanto a las técnicas de reproducción asistida, en junio del 2005, se realizó un referéndum dirigido a cambiar cuatro prohibiciones establecidas en la ley que regula la fecundación asistida. Lamentablemente, la baja participación de los ciudadanos italianos frustró la propuesta.

La primera propuesta del referéndum permitiría abolir el artículo que prohíbe la investigación sobre las células embrionarias con fines científicos; la segunda buscaba cambiar la obligación de crear y transferir en cada ciclo únicamente tres embriones; la tercera exigía que se elimine la prohibición de congelación de los embriones y la diagnosis antes de la implantación, mientras que la cuarta abordaba el tema de la imposibilidad de donaciones externas de óvulos o espermatozoides a una pareja estéril, conocida como fecundación heteróloga.

Los estudiosos del tema afirman que la ley de 2004 es la más restrictiva de Europa. Resulta curioso que al mismo tiempo que se atribuyen derechos completos ante la ley a los embriones, se permita en otra ley la práctica del aborto —situación paradójica que también se presenta en Francia. Se trata de inconsistencias que denotan la necesidad de que los legisladores italianos revisen con mayor detenimiento la orientación legal que desean tomar respecto a las TERAS.

3. La Reproducción Asistida en Latinoamérica

El desarrollo de las técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica ha sido reciente en comparación con los países europeos y los Estados Unidos.

Un país que saltó a la palestra en este tema es Chile que dio sus primeros pasos en el ámbito de la reproducción asistida por los años 80', convirtiéndose en el país pionero de la región luego que un equipo médico encabezado por el doctor Alberto Costoya, llevara a cabo el primer embarazo vía Fertilización in Vitro en 1984, logrando el nacimiento de Aliro, el primer niño en Latinoamérica concebido gracias a esta técnica.

En la actualidad, los tratamientos de reproducción asistida que ofrece Chile son la Inseminación Intrauterina, la Fertilización in Vitro (FIV), la Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI), la transferencia Intrauterina de Gametos (GIFT) y la donación de Ovocitos. Los ovocitos no utilizados en dichas prácticas tienen el destino que la paciente disponga. En ese sentido, puede desecharlos, cederlos al laboratorio del centro médico para experimentación y estudios o donarlos en forma anónima y altruista a otra paciente. Los ovocitos donados, son utilizados en parejas heterosexuales, cuando la mujer no tiene ovarios o sus ovarios no tienen ovocitos.

Los avances científicos, no podían escapar de la regulación jurídica. Por tal motivo, es que durante siete años, el poder legislativo chileno ha venido analizando su regulación, hasta que finalmente el 12 de octubre del año 2005, el Congreso Nacional finalizó la tramitación del proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados. Dicha ley regula la investigación científica en el ser humano y prohíbe la clonación tanto reproductiva como con fines terapéuticos. De otro lado, se garantiza la confidencialidad de la información genética, para evitar la discriminación en base al perfil hereditario de las personas. El texto prevé la privación de libertad entre 541 días y cinco años a quien clone o inicie un proceso para clonar a un ser humano (sin importar objetivos ni método) o para quien realice cualquier procedimiento eugenésico (manipulación

genética con el objetivo de "mejorar la especie"). Además se dispone la inhabilitación del infractor para ejercer su profesión mientras dure la condena. Y en caso de haber reincidencia, la prohibición es perpetua. A pesar de estas restricciones, la ley, por otra parte, permite la investigación con fines terapéuticos de células embrionarias obtenidas del tejido del cordón umbilical o de la placenta. Y propone crear una Comisión Nacional de Bioética para asesorar al Presidente de la República en problemas relacionados con los aspectos éticos del avance científico-médico.

En cuanto a la práctica de dichas técnicas en otros países de Latinoamérica, ésta se viene realizando en clínicas privadas sin contar con la regulación jurídica pertinente. Cabe señalar que gracias a la iniciativa chilena, en noviembre de 1995, se constituyó en la ciudad de Reñaca en Chile, la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RED) con la participación de 50 centros de asistencia reproductiva.

Esta Red se ha conformado como una entidad científica y educacional, orientada a promover la especialización de la comunidad científica involucrada en la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida. En la actualidad, congrega a 104 centros, que equivalen al 90% de los centros que realizan técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica provenientes de países como Chile, Colombia, Venezuela, Ecuador, Bolivia, Perú, Brasil, Argentina, Uruguay, México, Panamá, Guatemala y Costa Rica.

Es lamentable constatar, que a pesar de los avances que vienen registrando dichas clínicas en cuanto a reproducción asistida se refiere, sus países no cuentan con la regulación jurídica necesaria que salvaguarde los derechos de las personas involucradas en dichas prácticas.

CAPÍTULO III

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL PERÚ

1. Legislación nacional que incumbe al Derecho Genético

Si bien es cierto, en nuestro país no está considerado el Derecho Genético como una especialidad, existen una serie de normas ubicadas en algunas ramas del Derecho que podrían ser consideradas parte de la especialidad genética. Se puede afirmar que estas normas constituyen la base legal y el antecedente para promover la individualización de dicha rama.

Sobre la base de los aportes realizados por el jurista Enrique Varsi, procederemos a presentar las normas relacionadas con el Derecho genético en nuestro país.

1.1. En el Código Civil

Este cuerpo legal, en forma específica hace referencia a la indagación biológica de la paternidad de la siguiente manera:

1.1.1. Derecho de Familia

El régimen de filiación del Código Civil peruano modificado por la Ley 27048 —emitida el 6 de enero de 1999— permite la aplicación de las pruebas biológicas, genéticas u otras de validez científica para las acciones de filiación tanto de impugnación (artículos 363 y 371) como de reclamación (artículos 371 y 402). Asimismo, el demandado puede solicitar la prueba genética para negar el contenido de una acción interpuesta por un hijo alimentista (artículo 415).

Como puede apreciarse la prueba genética que demuestra la paternidad, es integrada al sistema de presunciones. De esta manera, se permite la utilización de las pruebas biológicas en todo tipo de acción de filiación. A pesar de lo expresado, nuestro Código no toma en cuenta que en la acción de declaración de paternidad extramatrimonial (artículo 409) también se puede hacer uso de las pruebas biológicas, lo que en opinión del Dr. Varsi, no es óbice para su aplicación, siguiendo un criterio de interpretación amplio.

Ahora bien, si queda demostrado biológicamente que el demandado no es el padre, el juez puede desestimar las presunciones establecidas en el Código.

Nuestra regulación jurídica establece que en caso el presunto padre se niegue a someterse a la prueba, en un proceso de declaración de paternidad extramatrimonial, el juez en atención a las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado puede declarar su paternidad o al hijo como alimentista. Pero el inconveniente de esta solución

frente a la negativa es que se mantiene la incertidumbre al permitirse la posibilidad de que el juez declare al hijo como alimentista. Por otro lado, no hay referencia alguna en el supuesto que la madre o el hijo se nieguen a que el supuesto padre se someta a una prueba genética. En este sentido, la ley debe haber considerado una norma general para la regulación de este supuesto, tomando en cuenta las diversas acciones de filiación existentes y pronunciándose sobre los efectos de la negativa del padre, de la madre, del hijo o de terceros, según sea el caso.

La ley en mención que modifica al Código Civil también amplía el contenido del artículo 413, permitiendo la aplicación de la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza en los procesos de declaración de la paternidad o maternidad extramatrimonial.

Dado que esta modificación puede dar lugar al abuso de la prueba genética, se ha establecido que quien de mala fe inicia un proceso de filiación valiéndose de pruebas genéticas debe reparar el daño moral y económico ocasionado al demandado con el pago de una indemnización que debe ser fijada por el juez.

En el razonamiento judicial para determinar el vínculo filial se debe considerar a) la filiación, la maternidad y la familia, como derechos sociales de los que emanan la protección de la persona y la familia; b) la unidad de la filiación; c) la promoción constitucional o vía tratados internacionales de la investigación paternal; d) el derecho a la identidad; e) el derecho a la investigación de la paternidad; f) el derecho a conocer el propio origen biológico; y g) la legalidad de las pruebas biogenéticas.

Existen dos aspectos importantes en materia de filiación; el hecho biológico de la procreación y el acto jurídico de su prueba.

Las pruebas biológicas de paternidad revisten carácter pericial por ser realizadas por terceros con conocimientos científicos, solvencia moral y ajenos al litigio y porque esclarecen al juzgador su razonamiento sobre puntos técnicos. Asimismo, son extraordinarias, es decir, deben practicarse únicamente cuando el juez no puede alcanzar de otro modo un convencimiento pleno y directo acerca de la relación paterno-filial reclamada. Será esencial recurrir a ellas en aquellos supuestos en los que exista prueba preliminar o suficiente para admitir la demanda, pero será insuficiente por sí sola para promover una acción de filiación.

La amplitud de la frase: “es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica, utilizada por la ley”, debe aplicarse en base al criterio de las denominadas pruebas estadísticas, es decir, de aquellas aceptadas por la comunidad jurídica como métodos confiables en la determinación de la paternidad.

Es así que la admisibilidad de las pruebas biológicas exige un principio de prueba —una motivación, un sustento— a fin de vincular el principio de veracidad, que corresponde al demandante, con el de seguridad jurídica y estabilidad que subyace en el proceso. Esto ayudará a evitar demandas aventuradas.

Las pericias genéticas o biológicas serán evaluadas con un criterio mixto, mediante el cual el juez considera que la validez científica corrobora la de las demás pruebas actuadas en las acciones de filiación.

La negativa al sostenimiento de la prueba de paternidad puede ser justificada o injustificada. Podrá ser justificada cuando existan causas calificadas que legitimen dicha conducta. Aunque discutibles, citamos como ejemplos: razones de salud (física y síquica), motivos religiosos (pertenecen a los Testigos de Jehová), cuando se demuestre

su imposibilidad física (estar de viaje) o biológica (ser infértil) de cohabitación carnal, error en la identidad del demandado (hermanos gemelos o casos de homonimia).

La negativa a tomar la prueba de paternidad, implicará una valoración jurídica de aproximación al fallo cuando sea: seria, injustificada, manifestada personalmente por el interesado y reveladora de un expreso propósito de no comparecer para someterse a las pruebas biológicas.

La negativa puede darse ante varios supuestos que deberán ser apreciados por el juez al momento de resolver. Estos casos pueden ser: cuando el único elemento de juicio es la negativa, cuando existen otros elementos de prueba o cuando existen elementos probatorios que demuestran fehacientemente la ausencia de nexo biológico. Esta actitud será apreciada por el juez de acuerdo a la calidad de quien se resiste, ya sea como un determinante de paternidad, desestimando la demanda o considerando establecidos los hechos que tienen por objeto comprobar.

De otro lado el Código afirma que es válida la exhumación del cadáver en las acciones de filiación, haciéndose prevalecer el derecho a la identidad frente al derecho a la intimidad y al honor.

Asimismo, la aplicación de pruebas biogenéticas no vulneran los derechos fundamentales como la libertad, la objeción de conciencia, la dignidad, la intimidad, la integridad, la igualdad, el honor, el derecho a no declarar contra si mismo y el derecho a la tutela judicial efectiva. Nadie puede refugiarse en la ley ni en sus derechos para negarse al sostenimiento de una prueba, máxime si está de por medio un derecho superior como es el de la identidad.

Los presuntos abuelos, hermanos, tíos o primos pueden aportar elementos biológicos básicos para sentenciar correctamente una paternidad. Así, en determinados

casos (desaparición, ausencia, investigación *post mortem*, aparición de caracteres genéticos *ex novo*, existencia de genes silentes) es necesaria su participación para afianzar la transmisibilidad hereditaria de los caracteres biológicos en estudio.

Estas pruebas biológicas, además de servir para todas las acciones de filiación, son útiles:

- a) Para el padre en la anulación del reconocimiento, para probar el adulterio, contra la acción de hijo alimentista;
- b) Para la madre: en los casos de maternidad sustituida o dubitativa, violación y como dispensa del plazo de viudez;
- c) Para el hijo: para aclarar la pluralidad de reconocimientos;
- d) Contra terceros y otros casos especiales: en reclamos de herencia, para determinar el vínculo filial de niños abandonados, fetos abortados o personas desaparecidas, para establecer nexo biológico producto de la biotecnología de la reproducción.

Las pruebas de paternidad implican un estudio profundo de las relaciones familiares y sociales. Es por ello necesario entender la importancia del derecho a la identidad y la forma como actualmente viene colaborando la biogenética en afianzar y establecer su cabal ejercicio. Como afirma Varsi Rospigliosi, no basta legalizar las pruebas biológicas, más importante es estudiarlas y que la jurisprudencia se encargue de fijar su destino y sus reales efectos.

1.1.2. Derechos reales

La única norma relacionada con el Derecho genético establecida en esta parte del Código Civil es la siguiente:

Artículo 946: “El propietario de animal hembra adquiere la cría, salvo pacto en contrario. Para que los animales se consideren frutos, basta que estén en el vientre de la madre, aunque no hayan nacido. En los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos proceden de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el valor del elemento reproductor, si obra de buena fe, y el triple de valor, si lo hace de mala fe”.

Este es el caso de la llamada accesión natural o animal. Como puede apreciarse, el Código Civil se puso en el supuesto de la inseminación artificial animal dejando de lado la regulación de la inseminación artificial humana. Al parecer esta abstención se basó en la opinión que emitió el ponente del Libro de Derecho de las Personas, el Doctor Carlos Fernández Sessarego, quien comentando el artículo 6 del Código Civil, afirmó que el estudio y debate sobre la temática de la inseminación y fecundación artificial a la luz de las instancias éticas y sociales debía proceder cuando así lo exija la realidad social del país.

Esta postura abstencionista se debió a que en el momento en que se elaboró el Código Civil peruano de 1984 parecía innecesario regular algo tan técnico y especial, que en dicho momento se presentaba como inaplicable en nuestra realidad.

1.2. En el Código Penal de 1991

En este cuerpo normativo el artículo 120 establece lo siguiente:

Art. 120: El aborto será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de 3 meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados cuando menos policialmente”

A diferencia del anterior Código Penal de 1924, el Código de 1991 prevé esta situación. Es decir, que se atenúa la pena para el delito de aborto en este caso, siempre

que confluyan necesariamente dos supuestos (elementos constitutivos): 1) que la inseminación artificial no haya sido consentida; y 2) que ésta haya ocurrido fuera del matrimonio.

Al respecto cabe hacer una observación, este inciso excluye la posibilidad de reducir la pena para el aborto cuando el embarazo sea consecuencia de una inseminación artificial no consentida ocurrida dentro del matrimonio ya que en ambos casos se está vulnerando la libertad de la mujer.

1.3. En la Ley de Propiedad Industrial

El artículo 28 de la Ley de Propiedad Industrial, Decreto Legislativo 823 establece lo siguiente:

“No serán patentables: (...)

d) Las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo.

(...)”.

Como se desprende del artículo en mención, está expresamente prohibida la posibilidad de que se puedan patentar los descubrimientos generados a partir de la investigación genética sobre el cuerpo humano.

1.4. En el Código de los Niños y Adolescentes

Siguiendo la postura establecida por el primer artículo del Código Civil, el artículo primero del Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337) consagra el derecho a la vida de los niños y adolescentes desde el momento de su concepción.

De esta forma el Código en mención garantiza la vida del concebido protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico y mental.

Con este artículo, el Código de Niños y Adolescentes protege jurídicamente al niño desde el momento mismo de su concepción, a diferencia de países como Inglaterra que sobre la base de una serie de consideraciones científicas y éticas, permite la manipulación genética hasta los 14 primeros días de producida la fecundación.

Al parecer sólo están permitidas aquéllas intervenciones que tengan únicamente una finalidad terapéutica, sea preconceptiva, preimplantatoria o prenatal a fin de evitar la transmisión de enfermedades genéticas.

En consecuencia, la legislación nacional prohíbe la realización de aquellos procedimientos genéticos orientados a definir o fomentar el desarrollo de las técnicas biomédicas.

2. Legislación específica sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

En cuanto a la legislación nacional referida de manera específica a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, únicamente contamos con un artículo ubicado en la Ley General de Salud, Ley 26842, que establece lo siguiente:

Artículo 7.- “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 recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

Del artículo citado se desprende que el acceso a las TERAS constituye una garantía del derecho a la procreación. De otro lado, la maternidad subrogada, es decir, la cesión de útero está prohibida al afirmarse que la condición de madre genética debe recaer sobre la persona que recurra a alguna de dichas técnicas, que viene a ser la madre biológica.

Por otra parte, el consentimiento previo y expreso de los padres es indispensable para la validez de las TERAS. De ésta última aseveración podemos interpretar que el acceso a las TERAS está limitado exclusivamente a las parejas, descartando su acceso a las mujeres solteras, como es el caso en otros países.

Finalmente, la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación está prohibida. Por tal motivo, toda posibilidad de realizar experimentos científicos con óvulos fecundados y consecuentemente beneficiarnos con los resultados obtenidos está proscrita, dada la protección jurídica que se le otorga al embrión desde el momento de su concepción. La clonación de seres humanos esta tipificada como delito en el Código Penal Vigente. Sin embargo no existe ningún pronunciamiento penal alguno respecto a la clonación reproductiva por gemelación y por transferencia de núcleos con fines terapéuticos, cuyas bondades ya son aprovechadas en el campo de la Reproducción Humana Asistida en los países que expresamente permiten estas modalidades de clonación.

Las prohibiciones indicadas en el artículo 7, carecen de una sanción expresa de carácter penal, siendo considerados únicamente ilícitos civiles.

Otro artículo estipulado en la Ley General de Salud y relacionado con la investigación en seres humanos es el siguiente:

Artículo 28.- “La investigación experimental con personas debe ceñirse a la investigación especial sobre la materia y a los postulados éticos contenidos

en la declaración de Helsinki y sucesivas declaraciones que actualicen los referidos postulados”.

Los principios en los que se inspira la Declaración de Helsinki son los siguientes:

- a) Protección integral del ser humano.
- b) Primacía de la vida frente a los cambios tecnológicos.
- c) Utilización de la experimentación en uso benéfico para el hombre.
- d) La medicina como ciencia con fines terapéuticos.

Como puede apreciarse de la síntesis legislativa elaborada en torno a lo que podría constituir parte del Derecho Genético como disciplina independiente, se desprende que no existe una normativa sistematizada y concreta en torno a las Técnicas de Reproducción Asistida, ni mucho menos respecto a las consecuencias jurídicas que se derivan de la práctica de la Inseminación Artificial Heteróloga.

3. Proyectos de Ley elaborados en torno a las TERAS

Como se puede apreciar de los acápites anteriores, además del artículo 7 de la Ley General de Salud, no existe ningún reglamento o disposición adicional que establezca en forma precisa los requisitos y condiciones en que deben practicarse dichas técnicas. Este silencio legislativo resulta preocupante si tomamos en cuenta que el uso de éstas técnicas se viene realizando en nuestro país desde hace más de una década en clínicas particulares. Además de ello, las personas que intervienen en dichas prácticas están desprotegidas ante la falencia del rol garante del Estado.

Este hecho llamó la atención al Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, que en setiembre de 1991,

bajo la dirección del doctor Carlos Fernández Sessarego y con la colaboración de los profesores argentinos Gustavo Bossert, Santos Cifuentes y Eduardo Zannoni, elaboró 14 Bases para una Legislación sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Además de esta contribución, en diciembre de 1993, el Doctor Enrique Varsi elaboró 16 Bases de Derecho Genético y las puso a disposición de la comisión revisora del Código Civil de 1984 a efectos de su incorporación legal.

En su momento la Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, atendiendo a los pedidos de pronunciamiento respecto a los avances de la ciencia, aprobó un artículo que protegía al concebido de la influencia de la genética aplicada que señalaba lo siguiente:

Artículo 7.- “El Estado garantiza la vida del concebido. Lo protege de todo experimento o manipulación genética contrario a su integridad o desarrollo.”

Lamentablemente, este texto, no fue considerado ni en los proyectos ni en la Constitución aprobada por referéndum del 31 de octubre de 1993.

Tomando en cuenta la frustrada propuesta, el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Universidad de Lima, desde 1991, inició un trabajo a través de ocho comisiones en un proyecto destinado a la revisión del Código Civil, con el propósito de elaborar un Anteproyecto de Ley de Enmiendas orientadas a corregir visibles errores y/o llenar los vacíos apreciados durante los 10 años de vigencia de este cuerpo legal.

El trabajo final fue presentado como un Proyecto de Ley de Enmiendas del Código Civil de 1984 al Congreso Constituyente Democrático (CCD) el 4 de enero de 1995 y publicado en el Diario Oficial el Peruano tres días después.

La Comisión de Derecho de las Personas, presentó las siguientes propuestas de modificación:

Artículo 5.- “Nadie debe atentar contra la integridad de la especie humana. 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”.

A partir de la redacción de dicho artículo se desprenden cuatro principios: el de protección de la integridad de la especie humana, el del límite a la eugenesia médica, el de protección al genoma humano y el de prohibición de la cesión, manipulación o destrucción de embriones y sus productos.

El segundo párrafo del mismo artículo establece que:

“El cuerpo humano, los órganos, tejidos, células y productos del mismo no pueden ser objeto de derechos patrimoniales. Los órganos, tejidos, células, genomas y productos del cuerpo humano pueden ser en tanto tales, objeto de patente”.

En este segundo párrafo se establece como principio que el cuerpo humano es un bien indisponible.

El tercer párrafo expresa lo siguiente:

“Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación o contrarios a la dignidad del ser humano. Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro son nulos. Las técnicas de reproducción humana asistida son reguladas por la ley de la materia”.

De este párrafo se desprenden los principios de prohibición a la manipulación genética en la etapa de la fecundación por un lado y de otro, el reconocimiento de la procreación y la gestación como un hecho jurídico, natural y biológico.

3.1. Comisión de Reforma del Código Civil del Congreso Constituyente

Democrático

La Comisión del Congreso encargada de revisar las propuestas de modificación presentadas por el Centro de Investigación, en la sesión del 22 de febrero de 1995 acordó la reestructuración de dicha propuesta quedando la redacción del artículo 5 de la siguiente manera:

Artículo 5.- “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 científicamente comprobado que tenga por finalidad eliminar o disminuir taras o enfermedades graves. Igualmente, no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos.

La fecundación de óvulos humanos solo 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.”

Finalmente, la Comisión del Congreso encargada de elaborar un anteproyecto sobre el Código Civil acuerda en febrero de 1997 la modificación y actualización del artículo 5, quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo 5.- “Nadie debe atentar contra la integridad de la especie humana. Están prohibidas las manipulaciones genéticas, incluyendo la clonación. La selección de sexo o de los caracteres físicos o raciales de los seres humanos. Los caracteres genéticos, el genoma humano y las células de un ser humano pueden ser alterados o modificados sólo en casos científicamente comprobados que tengan por finalidad eliminar o disminuir enfermedades graves.

Los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos.

Los principios contenidos en este artículo serán desarrollados por una ley especial”.

Las principales diferencias con el texto anterior responden a que como consecuencia de las recientes experimentaciones genéticas de clonación, se discutió la posibilidad de dictar una ley especial que regule la prohibición de estas técnicas y, dado que en el Código se estaba contemplando una disposición general, se consideró adecuado referir expresamente la prohibición de la clonación, a fin de llenar el vacío legal existente sobre esta forma de manipulación genética.

En octubre de 1997, la Comisión de reforma del Código Civil aprobó ligeras modificaciones al texto final, quedando redactado el artículo 5 de la siguiente manera:

Artículo 5°.- Nadie debe atentar contra la integridad de la especie humana. El genoma no podrá ser modificado salvo que tenga por finalidad prevenir, disminuir o eliminar enfermedades graves. Están prohibidas las manipulaciones genéticas, incluyendo la clonación, la selección de genes, sexo o de los caracteres físicos o raciales de los seres humanos. Lo prescrito en este artículo será desarrollado por una ley especial.

Artículo 5° A.- Los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos no podrán ser cedidos manipulados o destruidos. Está permitida la disposición para trasplante de órganos y tejidos. 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. Lo prescrito en este artículo será desarrollado por una ley especial.

Como puede apreciarse la postura adoptada por la Comisión establece que los procedimientos orientados a la fecundación de óvulos únicamente pueden destinarse a la procreación, pero no se pronuncia respecto a los embriones sobrantes, que siempre quedan en las prácticas de inseminación artificial. De otro lado, nuestro país al igual que

la tendencia general rechaza la maternidad subrogada. Y finalmente se establece que una ley especial debe regular con mayor detalle estos temas.

3.2. Proyecto de reforma ampliado de filiación.

Al mismo tiempo el Centro de Investigación de la Universidad de Lima, presentó a la subcomisión de Familia comprendida en la comisión encargada de elaborar el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil peruano, un proyecto de reforma ampliado de filiación.

A continuación citamos los artículos relacionados con el tratamiento de la filiación en el caso de la inseminación artificial.

Artículo 390°.- En la procreación asistida con material genético de cedente no se podrá indagar la relación parental. La identidad genética sólo podrá ser revelada por necesidad terapéutica a las autoridades médicas pertinentes y en ningún caso implicará determinación legal de la filiación.

El comentario que el Dr. Varsi agrega a este artículo es el siguiente:

“Indiscutiblemente, estamos frente a un caso en el que se deja de lado la paternidad biológica y se prefiere la social, pero esto es una excepción a la regla general. La indicación está orientada a que el cedente no pudo asumir un compromiso con la prole que, no obstante ser en parte biológicamente suya, ha sido traída al mundo por otras personas a través de las técnicas de reproducción. El carácter altruista y humanitario de la cesión de material genético implica un desprendimiento de las obligaciones naturales” (Varsi, 2001: 363).

De esta forma el proyecto de reforma sigue el criterio adoptado por la mayoría de países en el tema de la inseminación artificial Heteróloga.

Pero respecto al tema del derecho a conocer el origen biológico del niño concebido bajo esta técnica, se establece que sólo es posible revelar la identidad del

donante cuando se trate de proteger el derecho a la vida, la integridad o la salud de la madre o del hijo. Y el conocimiento de la identidad del padre biológico está restringido únicamente a las autoridades médicas, quienes emplearan la información únicamente para realizar el diagnóstico o la terapia correspondiente. De esta manera, el proyecto niega toda posibilidad de que el niño concebido bajo las TERAS pueda en algún momento de su vida conocer su origen biológico y a partir de eso construir su historia genética.

Seguidamente presentamos otros dispositivos propuestos referidos a la filiación con los comentarios elaborados por sus ponentes.

Artículo 391°.- No se puede determinar ni impugnar la filiación por haber surgido ésta de una procreación asistida.
Se presume que el marido consintió la aplicación de técnicas de reproducción asistida en su mujer, salvo prueba en contrario. En este caso puede impugnar la paternidad.

La filiación como relación jurídica familiar genera efectos específicos y directos entre el progenitor y la progenie, independientemente de la forma de procreación a la que se ha recurrido. De allí que resulte inadecuado referir la posibilidad de accionar en filiación por el hecho de haber sido ésta derivada de técnicas de reproducción asistida. Nada tiene que ver la forma con el fondo.

Lo que interesa al derecho para generar efectos filiales es el producto de la relación intersexual independientemente del estilo recurrido.

Ante la posibilidad de que una pareja extramatrimonial recurra a las TERAS, el proyecto de reforma establece lo siguiente:

Artículo 392°.- El consentimiento de la reproducción asistida en la relación extramatrimonial debe constar en instrumento público e implicará un reconocimiento.

Para el caso de filiación extramatrimonial derivada de la reproducción asistida y mediando el consentimiento en la utilización de material genético con la correspondiente manifestación de voluntad en un documento, se aplica la teoría de los actos propios de tal manera que se consolide un reconocimiento directo de aquella persona que consintió expresamente la técnica en determinada mujer, protegiendo el derecho de la prole.

Por otra parte, siguiendo la propuesta de modificación del artículo 5 del Libro de personas que prohíbe la maternidad subrogada, el proyecto de filiación establece lo siguiente:

Artículo 393°.- Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro son nulos. La maternidad se determinará por el parto.

Con este principio se establece la protección y el reconocimiento a la procreación y gestación como hechos jurídicos, naturales y biológicos en los que la voluntad del hombre no puede influir, ni crear, en base a ellos, relaciones jurídicas. De producirse, son sancionadas con nulidad.

En cuanto al tema de la paternidad post-mortem el artículo 394° establece lo siguiente:

“La determinación de la paternidad post-mortem sólo generará efectos si a la fecha del fallecimiento el material genético del difunto padre o el embrión procreado ha sido transferido a la mujer”.

Con la finalidad de reconocer casos especiales de personas que al borde de una enfermedad grave o terminal decidan la extracción de su material genético con fines de tener descendencia antes de su fallecimiento, es que se atribuye una paternidad por ley

siempre que se haya producido la inseminación, fecundación o transferencia del embrión en una fecha coetánea con la muerte del difunto padre.

Finalmente el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima le encargó al Dr. Varsi la elaboración de un Anteproyecto de Ley sobre la Fecundación Asistida, investigación que se llevó a cabo durante el periodo académico 1995–1996.

En dicho proyecto se abordan todos los temas relacionados con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En el segundo título se señalan los derechos del concebido bajo dichas técnicas y se proscriben la eugenesia. El tercer título establece las disposiciones referidas a la pareja beneficiaria, a los cedentes y los bancos de material genético, la filiación, la prohibición de la maternidad subrogada, sobre el tipo de investigación y experimentación permitidas, sobre la conformación de un Comité Nacional de Ética y finalmente se establece de manera taxativa una serie de infracciones con sus respectivas sanciones.

Cabe resaltar que el proyecto elaborado por la Universidad de Lima constituye la única propuesta que a la fecha existe concerniente a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Como se puede apreciar nuestro ordenamiento jurídico carece de un marco normativo que regule los avances de la ciencia biogenética y su influencia en la vida de los ciudadanos. Sólo existen algunos dispositivos desperdigados en diversas materias que conciernen al Derecho Genético de manera específica.

Por ello surge la necesidad de contar con la legislación pertinente que nos brinde la posibilidad de beneficiarnos de los avances de la ciencia y de tutelar los derechos de las personas que intervienen en dichas prácticas.

La ausencia de otros proyectos que reflejen criterios de legislación distintos, nos permiten interpretar que existe la necesidad de debatir con mayor detenimiento dichos temas a fin de adoptar una postura que sea producto de extensos debates y del consenso.

Una vez que presentemos en el capítulo siguiente los instrumentos metodológicos con los que elaboraremos una propuesta de regulación de la inseminación artificial heteróloga en nuestro país, contrastaremos en su oportunidad la propuesta de la Universidad de Lima sobre el tema específico con nuestra postura.



CAPITULO IV

BIOÉTICA, DERECHO Y ARGUMENTACIÓN

1. Introducción.-

Como hemos visto durante el desarrollo de los capítulos que nos preceden, los avances de la ciencia y la tecnología en el campo de la Biología, durante los últimos tiempos, están transformando de manera sustancial los elementos esenciales de la vida y la reproducción, al tiempo que están ofreciendo al ser humano una serie de posibilidades nunca antes imaginadas.

Hoy en día, por ejemplo, es posible lograr el control de la propia naturaleza, la eliminación de enfermedades hasta el momento incurables, la creación de seres “perfectos”, la predicción de las enfermedades que una persona sufrirá, gracias a su información genética.

Sin embargo, éstas técnicas espectaculares al tiempo que abren la posibilidad de mejorar la calidad de vida de los seres humanos, también presentan situaciones que eventualmente podrían poner en riesgo su dignidad.

Debido a ello, se han desencadenado una serie de dilemas éticos que hacen imprescindible determinar cuál es el rol que debe desempeñar la biotecnología frente a los derechos de los seres humanos.

Es en este contexto que surge la Bioética, que no viene a ser sino la ética aplicada al campo de las ciencias médicas, biológicas y ecológicas, es decir, la disciplina encargada de dar respuesta a las interrogantes que la ciencia nos plantea, establecer el “deber ser” del derecho aplicado a las ciencias médicas.

Para dar respuesta a las diferentes interrogantes que la ciencia plantea, las diversas cosmovisiones políticas, religiosas y filosóficas confluyen aportando cada una de ellas su particular postura. Este hecho nos lleva a preguntarnos bajo qué sistema de reglas se debe escoger la postura que debe primar para resolver los casos concretos. De otro lado, se debe tomar en cuenta que la postura escogida para gozar de legitimidad, debe contar con el consenso de todos los integrantes de una sociedad plural.

Cabe resaltar en ese sentido el consenso alcanzado en la UNESCO por 55 países miembros en torno a la protección del Genoma Humano y la prohibición de la clonación de seres humanos. Sin embargo, a pesar de dicho consenso la legislación comparada presenta diversas posturas en torno a temas como la maternidad subrogada, la investigación con embriones e incluso algunas formas de clonación. En el caso de la legislación nacional, un artículo solitario y escueto sobre este asunto revela que no ha sido debatido y estudiado lo suficiente como para adoptar una postura argumentada con claridad.

Por tal motivo es que antes de formular una propuesta en torno a cómo debería regularse la Inseminación Artificial Heteróloga en el Perú, creemos necesario resaltar— tal como afirma el jurista español Manuel Atienza— que los problemas de la Bioética son en lo esencial problemas de argumentación; o sea, lo que se necesita en este campo es, sobre todo, un método de discusión, un procedimiento que nos permita llegar a acuerdos razonables a través de un intercambio de razones capaz de eliminar las malas razones y las que parecen buenas pero no lo son (2004: 13).

Por ello es que presentamos como marco metodológico para abordar la regulación de la Inseminación Artificial Heteróloga en nuestro país, la teoría de la argumentación y los principios fundamentales de la Bioética. Estos dos elementos, junto a los aportes del Derecho Comparado y el esquema en el cual se ha enmarcado ésta técnica en nuestro país, confluirán para la elaboración de nuestra propuesta de regulación de dicha técnica, que al igual que las demás técnicas que provee la ciencia genética, no debe vulnerar la dignidad humana.

2. La Teoría de la Argumentación

Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar. Debido a que la argumentación jurídica constituye una técnica a la que por excelencia recurre el Derecho para dar solución a los conflictos e incertidumbres jurídicas es que consideramos atinado recurrir a la actividad argumentativa reconociendo que los problemas de la Bioética deben ser resueltos mediante razones que deben ser expuestas con claridad.

Dentro de la Teoría de la Argumentación existen básicamente tres concepciones sobre ella, cuyos contenidos pasaremos a definir escuetamente.

Por un lado, tenemos la concepción *Formal* de la argumentación que apela a la lógica para controlar la corrección de las inferencias (el paso de las premisas a la conclusión), pero desde un punto de vista abstracto, prescindiendo de la validez material de los mismos y de su fuerza de persuasión. Cabe resaltar que la lógica no se refiere a la actividad o al proceso de la argumentación, es decir a su contenido, sino más bien, al resultado de ese proceso.

La segunda concepción de la Argumentación es la *Material* que nos lleva a plantear las cosas de manera distinta a la argumentación lógica. La pregunta fundamental aquí es: ¿en qué se debe creer o qué se debe hacer? La argumentación se ve ahora como una actividad consistente en dar buenas razones a favor o en contra de alguna tesis teórica o práctica. De esta forma se diferencia la concepción material de la formal, ya que la atención del argumentador se desplaza de los aspectos meramente formales (de forma) a los aspectos materiales (de contenido), es decir, de la inferencia a las premisas.

Finalmente, tenemos la concepción pragmática de la argumentación que plantea como pregunta fundamental: ¿cómo se puede persuadir a un auditorio o interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico?. En este caso el éxito de la argumentación depende de que efectivamente se logre la persuasión o el acuerdo del otro, respetando ciertas reglas.

La diferencia entre la concepción material y la pragmática reside en que la primera puede darse en términos individuales, mientras que la segunda constituye

necesariamente una actividad social, ya que involucra el arte de seducir con argumentos al otro o a los otros.

Según Manuel Atienza, en la mayoría de casos cuando se realizan argumentaciones sobre ética, intervienen las tres concepciones mencionadas en mayor o menor medida. Y explica que ello se debe a que, en las argumentaciones de tipo moral, entran en juego, tanto valores de carácter formal (nuestras opiniones morales han de ser entre sí consistentes), como material (esas opiniones han de estar bien fundadas en cuanto al fondo) y pragmático (tienen la pretensión de ser aceptadas por los demás) (Atienza Rodríguez, 2004: 25)

3. Las reglas de juego en la Argumentación

Además de la técnica de la argumentación existen ciertas “reglas del juego” argumentativo que es necesario respetar. Mencionaremos solamente algunas de ellas: quien discute en serio con otro sobre un problema moral no puede aducir razones en las que él mismo no cree, asimismo el que discute no puede dejar de contestar a las razones (fundadas) que el otro aduzca.

Pero también hay que tomar en cuenta que en la argumentación no se puede apelar a un esencialismo lingüístico que pretende que hay un significado verdadero o esencial de las palabras como cuando se afirma lo siguiente interpretando una norma: “no hay ninguna otra forma de entender esa palabra”. Muy por el contrario lo cierto es que el significado de las palabras es más bien convencional y por lo tanto cambia según los contextos.

De otro lado, se debe tener presente que la argumentación de una postura va de la mano con la interpretación que se dé a la norma de la que deriva dicha postura; por lo

tanto es necesario tomar en cuenta que en algunos casos está justificado efectuar una interpretación restrictiva del significado de un término, como cuando se trata de una norma penal que establece un delito.

Los principios éticos aportan razones que pueden, en ciertos casos ser derrotados por otras razones provenientes de otros principios de sistemas morales distintos. De ahí la importancia de relacionar la Ética con la Argumentación. Ésta última opera bajo las reglas y los principios de la ética. Por tal motivo, los casos de controversia ética sólo pueden deberse a una disputa sobre cuál sea la norma ética aplicable o sobre cómo deba interpretarse una determinada norma o sobre qué norma deba prevalecer en el caso en que resultaran aplicables normas contradictorias (Atienza Rodríguez 2004: 39).

Finalmente, el discurso argumentativo debe basarse en el criterio de la razonabilidad, es decir que las razones que mutuamente se dan en el discurso público tienen que poder ser comprendidas y, eventualmente, aceptadas por todos los otros, es decir, por cualquiera que participe en el debate como ciudadano libre e igual a los demás. Evidentemente se parte del presupuesto de una sociedad plural en términos ideológicos.

4. ¿Por qué vía resolver los problemas que la Ética nos plantea? ¿La vía Legislativa o la Judicial?

Para el Derecho, la vía de regulación de los avances científicos en el campo de la biotecnología, no está claramente definida por tratarse de una área que involucra a la Ética y en el que las convicciones morales y religiosas de los hombres juegan un papel determinante.

Dos son las opciones de regulación jurídica que la Doctrina propone, por un lado, la vía legislativa y por el otro, la judicial. Los opositores a recurrir a la vía legislativa alegan con mucha razón, que no es posible establecer y aplicar reglas referidas a circunstancias altamente imprevisibles, como es el caso de los temas cuya postura implica juicios de valor u opiniones morales en las que difícilmente se puede alcanzar el consenso entre los propios legisladores. Afirman que el riesgo que se corre en estos casos es que las normas producidas no alcancen el nivel de concreción deseable o tal vez hasta resulten excesivamente rígidas. Son muchos los ejemplos concretos que el desarrollo de la Bioética ha ofrecido en los que resulta en vano seguir única o preferentemente una vía “legislativa”.

Pero algunos juristas como el italiano Donato Busnelli afirman que parece arriesgado que ante la presencia de una interrelación estrecha entre derecho y moral, el mismo legislador, consciente de la enorme dificultad de responder a las mencionadas cuestiones, quiera investir directamente al juez de las atribuciones para resolver en estos casos” (Donato Busnelli 2003: 44)

En atención a estas consideraciones el Dr. Atienza afirma que es más bien la vía judicial la que se presenta como el camino más adecuado para resolver los dilemas bioéticos, pero hace hincapié en que el protagonismo en este campo debe estar a cargo de los “Comités de Ética” integrados por profesionales de la salud, filósofos del derecho y científicos. Su actuar sería análogo al que realizan los jueces que tienen que resolver casos jurídicos pero basándose esencialmente en principios previamente establecidos.

Dichos principios deben tener como punto de partida el reconocimiento del pluralismo ético, pero al mismo tiempo una tabla de valores mínimos a partir de los cuales se pueda abordar las interrogantes Bioéticas.

5. Los principios de la Bioética: La versión estándar

El desarrollo vertiginoso de la ciencia a comienzos de la década de 1970 generó grandes inquietudes en el ser humano al abrirse la posibilidad de intervenir y manipular la naturaleza –incluida la del hombre– en sus dimensiones más profundas y trascendentales. Los debates que se desarrollaron para abordar dichos dilemas dieron como resultado la elaboración de cuatro principios en torno a los cuales existe un gran consenso, los mismos que han sido integrados a los Códigos de Ética de los Colegios Médicos de varios países.

Dichos principios constituyen el punto de partida obligado en cualquier debate que se inicie en torno a temas relacionados con la Bioética como la eugenesia, la eutanasia, las técnicas de reproducción humana asistida, la clonación, entre otros.

El origen de la formulación de los “principios de la Bioética” se encuentra en la creación, por parte del Congreso de los Estados Unidos, de una Comisión Nacional encargada de identificar los principios éticos básicos que deberían guiar la investigación con seres humanos en las ciencias del comportamiento y en biomedicina. Dicha Comisión comenzó a funcionar en 1974, cuatro años después de que se acuñara el término “Bioética” para designar los problemas éticos planteados por los avances en las ciencias biológicas y médicas.

En 1978 los miembros de la Comisión publicaron el llamado “Informe Belmont”, que contenía tres principios: el de autonomía o de respeto por las personas, por sus opiniones y elecciones; el de beneficencia, que constituye la obligación de no hacer daño y de extremar los beneficios y minimizar los riesgos; y el de justicia o imparcialidad en la distribución de los riesgos y de los beneficios.

Sin embargo, cabe anotar que la expresión canónica de dichos principios se encuentra en un libro publicado un año después por Tom L. BEUCHAMP (miembro de la comisión) y James F. CHILDRESS. En esa obra se agrega un nuevo principio, el de no maleficencia. Estos autores presentan los cuatro principios con la calidad de principios de *prima facie*, es decir, que obligan siempre y cuando no entren en conflicto entre sí. Y en caso de conflicto, deben jerarquizarse en función de la situación concreta que se pretende resolver.

En otras palabras, en abstracto no es posible elaborar reglas previas que den prioridad a un principio sobre otro, por ello constituye un reto, entre los Comités de Ética, alcanzar el consenso respecto a una determinada forma de jerarquización en un caso específico. Si bien es cierto que el principalismo constituye la escuela más importante e influyente de la Bioética, es necesario reconocer que no es la única existente. El horizonte de posturas filosóficas dentro de esta disciplina es tan amplio como las diversas posiciones filosóficas que existen en la ética. El camino que le resta a la ética para alcanzar consenso y por tanto legitimidad aún es largo. Sin embargo, ello no es óbice para abordar los problemas bioéticos que requieren de una solución recurriendo a éstos principios que gozan de gran consenso. Estos principios constituyen un marco de reglas básicas sobre las cuales se puede iniciar una argumentación, a pesar que el margen en que se mueven las interpretaciones que se realizan del contenido de cada principio es ciertamente amplio. De otro lado, cabe resaltar que el debate respecto a las reglas que se requiere para jerarquizar dichos principios, aún continúa, por lo que una vez definido el contenido de cada principio pasaremos a determinar bajo qué reglas elaboradas por la doctrina aplicaremos los principios generales de la Bioética al caso concreto de la Inseminación Artificial Heteróloga.

5.1. El principio de Beneficencia

Según este principio el médico o científico tiene la obligación de procurarle el bien al paciente o sujeto investigado. Según el “Informe Belmont” bajo el principio de beneficencia, las personas deben ser tratadas éticamente no sólo respetando sus condiciones y protegiéndolas del daño, sino también haciendo esfuerzos para asegurar su bienestar.

Dos reglas se han formulado a partir de este principio como expresiones complementarias de acciones de beneficencia. La primera es no hacer daño y la segunda extremar los beneficios y minimizar los riesgos frente a posibles daños. En tal sentido el actuar médico o científico no sólo no debe causar daño, sino que además se debe procurar el bienestar de las personas y la obtención de los máximos beneficios posibles, evitando riesgos innecesarios.

5.2. El principio de Autonomía

Este principio se basa en el respeto a la libre determinación del ser humano. Parte de la premisa de que el ser humano es un ser libre y por tanto tiene derecho a que sus opiniones y elecciones sean respetadas. En palabras de Diego GRACIA, es el derecho de las personas a tener su propio punto de vista, a elegir y realizar acciones basadas en los valores y creencias personales.

En el campo de la Bioética, el principio de autonomía se traduce en el respeto que el médico o científico debe tener de la decisión que adopte el paciente o sujeto investigado frente a las alternativas que se le ofrezcan. Una condición para el pleno ejercicio del paciente o sujeto investigado a decidir, es que cuente con toda la información pertinente para que su designio sea adoptado con la mayor libertad posible.

Con relación a este principio, el Informe Belmont asevera que el respeto a la autonomía de la persona incorpora al menos dos convicciones: la primera es que los individuos deben ser tratados como agentes autónomos; la segunda que las personas con autonomía tienen derecho a protección. El principio de respeto por las personas se divide entonces en dos requerimientos morales separados: el de reconocer la autonomía y el de proteger a quienes la tienen disminuida.

En atención a éste principio se desprende que las decisiones de los pacientes capaces, tomadas luego de contar con la información pertinente deben ser respetadas. Sin embargo, debe tratarse de una decisión capaz de ser viable en términos médicos o científicos.

5.3. El principio de Justicia

El principio de justicia en sentido formal significa que una persona no puede ser tratada de manera distinta que otra, salvo que entre ambas se dé alguna diferencia relevante. Según la doctrina consiste en el deber de tratar de manera equitativa a los seres humanos. Y en el campo específico de la Bioética, este principio se traduce en la obligación de no realizarse ningún tipo de discriminación en el acceso a la atención de la salud. Pero además tiene que ver con la elección de las personas que serán sometidas a investigación, y quienes van a beneficiarse o sufrir los perjuicios que se deriven de las investigaciones. Por ello éste principio aborda el tema de la distribución de los riesgos y de los beneficios.

Según el Informe Belmont “Ocurre injusticia cuando se le niega a una persona algún beneficio al que tiene derecho sin que para ello haya una buena razón, o se le impone indebidamente alguna carga”. En tal sentido, el derecho a beneficiarse de la medicina y los avances de la ciencia no está sujeto a restricción alguna.

5.4. El principio de No maleficencia

Se deriva del principio de Beneficencia y exige a los médicos o científicos el deber de no causar daño al paciente o a la persona investigada. Muchos opinan que ambos principios constituyen más bien dos visiones del mismo deber. Sin embargo, debe reconocerse que si bien el principio de beneficencia puede incluir al de no maleficencia, no ocurre lo contrario. Ello debido a que el deber de hacer el bien trae como consecuencia necesaria la obligación de no hacer el mal; en cambio, el deber de no hacer el mal no necesariamente exige hacer el bien, pues uno puede abstenerse de hacer daño a alguien, sin que ello implique hacerle el bien. Este principio puede resumirse en la exigencia de no causar daño a otro.

6. Crítica a la Concepción Puramente Principialista

Un tema que siempre ha estado presente en la reflexión y debate del contenido de los principios arriba aludidos, es el de su jerarquización. Nueve años después de que fuera publicada la postura de Tom L. BEUCHAMP y James F. CHILDRESS, salieron a la luz dos nuevas propuestas dirigidas a criticar el enfoque principialista de la postura inicial.

La primera publicación estuvo a cargo de Albert R. JONSEN y Stephen TOULMIN (integrantes también de la mencionada Comisión del Congreso Norteamericano) y la segunda a cargo de Diego GRACIA, estudioso del tema que se encargó de exponer de manera clara la discusión que se ha dado en este campo en los últimos veinte o veinticinco años.

Los primeros críticos escribieron en 1988, una obra, *The abuse of Casuistry: A history of moral reasoning*,² en la que propusieron, frente a lo que llamaron “la tiranía de los principios” (la idea de que la ética consiste exclusivamente en un código de reglas y principios generales), la rehabilitación de la “casuística”, esto es, de un método de pensamiento que se centra, fundamentalmente en el caso concreto. La razón no opera, en este caso, de manera deductiva, sino en forma analógica. Para estos autores no es posible partir de principios o reglas generales indiscutibles para obtener una conclusión concreta a través de una premisa menor que especifique las circunstancias del caso. “Por el contrario, el punto de partida son simplemente máximas, tópicos o lugares comunes que sólo pueden ser comprendidos en términos de los casos paradigmáticos que definen su sentido y su fuerza” (Atienza Rodríguez, 2004: 45).

Por su parte, Diego GRACIA presenta una crítica de signo opuesto a la de JONSEN y TOULMIN. Él concede, más bien, una gran importancia a la casuística pero lo que le preocupa sobre todo, son las cuestiones de fundamentación. La operatividad de los principios pasa, en su opinión, por establecer alguna jerarquización entre los mismos que no dependa de la “ponderación” de las circunstancias del caso. Para él los cuatro principios presentan rangos distintos. Los principios de no maleficencia y de justicia velan por el bien común, mientras que los principios de autonomía y beneficencia se abocan al bien particular. Los primeros constituyen una “ética de mínimos” y los segundos una “ética de máximos”. Por eso, el primero se corresponde con el Derecho y el segundo con la Moral.

² Esta obra fue escrita por Albert R. JONSEN, y Stephen TOULMIN, y publicada en Berkeley por la Universidad de California Press en 1988.

7. La postura de Manuel Atienza

El jurista español Manuel Atienza también se ha interesado por el tema de la jerarquización o no de los principios básicos de la Bioética y en su obra *Bioética, Derecho y Argumentación* plantea una crítica a los modelos de JONSEN–TOULMIN de un lado, y de otro el modelo de GRACIA, y brinda una serie de aportes que gozan de gran consistencia.

En su opinión, “estas dos últimas propuestas están en lo cierto al considerar insatisfactoria –o al menos, insuficiente- una concepción puramente principalista como la de BEAUCHAMP y CHILDRESS, y ambas apuntan también en la dirección adecuada al esforzarse por construir una ética –o una bioética- que proporcione criterios de carácter objetivo y que por así decirlo, se sitúe a mitad de camino entre el absolutismo y el relativismo moral”.

Por tal motivo Atienza se permite formular una crítica a dichos aportes y plantear una propuesta que en palabras suyas no pretende ser otra cosa que una síntesis –con algún afán de superación- de esas dos concepciones.

El jurista español parte del presupuesto de que la ética tiene la característica de ser única, en el sentido de que son los mismos principios éticos los que rigen en cualquier ámbito de lo humano. Esto implica que no existe una ética peculiar de la esfera de la política y contrapuesta a la que ordena la vida privada.

Bajo dicha premisa, afirma que si se examinan con cuidado los llamados “principios de la Bioética”, se puede llegar a la conclusión de que los mismos pretenden ofrecer respuesta, básicamente a cuatro problemas generales:

- a) ¿Quién debe decidir (el enfermo, el médico, los familiares, el investigador)?
- b) ¿Qué daño y qué beneficio se puede (o se debe) causar?
- c) ¿Cómo debe tratarse a un individuo en relación con los demás? y
- d) ¿Qué se debe decir y a quién?

La respuesta a dichas interrogantes debe corresponderse con los cuatro principios clásicos —plantados por Kant— de autonomía, dignidad, universalidad y publicidad. Para Atienza la formulación de dichos principios podría ser así:

- a) Principio de autonomía: cada individuo tiene derecho a decidir sobre aquello que le afecta (aquí en particular, sobre su vida y salud).
- b) Principio de dignidad: Ningún ser humano puede ser tratado como un simple medio.
- c) Principio de Universalidad (o de igualdad): Quienes están en las mismas condiciones deben ser tratados de manera igual.
- d) Principio de Información: Todos los individuos tienen derecho a saber lo que les afecta (aquí lo que afecta a su salud).

Para Atienza estos cuatro principios —y así formulados— es probablemente todo lo que se requiere para resolver lo que se puede llamar los “casos fáciles”. Sin embargo, afirma, existen otros casos, los casos difíciles, en los que esos principios parecen resultar insuficientes, pero solo en apariencia. Para Atienza dichos principios operan siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones, por ejemplo, en el caso del principio

de autonomía, un individuo tiene derecho a decidir sobre aquello que lo afecta, siempre y cuando esté en condición de decidir, en caso contrario se permite que otro decida por él. De aquí se desprende que no se vulnera en absoluto el principio de autonomía, sino que cuando no se cumplen las condiciones para que proceda su aplicación, se apela a la creación de nuevos principios que se ajusten a las nuevas situaciones que se presentan, sin dejar de lado que los principios antes estipulados tienen el rango de principios “primarios” y los últimos son denominados “secundarios”.

Seguidamente, Atienza plantea que para que exista una cierta prioridad a favor de los primeros, se debe adoptar la regla de carga de la argumentación, es decir, quien pretende utilizar un principio secundario debe asumir la carga de la prueba, en el sentido de que es él quien tiene que probar que efectivamente se dan las circunstancias de aplicación de ese principio.

De acuerdo a lo planteado, los principios secundarios serían los siguientes:

- a) Principio de Paternalismo: es lícito tomar una decisión que afecta a la vida o salud de otro si: este último está en una situación de incompetencia básica, la medida supone un beneficio objetivo para él y se puede presumir racionalmente que consentiría si cesara la situación de incompetencia.
- b) Principio de Utilitarismo Restringido: es lícito emprender una acción que no supone un beneficio para una persona (o incluso que le supone un daño) si con ella: se produce (o es racional pensar que podría producirse) un beneficio apreciable para otro u otros, se cuenta con el consentimiento del afectado (o se puede presumir racionalmente que consentiría) y se trata de una medida no degradante.
- c) Principio de la Diferencia: es lícito tratar a una persona de manera distinta que a otra si la diferencia de trato se basa en una circunstancia que sea

universalizable y produce un beneficio apreciable en otra u otras, y se puede presumir racionalmente que el perjudicado consentiría si pudiera decidir en circunstancias de imparcialidad.

d) Principio del Secreto: es lícito ocultar a una persona informaciones que afectan a su salud, si con ello: se respeta su personalidad o se hace posible una investigación a la que ha prestado consentimiento.

A pesar de los aportes realizados, el autor reconoce que dichos principios necesitan ser precisados –concretados- en forma de reglas. Por tal motivo, concluye que el problema fundamental de la Bioética es el de pasar del nivel de los principios al de las reglas, es decir, construir un conjunto de pautas específicas que permitan resolver los problemas prácticos que se plantean y para los que no existe, en principio, consenso. Se trata de un tema inacabado que se ha convertido en un verdadero reto para los Comités de Ética constituidos en diversos países. A pesar de ello, creemos que los aportes realizados por Atienza, resultan valiosos para resolver casos concretos como el del presente trabajo de investigación. Por ello, enfocaremos el problema y responderemos a las interrogantes legislativas que surgen en la práctica de la IAD, aplicando los principios y subprincipios propuestos por el jurista español, en lo que sea pertinente.

8. Los retos de los Comités de Ética

A raíz de la revolución de la ciencia y la medicina, constituye un reto para los Comités de Ética de cada país resolver sobre la base de los principios de la Bioética los casos concretos que se les presente en torno a temas como: el aborto, la eutanasia, las técnicas de reanimación o resucitación, las técnicas de reproducción humana asistida,

las investigaciones genéticas, la manipulación genética, la selección del sexo del futuro embrión, la eugenesia, la investigación de fármacos en seres humanos, la creación de nuevas especies, la tecnología genética aplicada al hombre, la transferencia de genes, la manipulación del patrimonio genético humano con fines eugenésicos, entre otros.

9. La postura de la Iglesia Católica frente a la Bioética

La teología moral católica romana ha identificado sus propios principios, apartándose de la versión estándar asumida incluso por la UNESCO. Para la Iglesia, son cinco los principios a partir de los cuales se deben abordar los dilemas que plantea la biogenética:

- a) Principio de la Administración: La vida viene de Dios, siendo nosotros, única y exclusivamente, administradores y responsables por el cuidado del cuerpo.
- b) La Inviolabilidad de la Vida Humana: No puede eliminarse ni variarse la esencia de la vida humana.
- c) Principio de Totalidad: Cada parte del cuerpo existe como un todo, como un universo. Como un conjunto orgánico imprescindible que no puede ser separado ni alterado.
- d) Principio del Doble Efecto: En casos extremos puede permitirse la realización de actos negativos en orden de alcanzar luego uno positivo. En estos casos la acción mala sólo servirá como medio para alcanzar la buena. Debe producirse con este criterio, cuando menos tanto bien como el mal causado (aborto terapéutico).
- e) Principio de Sexualidad: El sexo existe por dos razones: para la procreación y para la expresión máxima del amor en el vínculo matrimonial.

CAPITULO V

LA REGULACIÓN DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN EL PERÚ

1. Introducción

De acuerdo a lo establecido por la doctrina, la argumentación de contenido bioético puede desarrollarse en diversos contextos. Puede partir de las opiniones morales propias o en otras circunstancias debe partir del marco constitucional determinado en un país. En el presente capítulo, desarrollaremos la argumentación necesaria para regular la Inseminación Artificial Heteróloga —en adelante IAD— partiendo de las premisas constitucionales de nuestro país, que dan primacía a la tutela de la vida del concebido y la salud de la mujer antes que la tutela de la libertad de ésta última.

En cuanto a las normas referidas específicamente a la IAD, como comentábamos en capítulos anteriores, el único dispositivo que se pronuncia al respecto

es el artículo 7 de la Ley General de Salud que frente al problema de la infertilidad, garantiza el derecho de toda persona a recurrir al uso de las técnicas de reproducción asistida, exigiendo como requisito el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Sobre este marco jurídico preestablecido procederemos a determinar los requisitos para acceder a la IAD y la conveniencia o no de recurrir al uso de ésta técnica. Asimismo plantearemos una serie de consideraciones dirigidas a determinar si el concebido bajo esta técnica tiene derecho a conocer su identidad genética y si el progenitor goza de la facultad de conocer a su hijo biológico. Finalmente abordaremos las consecuencias de generar una paternidad formal (social) y otra real (biológica) para el concebido en cuanto a la institución de la filiación respecta.

2. Requisitos para acceder a la Inseminación Artificial Heteróloga

Los requisitos que a continuación planteamos para acceder a la IAD, están divididos en función a las personas que intervienen en su práctica.

2.1. Requisitos para la pareja:

A pesar que ya son varios los países que permiten acceder a la IAD no sólo a las parejas estables sino también a las mujeres solas, nuestro país basado en el principio constitucional de defensa de la institución de la familia, restringe este derecho únicamente a las parejas heterosexuales casadas o convivientes.

Incluso el anteproyecto de Ley elaborado por el Dr. Varsi —por encargo de la Universidad de Lima— que ha tomado como principal referente a la ley española de

Procreación Asistida, se ha apartado del criterio español que si permite acceder a la IAD a las mujeres solas.

En nuestra opinión, es necesario debatir el tema y tomar en cuenta los argumentos españoles que sustentan esta postura, sin embargo, ello atañe directamente al tema de la institución de la familia como base de la sociedad, establecido en la Constitución peruana. Se trata de un tema de investigación que no abordaremos en esta oportunidad por escapar a los parámetros propuestos en nuestro trabajo que parte de la premisa establecida por el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Dicho esto, siguiendo los criterios mayoritarios de la doctrina proponemos como requisitos a los que intervienen en esta práctica los siguientes:

2.1.1. La infecundidad de la pareja (no superable ni siquiera con la (FEC) o la existencia de un grave riesgo de transmisión de tara hereditaria

Compartimos la opinión de varios especialistas sobre la materia, que consideran que el acceso a esta técnica debe darse luego de haber agotado la inseminación artificial homóloga e incluso la fecundación extracorpórea interconyugal. Ello debido a que en ésta última no existe disociación del rol de progenitor y padre formal, puesto que ambas funciones recaen en la misma persona. Y en caso que la pareja no estuviera casada, la determinación legal de la filiación del hijo consanguíneo de ambos sería la extramatrimonial, es decir, que el hijo tendría que ser objeto de reconocimiento por cualquiera de los medios establecidos por el Código Civil.

La dificultad que plantea la IAD radica en conciliar supuestos derechos. De un lado, el de la pareja a tener descendencia, y de otro, el de los hijos a venir al mundo con las mayores garantías posibles como parte más débil, que ha de ser especialmente

protegida. Y como consecuencia de ello, agotar las vías necesarias para evitar generarle una paternidad formal y otra real.

Por el contrario —en el segundo supuesto de este requisito— ante el riesgo de que al concebido le sea transmitida una tara hereditaria, procede la práctica de la IAD, en aras de salvaguardar su vida y su salud.

2.1.2. Que el consentimiento conste por escrito

El consentimiento tanto de la mujer como de su pareja debe ser otorgado en documento público, para que pueda servir como título de determinación legal de la filiación referida. Asimismo, no cabe duda que dicho consentimiento podría ser, siempre, revocado antes de practicar la inseminación, pero no *a posteriori*, cuando ya se hubiere procedido a la concepción. En consecuencia, la acción de impugnación debería negársele al marido que consintió la inseminación, aun cuando ésta no se haya producido de acuerdo con las condiciones de su consentimiento (por ejemplo, el hijo no se le parece en absoluto, o padece enfermedad hereditaria), sin perjuicio de la eventual responsabilidad médica.

Finalmente, cabe comentar que un sector minoritario de la doctrina propone un último requisito para acceder a la IAD:

2.1.3. Que previamente la pareja haya realizado de manera infructuosa un procedimiento de adopción

Somos de la opinión que la consignación de éste requisito constituye una seria restricción al ejercicio del derecho a tener prole. La elección de la adopción o del recurso a la IAD debe estar a cargo de la pareja. De otro lado, la ventaja que ofrece ésta técnica en comparación con la adopción, es que en aquella existe una verdadera maternidad genética, biológica y gestante y, en ésta, tanto la maternidad como la

paternidad es exclusivamente psicoafectiva. Además de ello, en el primer caso la esterilidad de los cónyuges permanece en secreto, se obvian los trámites de la adopción, y se evitan reclamaciones sobre el hijo adoptivo por parte de la madre real.

2.2. Requisitos del Donante

El proceso de selección de donantes acarrea, asimismo, diversas dificultades. ¿Quiénes son elegibles? ¿Qué criterios utilizar para la elección? ¿Cómo garantizar que el gameto no padezca ningún mal? Uno de los mecanismos que plantean los legisladores es el de exigir la obligatoriedad de determinados exámenes y test médicos que le permitan al especialista detectar anormalidad genética, física o fisiológica en el donante, así como llevar a cabo los exámenes necesarios para determinar las características del esperma donado. Del centro que realiza la IAD dependerá la facultad de vincular al donante con la persona interesada en su donación.

Estas consideraciones han sido tomadas en cuenta en el anteproyecto del Dr. Varsi que en su artículo 34 establece que el donante debe someterse en forma previa a un examen psico-físico de carácter general que acredite que se encuentra libre de enfermedades infecciosas, hereditarias y/o genéticas transmisibles, así como sus características fenotípicas.

Del mismo modo, en su Artículo 39 se afirma que la elección del cedente es responsabilidad del equipo médico que aplica la TERA. Se debe garantizar que el cedente tenga la misma similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar. Al respecto, compartimos los criterios fijados en el proyecto aludido.

2.2.1. Información sobre las consecuencias de su acto y consentimiento escrito

En igual sentido deberían establecerse programas educativos para informar a los distintos sectores de la población acerca de las ventajas y desventajas de todas las Técnicas de Reproducción Asistida así como las consecuencias de intervenir en calidad de donantes. Además de ello, para garantizar que su consentimiento sea libre e informado, debe constar por escrito.

Compartimos la redacción del artículo 33 del anteproyecto planteado por el Dr. Varsi, que recoge este criterio expresando que la cesión se debe formalizar por escrito, con carácter formal y secreto entre el establecimiento asistencial y el cedente quien previamente será informado de los fines, consecuencia y características del acto y de la práctica médica de las TERAS.

2.2.2. Edad mínima para donar

Además, tal como ocurre para el matrimonio, deberá establecerse una edad mínima para ser donante. Para el Dr. Varsi el tema no ha pasado desapercibido, por ello en su Artículo 34 expresa que el cedente deberá ser mayor de edad y encontrarse en pleno goce de su capacidad de ejercicio.

2.2.3. ¿Gratuidad de la donación?

Muchos juristas al momento de regular el tema se han preguntado si la participación del donante debe ser gratuita o a título oneroso. En última instancia lo que se está decidiendo es la naturaleza de los “servicios” que presta el donante. Algunos, basándose en la inalienabilidad de los órganos y material humano, se inclinan por la gratuidad de esta operación; otros le asignan al donante el derecho a los costos

incurridos; y otros consideran justo se pague un precio por el beneficio procurado. Si el “servicio” fuera a título gratuito, pocos serían voluntarios como donantes. Por otro lado, el pago de una remuneración podría inducir a muchos a ocultar ciertos datos sobre su estado físico y pasado clínico. Por lo que la solución intermedia —que se le pague al donante sólo los costos en que hubiere incurrido— es la más favorable.

2.2.4. La confidencialidad de los datos del donante

En aras de salvaguardar los intereses tanto del concebido como de sus padres formales, es preferible que se mantenga la confidencialidad acerca de la identidad del donante. Ésta también constituye una garantía para los donantes ya que les permite librarse de juicios de filiación o resultar responsables por la salud y educación del menor. Sin embargo, a nuestro modo de ver, la confidencialidad no implica el anonimato del donante, ya que sus datos deben ser guardados por el centro de salud que recibió su cesión a fin de evitar posibles riesgos de consanguinidad y hasta relaciones de incesto. Por tal motivo, es necesario, además restringir la utilización de su esperma a un determinado número de mujeres. Guiándonos por el criterio mayoritario de la doctrina, es conveniente limitarla sólo a tres mujeres.

En un proyecto de recomendación sobre la inseminación artificial, que elaboró el Consejo de Europa se exige una autorización firmada, dando el consentimiento al equipo médico para la práctica de la inseminación artificial con semen del donante.

La firma de esta autorización se realiza en consulta, delante de por lo menos dos testigos. Asimismo se establece que el médico y el personal del establecimiento hospitalario deben mantener el secreto tanto de la identidad del donante como de

la identidad de la mujer. Es obvio que el motivo hay que encontrarlo en el intento de evitar los posibles remordimientos de conciencia, bien del donante, bien del receptor, y en particular, de evitar que alguien abuse de la situación a través del chantaje.

Además, en nuestra opinión debería tomarse las precauciones necesarias para que el niño en su mayoría de edad pueda tener acceso a la información relativa a las características genéticas e historial clínico de su progenitor/a. Este es un tema que ha dado mucho que hablar en el debate sobre la IAD, por lo que será abordado con mayor detenimiento en los acápites posteriores.

2.2.5. Sobre el consentimiento de la pareja del Donante

El director médico, responsable del programa de inseminación humana, debe recabar del donante todos los datos sobre su identidad, entre ellos consignar si está casado. En este caso el criterio dominante en la doctrina es que se debe contar también con el consentimiento de su cónyuge. Ante la negativa del cónyuge a dar su consentimiento no debe admitirse la donación. Un sector minoritario opina que el consentimiento de la pareja no debe ser necesario puesto que constituye un acto de limitación al ejercicio de la libre disposición del cuerpo del donante. Nosotros compartimos esta postura, siguiendo el mismo criterio establecido en el caso de donación de órganos y tejidos, que por tratarse de un acto de disposición tan delicado debe respetarse la voluntad del donante. Al fin y al cabo su cesión no acarreará perjuicio alguno ni a su pareja ni a su familia.³ Sin embargo, el consentimiento de la esposa será necesario, si el donante admite que su identidad personal sea revelada al hijo biológico, al llegar este último a su mayoría de edad y solicitar conocer a su padre biológico.

³ La evolución del adelanto biomédico, impone, la necesidad de considerar al cuerpo como objeto de derecho. Por lo tanto la donación de órganos constituye un derecho que es de naturaleza innata, extrapatrimonial, de ejercicio vitalicio y finalmente relativamente indisponible por el propio titular.

Respecto a este tema, el anteproyecto del Dr. Varsi sigue el primer criterio estableciendo en su Artículo 34 que si el cedente fuere casado o concubino se requerirá del consentimiento por escrito de su pareja.

3. ¿Tiene el Concebido Derecho a Conocer su Identidad Genética y su Origen Biológico?

Como vimos en el acápite anterior, la práctica de la IAD trae consigo el anonimato del donante de gametos, el cambio de la identidad del concebido bajo esta técnica y por tanto la ficción del hijo propio.

Dos, son los derechos que entran en contraposición frente al anonimato del donante. De un lado, la salvaguarda del desarrollo del niño en una familia y de otro, el respeto del derecho de este último a ser informado sobre su origen biológico y su identidad genética.

De acuerdo a la primacía que se otorgue a cada derecho surgen dos tendencias: una, en el sentido de posicionarse en pro del anonimato y otra del signo contrario, proclive a revelar la identidad del donante.

3.1. Argumentos a favor del Anonimato

Entre los partidarios de esta tendencia de mantener el anonimato podemos destacar la Comisión de Trabajo del Comité —creado *ad hoc*— de expertos en problemas éticos y legales en relación a la Genética humana, constituida en Estrasburgo, en 1984, y que elevó una serie de recomendaciones y, concretamente en el punto que tratamos, el octavo, estableció que los facultativos o médicos del establecimiento clínico que usaran las técnicas de procreación artificial debían mantener el anonimato del

donante y, en el caso de procedimientos legales, debían conservar asimismo el anonimato de la pareja que recibió la donación. Sin embargo, el Comité estableció que la ley de la nación podía prever que el niño, cuando alcance la mayoría de edad, tenga acceso a la información concerniente a la manera de su concepción y a las características de su donante, más no su identidad propiamente dicha.

Como puede observarse, la postura de esta Comisión establece como regla general el anonimato tanto de la pareja donataria como del donante, dejando al criterio de cada país la facultad de permitir al hijo —concebido bajo estas técnicas— conocer las características no sólo genóticas sino también fenotípicas de su donante, cuando alcanzare la mayoría de edad.

Sin embargo, la inclinación hacia el anonimato del donante no es absoluta, sino relativa en cuanto a la obligación del establecimiento de salud de conservar los antecedentes y las condiciones biológicas del dador de los gametos que contribuyan al mejor desarrollo de la vida del recién nacido, quien, por razones de salud, puede tener acceso a dicha información.

Excepcionalmente se permite revelar la identidad del donante, incluso conocer su propia ascendencia genotípica, cuando el hijo padeciera una enfermedad congénita, es decir, vía donante de gametos. Pero cabe anotar que ésta información es restringida únicamente al ámbito médico terapéutico, es decir, que ni por una cuestión excepcional el hijo concebido bajo una IAD puede conocer su identidad genética.

En este caso el rompimiento de la regla del anonimato se justifica en la primacía que tiene la vida y la salud del hijo con relación al derecho al anonimato del donador. En este supuesto, para evitar perjuicio alguno al donador se establece que el

levantamiento de esta información de ninguna manera le genera al donante la atribución de responsabilidad paterno-filial alguna.

Las consideraciones que han llevado a la doctrina y la legislación de algunos países a proscribir el derecho a conocer el origen biológico y la identidad genética del concebido bajo una IAD, son que el hijo además de vivir la ficción de un vínculo biológico falso se le expone a la experiencia traumática de conocer su verdad biológica. Otros alegan el daño moral o psíquico que puede sufrir el niño al enterarse cómo fue procreado.

Incluso un sector de la doctrina afirma que la regla del anonimato tiene por objeto evitar eventuales remordimientos de conciencia sea en el donante, en el receptor, y en particular, que alguien abuse de la situación a través del chantaje, explotando la donación y los sentimientos de las personas involucradas.

Finalmente los que postulan el anonimato del donante tienen como consideración de fondo el predominio de la identidad familiar frente a la identidad genética. Para ellos debe primar este valor social frente a la propia veracidad de la realidad genética.

3.2. Argumentos a favor del Derecho del niño a indagar su identidad genética

En función a los argumentos expuestos en el ítem anterior, es que el anonimato de la donación de espermatozoides ha sido durante mucho tiempo la regla general y, de hecho, es frecuente que en muchos países se garantice el derecho al anonimato a los donantes de gametos. No obstante, cada vez se debate más la cuestión de si los niños concebidos mediante la donación de espermatozoides u óvulos tienen el derecho a

conocer sus orígenes biológicos. Esta nueva cuestión está íntimamente ligada a un debate similar —que se viene dando desde hace ya muchos años— en el caso de la adopción.

En el pasado, cuando la adopción estaba relacionada frecuentemente con un nacimiento ilegítimo y el oprobio social, el secreto y la destrucción de cualquier vínculo con los padres biológicos, era lo normal. Sin embargo, en los últimos tiempos ha dejado de ser aceptable el tratamiento diferencial que la ley realizaba entre los niños “legítimos” e “ilegítimos”. De esta manera ha sido eliminado uno de los razonamientos que fundamentaban el principio del secreto en la adopción. Hoy en día, es frecuente que los niños adoptados exijan conocer a sus padres biológicos y la tendencia parece ser que las administraciones cumplan con tales solicitudes. Este cambio social sugiere que la exigencia de los niños de querer conocer sus orígenes biológicos deba extenderse también al campo de la procreación asistida.

Los antropólogos nos recuerdan que ser padres es una mezcla bastante compleja de biología y convenios sociales. Lo que significa que el hecho de que nos llamen mamá o papá no está fijado principalmente por realidades biológicas sino que varía según el tiempo, lugar y cultura. La sociedad occidental normalmente ha considerado que “siempre se sabe con certeza quién es la madre”, mientras que la paternidad es más un asunto social y legal: el padre es el esposo o el hombre que reconoce al niño como suyo, en caso de que sea ilegítimo.

Sin embargo, el avance de la ciencia genética no le ha permitido a la sociedad asimilar sus consecuencias, que implican una nueva sensibilidad respecto de los derechos de los niños. La Convención sobre los Derechos del Niño indica que “el niño

debe tener (...) en lo posible, el derecho a conocer y a ser cuidado por sus padres” (art. 7). Para el jurista español Fransisco Lledó Yagüe, es evidente que las implicaciones prácticas exactas de esta declaración son controvertidas pero es probable que el secreto se considere cada vez menos defendible en el tratamiento de la fertilidad, como ya ocurre en el caso de la adopción (1988).

Por ello se afirma que es conveniente que tanto en el caso de la IAD como de la adopción se informe al niño desde temprana edad acerca de su origen, ya que el conocimiento de la identidad genética y el origen biológico está íntimamente ligado a la construcción de la identidad de las personas. En otras palabras, se trata de un conocimiento que se incorpora como una verdad primera a la historia del niño, y se pone en juego de una u otra manera en la construcción de su identidad.

En atención a estas consideraciones es que estudiosos como el Dr. Alexandre Mauron, profesor del Centro Médico de la Universidad de Ginebra, considera como un asunto de importante actualidad la determinación de si los niños concebidos mediante la donación de espermatozoides u óvulos deben tener el derecho a conocer la identidad de sus padres biológicos.

3.3. El reconocimiento del derecho a conocer la identidad genética en el Derecho Comparado

Este tema ya ha sido producto de intensos debates en países como Suecia, Suiza y Austria que se han colocado a la vanguardia del tema reconociendo expresamente el derecho de éstos niños a conocer no sólo las características fenotípicas de su progenitor sino incluso su identidad personal.

3.3.1. Suiza

Suiza, desde el plano constitucional afirma que “el acceso de una persona a los datos concernientes a su origen genético está garantizado” (art. 24 segundo párrafo, literal g, Constitución vigente de 1999). Del mismo modo la ley sobre inseminación artificial indica que un niño nacido mediante la donación de espermatozoides puede solicitar la identidad del donante al cumplir los 18 años de edad. Sin embargo, conocer la identidad del donante no afecta la relación legal con el padre social ni obliga al padre biológico a establecer ninguna clase de relación con el niño.

3.3.2. Suecia

La ley sueca de inseminación artificial declara concretamente en su artículo 4, que el niño que haya sido engendrado por el proceso de inseminación expuesto en el artículo 3 de la misma ley, una vez alcanzada la suficiente madurez tendrá derecho a acceder a los informes registrados en el libro archivado a tal efecto en el centro médico correspondiente. Y seguidamente afirma que en caso de requerirse, la junta del Consejo Superior de la Seguridad Social estará obligada a ofrecer la ayuda necesaria para obtenerlos. Asimismo, como complemento de lo expuesto el artículo 5 ratifica que si, en el caso de abrirse un proceso acerca de la paternidad del niño, fuera necesario tener acceso a los informes de una inseminación, es el responsable de la inseminación, o aquel que tenga a su disposición los informes, quien tiene la obligación de atender la petición del Tribunal de entregar esos informes.

3.3.3. Austria

La ley Austríaca sobre las técnicas de reproducción humana asistida, también reconoce el derecho que tiene el niño, nacido de una inseminación heteróloga, de conocer la identidad de su padre biológico. Sin embargo, va más allá con relación a los

países anteriores, estableciendo en su art. 20, la edad de catorce años, para conocer todos los datos relativos al padre biológico del niño.

3.3.4. El Consejo de Europa

La postura del grupo de trabajo constituido al efecto en el Consejo de Europa, es más moderada e incide en la disociación de la figura de padre de la del mero progenitor. Siguiendo esa línea, el informe del Consejo de Europa establece en su párrafo segundo del artículo 8 que la legislación podrá prever que el niño, a su mayoría de edad, podrá tener acceso a la información referente a la forma de concepción y a las características de su donante y podrá también, en casos apropiados y si las personas interesadas estuviesen informadas de esta posibilidad, ser notificado de la identidad del donante; pero sin que pudiera pretenderse por ninguna de las partes afectadas incoar un proceso de determinación legal de la filiación.

3.4. La postura del Dr. Varsi sobre el tema

El Proyecto sobre TERAS elaborado por el Dr. Enrique Varsi, se inclina a favor del anonimato del cedente, cuya identidad sólo podrá ser revelada por orden judicial en casos de comprobado peligro para la vida del hijo o del embrión o para esclarecer un delito, según lo prescrito por el artículo 35 del mencionado proyecto.

Para confirmar que la identidad del donante de ninguna manera sea conocida por su hijo biológico, el artículo 36 establece que la revelación de la identidad debe quedar restringida al ámbito médico terapéutico y/o judicial, no admitiéndose la publicidad de la identidad del cedente.

Finalmente dentro del subtítulo referido a las infracciones y sanciones, se establece como una infracción muy grave revelar la identidad de los cedentes fuera de los casos excepcionalmente previstos por la ley (Art. 78, inciso k).

3.5. Nuestra opinión

Tomando en cuenta las consideraciones expuestas tanto a favor como en contra del anonimato del donante, consideramos prudente optar por una postura intermedia que a continuación damos a conocer.

Siguiendo el esquema de argumentación planteado por el jurista español. Manuel Atienza, opinamos que en atención al *Principio de Autonomía*, es deber del Estado garantizar las condiciones necesarias para que el concebido —al alcanzar la mayoría de edad— pueda ejercer el derecho a conocer su origen biológico y su identidad genética. Por lo tanto el Estado debe facilitarle la información referida a las características genotípicas de su progenitor.

De acuerdo a lo establecido por el *Principio de Dignidad* ningún ser humano puede ser tratado como un medio para otros, por lo tanto, el hecho que una pareja recurra a una técnica de reproducción asistida, no puede implicar disminución alguna en los derechos del concebido por este medio, mucho menos desconocerle al hijo un derecho ontológico preeminente, cual es la cognoscencia de sus raíces genéticas.

Asimismo, en atención al *Principio de Igualdad*, los niños nacidos recurriendo a las Técnicas de Inseminación Artificial no pueden ser discriminados con relación a los niños nacidos por medios naturales respecto al conocimiento de su identidad genética y por tanto de sus raíces consanguíneas.

Y en función al *Principio de Información*, todos los individuos tienen derecho a saber lo que puede afectar su desarrollo, como también tienen la facultad de decidir no

saber. Por ello es que consideramos que todo individuo concebido recurriendo a una IAD tiene el derecho a conocer la identidad genotípica de su padre biológico y la facultad de decidir si quiere o no conocer su identidad personal.

Finalmente recurriendo a la argumentación desde el plano estrictamente jurídico existen normas tanto internacionales como nacionales que reconocen —de manera más o menos específica— el derecho a la identidad.

En el plano internacional podemos mencionar en primer lugar la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada el 20 de noviembre de 1989, que reconoce en su artículo 7 el derecho de los niños a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, en la medida de lo posible; y en un artículo posterior compromete a los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad.

Un documento internacional que se pronuncia sobre el tema en cuestión de manera mucho más concreta, es la Declaración de Mónaco sobre Bioética y los Derechos del Niño, elaborada en el Coloquio Internacional del mismo nombre, en abril del año 2000. En dicha declaración la Asociación Mundial de Amigos de la Infancia reconoce expresamente el derecho a conocer el propio origen biológico, que sustentado sobre el principio de la verdad biológica, implica la posibilidad de indagar sobre la identidad del progenitor del niño adoptado y el derecho a conocer la identidad del donante de gametos en el caso de las técnicas de reproducción asistida. De acuerdo a este documento, toda persona tiene derecho a conocer quienes son sus verdaderos padres y, en su caso, como fue procreado. Si bien es cierto, dicha Declaración no tiene carácter vinculante, constituye un antecedente legislativo a tomar en cuenta.

En el ámbito nacional, si bien es cierto que el derecho a conocer el origen biológico no se encuentra reconocido de manera expresa, creemos que constituye una

manifestación concreta del derecho a la identidad consagrado en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución peruana de 1993. De otro lado, el Código de los Niños y Adolescentes siguiendo la línea de la Convención sobre los Derechos del Niño, también reconoce el derecho de los niños y adolescentes a conocer a sus padres y a ser cuidado por éstos, en su artículo 6.

Por lo tanto sobre la base de estos preceptos es que la ley que regule la IAD está en la obligación de reconocer expresamente el derecho a conocer el origen biológico de los niños nacidos bajo esta técnica.

Ahora bien, cabe resaltar que el principio de la verdad biológica encuentra como límite la propia estabilidad de la relación familiar, tanto en la que está insertado el hijo, como la propia del donante, quien, en ningún caso, buscó una paternidad, por la mera circunstancia biológica de ser progenitor. Por ello es necesario establecer que el conocimiento de la identidad personal del donante —a diferencia de la identidad genotípica— debe haber sido autorizado por el donante y su esposa, en caso de estar casado, al momento de efectuar su donación. De otro lado, dicho conocimiento no implica de modo alguno la generación de una relación paterno-filial. En consecuencia también le está negado al donador reclamar su paternidad por la pura cesión de gametos.

Estimamos que quien actúa como padre lo es, no desde una certidumbre biogenética, como en la fecundación por cohabitación, sino desde una convicción meramente voluntaria e institucional; por tanto, si bien no habrá identidad genética, la habrá sin duda familiar.

Podemos concluir afirmándonos en favor del conocimiento de las características genotípicas del progenitor, y en caso que el hijo lo solicitara conocer su propia identidad

personal, salvaguardando, en todo caso, la cuestión referida a la no responsabilidad paterno-filial de aquél.

4. ¿En caso que el hijo nacido de una IAD deseara conocer la identidad personal de su padre biológico, tiene derecho éste último a mantenerse en el anonimato?

Como hemos visto en los acápites anteriores, queda claro que el establecimiento de salud debe registrar una ficha médica del donante de gametos conteniendo todos aquellos datos respecto al cariotipo del dador, es decir, aquellas características genéticas, determinantes para conocer la información que ayude a corregir cualquier afección hereditaria o transmisión de anomalía genética en el hijo.

Asimismo, nos hemos afirmado a favor de la revelación de la identidad genotípica del donante ya que su conocimiento hace superar la crisis de identidad del hijo —concebido por una IAD— por ignorancia de su raíz genética, así como también se ayuda a la obtención de todos los informes posibles sobre su ascendencia genética y, con ello, se puede corregir mejor cualquier anomalía hereditaria que pudiera desencadenarse en el hijo.

Pero ante la posibilidad de que el hijo llegado a su mayoría de edad exija conocer no sólo la identidad genotípica de su dador sino además su identidad personal, se presenta el siguiente dilema: saber si el donante desea conocer el destino de su componente genético y por tanto a su hijo biológico.

Es evidente que si se reconoce expresamente el derecho del hijo biológico a conocer la identidad no sólo genotípica sino también personal de su donante, se desincentivaría la donación de gametos, ya que a nadie le gustaría exponerse a situaciones tan controversiales como conocer 18 años más tarde a hijos consanguíneos.

Además de ello, al desalentar la donación de gametos, muchas parejas corren el riesgo de no poder satisfacer su deseo de procreación. A nuestro modo de ver, consideramos adecuado optar por una postura que garantice en la medida de lo posible tanto el derecho del hijo biológico como de su dador. Por tal motivo, es que creemos que el padre biológico además de prestar su consentimiento para donar su esperma debe expresar si desea o no que su identidad personal le sea revelada a su hijo biológico en caso que éste último desee conocerlo al llegar a su mayoría de edad. En este segundo supuesto, para aceptar que su identidad personal sea revelada deberá contar con el consentimiento de su esposa si estuviere casado al momento de efectuar la donación. Ya que se trata de un hecho que puede afectar emocionalmente a la familia del donante.

Cabe anotar que la autorización para que su identidad personal sea revelada de ningún modo supondrá la posibilidad para el hijo o el propio donante, del ejercicio de ninguna acción de reclamación de la filiación paterna, puesto que supondría desnaturalizar la filosofía subyacente en la normativa que regula estas técnicas genéticas, que en ningún caso atribuye responsabilidades paterno-filiales al donante de gametos. A pesar de lo expresado líneas arriba no descartamos la posibilidad de que se presenten los llamados “casos difíciles” —mencionados por el jurista Manuel Atienza en el capítulo anterior— en el que la regla aludida líneas arriba sea obviada por disposición del Comité Nacional de Ética en un caso concreto en el que el derecho al anonimato del donante sea superado por el interés del propio hijo, siempre prevalente en la jerarquía de intereses en juego.

4.1. La postura del Proyecto sobre TERAS elaborado por el Dr. Varsi

Como venimos comentando a lo largo de éste capítulo, la postura adoptada por el único proyecto a la fecha existente sobre TERAS en nuestro país, es a favor del

anonimato del donador. Ni él ni su hijo biológico están en la posibilidad de conocerse ni siquiera en situaciones extremas. Así se establece en el artículo 38 del proyecto aludido que afirma que el cedente no podrá conocer el destino del material genético por él aportado y sólo podrá revocar su cesión en los casos en que, por comprobada esterilidad sobrevinida, precisase para sí los gametos cedidos. Seguidamente se establece que la revocación tendrá efectos siempre que el material genético esté disponible. Y finalmente se afirma que a la revocación no procederá la devolución por el cedente de los gastos originados al establecimiento receptor.

De esta manera se niega expresamente la posibilidad del donante de conocer el destino del material genético cedido.

5. ¿Cuál debe ser la regulación jurídica de la filiación frente a la paternidad formal y biológica?

Otro problema que planteamos en el proyecto de investigación respecto a la IAD fue el relativo a la institución de la filiación frente a la paternidad formal y biológica. A pesar que se trata de un tema ya resuelto de manera indirecta en los acápites precedentes, queremos acotar algunas razones de fondo que han llevado a la doctrina a dar preeminencia a la paternidad formal, antes que a la biológica.

Para argumentar dicha preferencia, los estudiosos del tema suelen partir reconociendo la diferencia que existe entre el papel del padre y el del progenitor. Mientras el primero asume —con expresa voluntad— dicha función social, aunque sanguíneamente el patrimonio genético del hijo no lleve su impronta; el segundo simplemente aporta el material genético sin pretender ninguna relación jurídico filial con el ser que nazca fruto de su donación de espermatozoides. En tal sentido, se afirma que debe hablarse del rol de padre, distinguiéndolo del de progenitor de la materia genética, que

no tiene intención alguna de asumir aquella función. Además de ello, el rol de padre responde a una realidad socioafectiva más relevante que la que ostenta el titular de la célula germinal.

En tal sentido puede argumentarse que su donación es un acto de suyo no exclusivo y determinante de la generación efectiva. En otras palabras, su donación de semen no comporta la responsabilidad natural del acto sexual, ni tampoco conlleva a la procreación de puro hecho en ese momento. Se trata más bien de un acto que por sí sólo es idóneo para la generación pero no la provoca. Es decir, que la donación no constituye un medio autosuficiente, individualmente considerado para desencadenar, por sí misma ninguna fecundación, sino que, por el contrario, se requiere de la manipulación humana exterior para elegir a la receptora idónea y producir la fecundación.

Una situación distinta es la que se presenta en el caso de la fecundación natural copulativa, en la que, prescindiéndose, de la voluntad de querer o no querer ser padre, la procreación ocurre, ya que el coito constituye el acto natural propio para desencadenar la fecundación. Es decir, que el sujeto cohabitante con su actuación pone —lo quiera o no— todos los medios necesarios para que la fecundación acontezca, de tal forma que, en ningún caso, colaboran terceras personas coadyuvando el proceso de fecundación.

Siguiendo este criterio de argumentación podemos afirmar que no es lo mismo la inseminación heteróloga, que la relación sexual casual y anónima con mujer desconocida. Ya que en éste último supuesto el varón involucrado ha puesto desde el primer momento todos los medios determinantes para desencadenar, como efecto casual, la procreación efectiva en mujer concreta y determinada. Como se puede apreciar se trata de circunstancias que no se producen en absoluto en la inseminación heteróloga, en la que el dador del gameto pone a disposición de un centro hospitalario

ad hoc su donación seminal para que se fecunde o no en una mujer elegida por el personal médico.

En consecuencia, la responsabilidad que se le imputa al que cohabita y fecunda a una mujer no puede ser la misma del donante que provee la semilla germinal para que un tercero, responsable médico, disponga o no de la misma para una hipotética procreación. En ese mismo sentido se manifiesta el jurista español Francisco Lledó Yagüe expresando lo siguiente:

“En el caso de la fecundación *vera copula*, la ejecución de la acción coital potencialmente procreante, intrínsecamente vendrá a desencadenar, *ad iuvante natura*, el proceso gestativo, en cambio, en la fecundación asistida heteróloga, el donante, con la ejecución de su acto, sólo posibilita o faculta que pueda ponerse en marcha el funcionamiento del programa, pero nada más, no lo desencadena sin más indefectiblemente” (1988).

El Dr. Lledó, menciona además el principio de auto responsabilidad. Citando a Trabucchi, afirma que el dador, en todo momento, permanece ajeno al empleo que otra persona hace de su donación y, por tanto, jurídicamente, no debe ser responsable, a *fortiori*, de la paternidad. Según Trabucchi, ello es así, porque falta el elemento de autor responsabilidad de los actos socialmente relevantes. Otra cosa sería si el productor del semen lo hubiera destinado a su mujer, o lo hubiera dedicado al contacto con la mujer que será madre (1988).

De otro lado, se afirma que el derecho debe respetar la posesión del estado de padre a quien en efecto de manera persistente ha ostentado con firmeza y sin interrupciones un comportamiento como padre. Se trata de un comportamiento que contribuye a la consolidación de la relación familiar. Consecuentemente, el cumplimiento continuo de las obligaciones paterno-filiales de quien no es el progenitor,

debe encontrar como respuesta legal el mantenimiento de la relación familiar constituida, ya que es el padre social el que consolidará la formación y desarrollo integral del hijo no biológico que quedará insertado en la relación familiar. Por ello es que en el caso específico de la IAD es necesario que el Derecho tome en cuenta que la relación de filiación debe ser disociada de su componente genético.

En reconocimiento a la trascendencia que la dimensión sociocultural y afectiva tiene en la vida del individuo es que no podemos reducir el concepto de paternidad a una consideración meramente biologizante.

En el mismo sentido se pronuncia el jurista italiano Donato Busnelli expresando lo siguiente:

“Finalmente, en cuanto al interés del *nasciturum*, la preocupación fundamental debería ser la de asegurar que desde el momento de la concepción exista al menos un adulto (que no es necesariamente un progenitor natural) responsable por su cuidado: la relación jurídica progenitor-hijo estará así fundada sobre un acuerdo voluntario, el progenitor natural que no asume la responsabilidad por el hijo deberá ser considerado como un prestador de servicios de procreación a favor de los progenitores sociales.” (2003: 286)

De otro lado, es evidente que el hijo nacido utilizando el recurso de la inseminación heteróloga dentro de un matrimonio, está amparado en la presunción de paternidad matrimonial, aunque ciertamente ésta resulte apócrifa, ya que de antemano se sabe que el esposo no es el progenitor del hijo que ha fecundado su cónyuge. Y ante la posibilidad de que el padre legal —que consintió la IAD— impugne la filiación matrimonial que ostenta el hijo, su pedido sería denegado ya que constituiría una clara actuación contra los propios actos.

A manera de conclusión podemos afirmar que tomando en cuenta el bienestar del menor, lo más adecuado es reconocer a los “padres sociales” como padres legítimos,

pues son ellos quienes estuvieron interesados en traer esa criatura al mundo, para incorporarla a su familia. En consecuencia el donante no tendría vinculación legal alguna con el menor.

5.1. La postura del Proyecto sobre TERAS elaborado por el Dr. Varsi

El Dr. Varsi atendiendo el criterio mayoritario de la doctrina, se pronuncia en el mismo sentido expresando en el artículo 37 del Proyecto sobre TERAS que cuando fuere necesaria la revelación de la identidad del cedente ello no implica la determinación legal de filiación. Siguiendo la misma línea el artículo 45 del mismo texto asevera que ni el marido ni la mujer, cuando hayan presentado su consentimiento previa y expresamente a determinada TERA con contribución de cedentes, podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido de dicha técnica de fecundación.

6. La Conformación de un Comité Nacional de Bioética

En atención a la serie de dilemas éticos que pueden presentar los casos concretos relacionados con los avances de las ciencias biológicas, es que al tiempo de exigir la regulación jurídica pertinente, nos permitimos sugerir la conformación de un Comité Nacional de Bioética, que se encargue de dar solución a los llamados “casos difíciles” en función a los principios y sub-principios estándares establecidos a nivel internacional por la doctrina que hay sobre Bioética.

Afortunadamente los primeros pasos encaminados a la conformación de este Comité ya han sido dados por el Colegio Médico del Perú, que en su Código de Ética profesional ha incluido los cuatro principios estándares de la Bioética. En ese sentido, se puede afirmar que es bajo el espíritu de dichos principios que los médicos en nuestro

país se deben conducir en la práctica profesional. Y ante situaciones que no se encuentren reguladas, deben recurrir a dichos principios para decidir en atención a las circunstancias específicas que cada caso presente.

Sin embargo, cabe señalar que la integración al Comité de Ética del Colegio Médico, de miembros con especialidades distintas a la de medicina, constituiría un gran paso hacia los Comités de Bioética. De esa forma los nuevos miembros podrían desde otros campos como la Filosofía, el Derecho, la Psicología y las Ciencias Biomédicas aportar perspectivas que enriquezcan la forma de abordar los llamados “casos difíciles” y aquéllos que carezcan de regulación.

En el caso específico de la IAD, el Comité de Bioética se encargaría de solucionar las interrogantes éticas que planteen las situaciones concretas en las que sea incluso necesario dar soluciones que escapen al marco legal establecido pero que obedezca a los principios que fundan la Bioética.

A priori no contamos con experiencias de casos difíciles solucionados por los Comités de Ética de otros países relacionados específicamente con la Inseminación Artificial Heteróloga. Pero por lo menos en teoría sí hemos planteado un dilema que escapa a la solución legislativa y que debe ser resuelto tomando en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto. Nos referimos al supuesto en el que el hijo producto de una IAD en atención a razones extraordinarias —puede tratarse de su última voluntad antes de morir— tenga el intenso deseo de conocer la identidad personal de su padre biológico, quien al momento de efectuar la donación de su esperma no prestó su consentimiento para que su identidad personal le fuera revelada a su hijo biológico. Al parecer, en circunstancias como éstas, le estaría permitido al Comité de

Bioética, desobedecer la voluntad de mantenerse en el anonimato del donante a favor de la voluntad del hijo de conocer a su padre biológico.

6.1. La postura del Dr. Enrique Varsi

La conformación de un Comité Nacional de Bioética no ha pasado desapercibido para el Dr. Varsi quien consciente de su necesidad ha establecido en el artículo 72 del Proyecto sobre TERAS, la creación del Comité Nacional de Ética para la reproducción humana asistida y la genética.

Sin embargo, en consideración al principio de igualdad, creemos que no es necesaria la alusión expresa a la Iglesia Católica como integrante del futuro Comité Nacional de Ética.

Con el afán de ser equitativos y no realizar diferencias, consideramos que la ley debe expresar que el Comité estará integrado además, por dos representantes de las dos religiones mayoritarias en nuestro país.

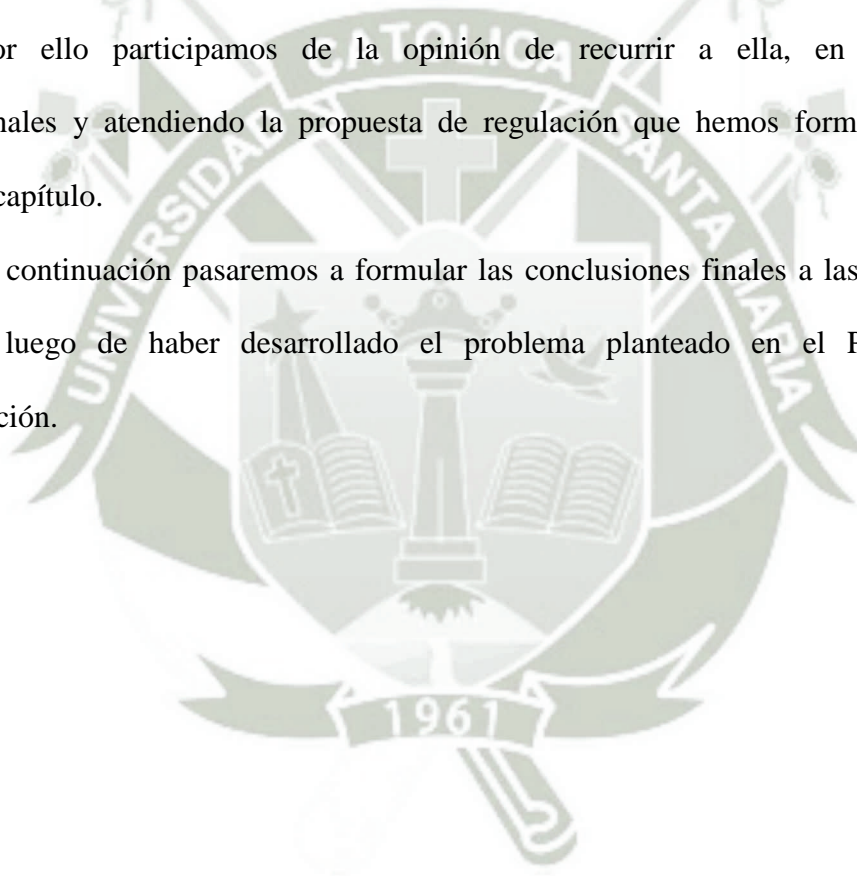
7. Implicancias y consecuencias de la práctica de la Inseminación Artificial Heteróloga en el Perú

Como hemos podido apreciar a lo largo del desarrollo de este último capítulo, la práctica de la Inseminación Artificial Heteróloga en nuestro país, acarrea la necesidad de dar una respuesta jurídica a las interrogantes que surgen en torno a ella y que hemos desarrollado en los acápites precedentes.

A partir de estas consideraciones es que somos de la opinión de que la Inseminación Artificial Heteróloga debe constituir una técnica de reproducción asistida a la que se debe recurrir en última instancia cuando han sido agotados todos los demás medios para hacer posible la fecundación. Ello en atención a la situación particular y ciertamente conflictiva en la que se coloca al concebido bajo dicha técnica. Tener una paternidad formal y otra real no es algo a lo que usualmente las personas estamos acostumbradas. Por el contrario, constituye una situación especial que en cierta manera puede generar conflictos de identidad al concebido por esta técnica.

Por ello participamos de la opinión de recurrir a ella, en situaciones excepcionales y atendiendo la propuesta de regulación que hemos formulado en el presente capítulo.

A continuación pasaremos a formular las conclusiones finales a las que hemos arribado luego de haber desarrollado el problema planteado en el Proyecto de Investigación.



CONCLUSIONES

PRIMERA: A pesar que algunas técnicas de Reproducción Humana Asistida se vienen realizando en nuestro país desde hace una década a cargo de clínicas privadas, no existe una regulación jurídica orgánica que legisle su desarrollo ni el de los demás avances científicos que involucran los campos de las ciencias médicas y la Bioética, salvo la consignación de un artículo estipulado en la Ley General de Salud, Ley 26842 que se manifiesta escuetamente sobre el tema, reconociendo el derecho a acceder al uso de las técnicas de reproducción asistida de manera limitada.

SEGUNDA: En cuanto a los requisitos para recurrir a la Inseminación artificial Heteróloga, dadas las implicancias jurídicas y psicológicas que acarrea la disociación del rol de progenitor y padre formal con esta práctica, sólo se accederá luego de haber agotado la inseminación artificial homóloga e incluso la Fecundación Extracorpórea Interconyugal o ante la existencia de un grave riesgo de transmisión de tara hereditaria. El consentimiento tanto de la mujer como de su pareja se otorgará en documento público, para que pueda servir como título de determinación legal de la filiación.

TERCERA: En cuanto al donante, son requisitos indispensables que se someta a un examen previo que acredite que se encuentra libre de enfermedades infecciosas, hereditarias y/o genéticas transmisibles, así como sus características fenotípicas; que sea mayor de edad y goce de plena capacidad de ejercicio. Por la donación de su material genético tendrá derecho al

reembolso, por parte del Banco de Material Genético, de los gastos en que hubiere incurrido y finalmente, antes de prestar su consentimiento para donar, será informado correctamente de las consecuencias de su acto.

CUARTA: En cuanto a los datos del donante consideramos que la confidencialidad del mismo no implica su anonimato. Siguiendo la postura vanguardista, en este tema, de países como Suecia, Suiza y Austria, reconocemos el derecho del concebido por una Inseminación Artificial Heteróloga, a que se le informe sobre su origen biológico y la identidad fenotípica de su padre biológico al llegar a la mayoría de edad.

QUINTA: Respecto al derecho del donante de conocer el destino de su componente genético y si fuera el caso conocer a su hijo biológico, procederá siempre y cuando el donante y su esposa hayan prestado su consentimiento al momento de efectuar la donación, para conocer al hijo biológico. Pero además se requiere que el hijo biológico al llegar a la mayoría de edad, exija no sólo conocer la identidad fenotípica de su padre biológico sino además su identidad personal.

SEXTA: La donación de semen de ninguna manera implica la generación de relación jurídica paterno-filial alguna. El Derecho respetará la posesión del estado de padre a quien en efecto manifestó la voluntad de asumir la paternidad real y hacerse cargo de la formación y desarrollo integral del hijo no biológico. Así se reconoce la trascendencia que tiene en la vida del individuo, la dimensión sociocultural y afectiva y no se reduce el concepto de paternidad a una consideración meramente biológica.

SÉTIMA: La práctica de la Inseminación Artificial Heteróloga acarrea una serie de consideraciones no sólo jurídicas, sino y sobre todo, éticas y psicológicas que no deben descuidarse al momento de regular el ejercicio de esta técnica.

SUGERENCIAS

- PRIMERA:** Sobre la base de las conclusiones a las que hemos arribado en el presente trabajo, consideramos necesaria la regulación jurídica inmediata —en nuestro país— tanto de la Inseminación Artificial Heteróloga como de las demás técnicas de reproducción asistida.
- SEGUNDA:** Para la regulación de la Inseminación Artificial Heteróloga, se deben tomar en cuenta los principios de la Bioética determinados por la doctrina internacional, los aportes del Derecho comparado y el esquema dentro del cual está enmarcada dicha técnica en nuestro país, es decir, el artículo 7 de la Ley General de Salud.
- TERCERA:** El proyecto de regulación de Técnicas de Reproducción Asistida, no debe consignar el consentimiento de la pareja del donante como requisito indispensable para que proceda la donación de gametos, puesto que se trata de un acto que no acarreará consecuencia jurídica alguna ni perjuicio a su pareja o su familia. El consentimiento de la pareja del donante será requerido para aceptar que la identidad personal de su esposo le sea revelada al hijo biológico, en caso que éste último así lo pidiera al obtener la mayoría de edad.

- CUARTA:** A fin de evitar causar perjuicios a los niños concebidos bajo dicha técnica, se deben promover campañas educativas orientadas a no discriminar a los seres humanos por su origen biológico y su información genética.
- QUINTA:** Al tiempo de exigir la regulación jurídica pertinente, creemos necesaria la conformación de un Comité Nacional de Bioética interdisciplinario que se encargue de formular dictámenes y elaborar soluciones a los problemas de naturaleza ética y jurídica ligados al progreso de la investigación científica y su aplicación. El aludido Comité estaría integrado por profesionales provenientes del campo de la Medicina, la Filosofía, el Derecho, la Psicología y las Ciencias Biomédicas. En el caso específico de la Inseminación Artificial Heteróloga, el Comité de Bioética se encargaría de dar solución a los llamados “casos difíciles” que se planteen de manera concreta en función a los principios y sub-principios estándares de la doctrina internacional de Bioética.
- SÉXTA:** Sugerimos tomar en cuenta el proyecto de Ley sobre Inseminación Artificial Heteróloga que nos hemos permitido elaborar y anexar a continuación.

PROYECTO DE LEY DE REGULACIÓN DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN EL PERÚ

PROYECTO DE LEY Nro. 450

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

FUNDAMENTOS

Los avances de la ciencia y la tecnología en el campo de la Biología, durante los últimos tiempos, están transformando de manera sustancial los elementos esenciales de la vida y la reproducción, al tiempo que están ofreciendo al ser humano una serie de posibilidades nunca antes imaginadas.

Hoy en día, por ejemplo, es posible lograr el control de la propia naturaleza, la eliminación de enfermedades, la creación de seres “perfectos”, la predicción de las enfermedades que una persona sufrirá, gracias a su información genética. Sin embargo, estas técnicas espectaculares al tiempo que abren la posibilidad de mejorar la calidad de vida de los seres humanos, también presentan situaciones que eventualmente podrían colocar en riesgo la integridad y la dignidad del ser humano. De ahí la necesidad de que intervenga el Derecho a fin de brindar un marco legal adecuado para proteger al ser humano, así como reordenar sus estructuras y postulados para estar a la altura de los avances científicos.

En el caso del Perú, desde hace más de una década se vienen realizando en clínicas privadas algunas Técnicas de Reproducción Humana Asistida específicamente la Inseminación artificial homóloga y heteróloga. Lamentablemente éstas prácticas no cuentan con una regulación jurídica orgánica que legisle su desarrollo.

Únicamente se cuenta con un artículo consignado en la Ley General de Salud Nro. 26842 que establece 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 recaiga sobre la misma persona y se cuente con el consentimiento previo y escrito de los padres biológicos. Seguidamente, se

prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

A pesar que esta Ley ha sido promulgada hace ya ocho años, no existe un reglamento que establezca los requisitos y las condiciones para acceder a dichas técnicas, ni mucho menos las consecuencias jurídicas de dichas prácticas.

En el caso específico de la Inseminación Artificial Heteróloga —que es la práctica que mayores dificultades acarrea por intervenir un donante ajeno a la pareja que desea procrear— no se han establecido de manera clara y precisa los requisitos para recurrir a ella, tanto para la pareja como para el donante, no hay pronunciamiento alguno sobre la conveniencia o no de recurrir al uso de ésta técnica, no se sabe si el concebido tiene derecho a conocer su origen biológico y su identidad genética, si el donante tiene derecho a conocer a su hijo biológico, tampoco se habla de las consecuencias de generar una paternidad formal y otra real para el concebido y finalmente no se establece cómo debe regularse la institución de la filiación en este caso.

Por lo que se hace necesario cubrir el vacío legal existente proveyendo la regulación jurídica necesaria que garantice los derechos de todas las personas que intervienen en la práctica de la Inseminación Artificial Heteróloga en nuestro país.

Fórmula Legal

Texto del Proyecto

Se propone el siguiente proyecto de ley de regulación de la Inseminación Artificial Heteróloga en el Perú:

CONSIDERANDO:

QUE el artículo 7 de la Ley General de Salud, Ley 26842, establece 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 recaiga sobre la misma persona;

QUE para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos;

QUE el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Perú reconoce expresamente el Derecho a la Identidad;

QUE no existe regulación jurídica alguna que establezca los requisitos y condiciones para acceder a la práctica de la Inseminación Artificial Heteróloga, ni tampoco las consecuencias jurídicas que se derivan de dicha practica.

POR LO EXPUESTO:

El Congreso de la República ha aprobado la presente Ley:

TÍTULO UNICO

CAPÍTULO I

Ámbito de Aplicación

Artículo 1.- Para esta ley se entenderá por técnicas de reproducción humana asistida (teras) aquellas realizadas con asistencia cuyo fin es la procreación prescindiendo del acto coital de la pareja beneficiaria.

Artículo 2.- La presente Ley regula los derechos del concebido y la aplicación de la Inseminación Artificial Heteróloga en los casos de infertilidad comprobada.

Artículo 3.- Para esta ley se entenderá por Inseminación Artificial Heteróloga a aquélla técnica mediante la cual se provoca técnicamente el encuentro del espermatozoides proveniente de un tercero con el óvulo de una mujer dentro de su mismo cuerpo. Es decir, que los componentes genéticos del embrión son el óvulo de la mujer casada y el espermatozoides de un donante.

CAPITULO II

De la pareja beneficiaria de la Inseminación Artificial Heteróloga (IAD)

Artículo 4.- Se entenderá por pareja beneficiaria al matrimonio o unión de hecho que padeciendo esterilidad médicamente comprobada o ante la existencia de patologías o disfunciones impiden procrear un hijo en forma natural.

Artículo 5.- Las parejas beneficiarias deberán ser capaces, gozar de buena salud psicofísica y la mujer no haber iniciado la etapa menopáusica, al momento de acceder a la IAD.

Artículo 6.- Son requisitos para que la pareja acceda a la IAD los siguientes:

1. La infecundidad de la pareja (no superable ni siquiera con la FEC) o la existencia de un grave riesgo de transmisión de tara hereditaria
2. Que el consentimiento sea otorgado de manera libre, consciente, expresa, por escrito y en documento público, para que pueda servir como título de determinación legal de la filiación. El consentimiento podría ser, siempre, revocado antes de practicar la inseminación, pero no *a posteriori*, cuando ya se hubiere procedido a la concepción.

Artículo 7.- La Inseminación Artificial Heteróloga sólo se aplicará cuando existan posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.

Artículo 8.- La mujer receptora de estas técnicas podrá interrumpir la evolución de las mismas, siempre que no se haya producido la concepción del embrión.

Artículo 9.- El centro sanitario deberá mantener la historia clínica de cada pareja beneficiaria que solicite el acceso a las teras, debiendo contener:

1. La constancia médica fehaciente de la imposibilidad de concebir un hijo por medios naturales.
2. El estado civil.
3. La relación de todas las técnicas y métodos de fertilización practicados con anterioridad y los resultados obtenidos.
4. El consentimiento.

Artículo 10.- La historia clínica será tratada con total y absoluta reserva, con estricto secreto de la identidad de los donantes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que ocurran en el origen de los hijos engendrados con su utilización.

CAPITULO III

De los Derechos del Concebido

Artículo 11.- El concebido por una Técnica de Inseminación Artificial Heteróloga goza de los siguientes derechos esenciales:

1. A la vida.
2. A la identidad.
3. A ser procreado y a nacer dentro de una familia.
4. A la individualidad biológica.
5. A la integridad psicosomática.
6. A una familia.
7. A ser tratado en iguales condiciones que los niños nacidos de manera natural.
8. A no ser objeto de manipulación genética que no tenga un fin estrictamente terapéutico.

Artículo 12.- Además de los derechos arriba enunciados se le reconoce al hijo nacido de dicha técnica de fecundación, el derecho a conocer su origen biológico y la identidad genotípica de su padre biológico y en caso lo requiriera su identidad personal siempre y cuando el donante y su esposa hayan prestado dicho consentimiento al momento de efectuar la cesión del material genético.

Artículo 13.- La enumeración precedente es enunciativa y no implica la negación de otros derechos y garantías considerados o no en otros cuerpos legales.

CAPITULO IV

De los Bancos y Donantes

Artículo 14.- Se autoriza la creación de bancos de material genético humano que funcionarán en los establecimientos asistenciales.

Artículo 15.- Los bancos recibirán el material genético a título de donación. Los donantes tendrán derecho al reembolso de los gastos incurridos para efectuar dicho acto. En ningún caso podrá ser onerosa, ni tener carácter lucrativo ni comercial.

Artículo 16.- Son requisitos y condiciones para ser donante de esperma los siguientes:

1. El sometimiento a determinados exámenes médicos que acrediten que se encuentra libre de enfermedades infecciosas, hereditarias y/o genéticas transmisibles, así como las características del esperma donado.
2. Que sea mayor de edad y se encuentre en pleno goce de su capacidad de ejercicio.

Artículo 17.- La donación se debe formalizar por escrito, con carácter formal y secreto entre el establecimiento asistencial y el donante quien previamente será informado de los fines, consecuencia y características del acto y de la práctica médica de la IAD.

Artículo 18.- La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la IAD. Se debe garantizar que el donante tenga la misma similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar.

Artículo 19.- La utilización de su esperma debe restringirse sólo a tres mujeres. Los centros autorizados adoptarán las medidas oportunas para evitar que nazcan más de tres hijos de un mismo donante.

Artículo 20.- Si el donante fuere casado o concubino, siguiendo el criterio empleado por la Ley de Donación de órganos y tejidos, no se requerirá del consentimiento de su pareja para proceder a la donación.

Artículo 21.- La identidad personal del donante podrá ser revelada siempre y cuando haya prestado junto a su esposa, el consentimiento para ello, al momento de efectuar la donación de material genético y sólo si el hijo biológico al llegar a la mayoría de edad decida conocerlo.

Artículo 22.- La revelación de la identidad personal del donante no implica la determinación legal de filiación.

Artículo 23.- El donante sólo podrá revocar su donación en los casos en que, por comprobada esterilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados. La revocación tendrá efectos siempre que el material genético esté disponible. A la revocación no procederá la devolución por el donante de los gastos originados al establecimiento receptor.

CAPÍTULO V

De la Filiación

Artículo 24.- Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento previa y expresamente para la práctica de la Inseminación artificial con contribución de donantes, podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido de dicha técnica de fecundación.

Artículo 25.- Aunque la IAD haya sido practicada sin el asentimiento del marido se presumirá su paternidad, quedando abierta la acción contestatoria.

CAPÍTULO VI

Del Comité Nacional de Bioética

Artículo 26.- Se crea el Comité Nacional de Bioética Interdisciplinario que se encargará de formular dictámenes y elaborar soluciones a los problemas de naturaleza ética y jurídica ligados al progreso de la investigación científica y su aplicación. El Comité estará integrado por un representante del Ministerio de Salud, un representante del Colegio Médico, un representante del Colegio de Abogados, un representante del Colegio de Psicólogos, un profesional de reconocida trayectoria del área de Filosofía del Derecho, dos representantes de las sociedades científicas vinculadas con la Biomedicina y la Biotecnología y dos representantes de las dos religiones mayoritarias en nuestro país.

DISPOSICION ÚNICA.- La presente ley específica sobre la Inseminación Artificial Heteróloga se regirá en los aspectos no regulados por las disposiciones establecidas en la ley general sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

BIBLIOGRAFIA

ATIENZA, Manuel

- 2004 *Bioética, Derecho y Argumentación Jurídica*, Lima – Bogotá: Palestra Editores S.A.C. y Editorial Temis S.A.

BUSTÍOS ROMANÍ, Carlos

- 1990 *Genética*, 1ª edición, Lima: Universidad “Inca Garcilazo de la Vega”

CASTAÑO DE RESTREPO, MARÍA PATRICIA Y ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA (EDS)

- 2004 *Derecho, Genoma Humano y Biotecnología*, Bogotá: Editorial Temis S.A.

DONATO BUSNELLI, Francesco

- 2003 *Bioética y Derecho Privado*, Traducción de Olenka Wollcott Oyague y Nélvor Carreteros Torres, Lima: Editora Jurídica Grijley.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos

- 1990 *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, 1ª edición, Lima: Universidad de Lima
- 1992 *Derecho de las Personas*, 5ª edición, Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores.

GONZALES MANTILLA, Gorki

- 1996 *La Consideración Jurídica del Embrión In Vitro*, 1ª edición, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

GROS ESPIELL, Héctor

- 2005 *Ética, Bioética y Derecho*, Bogotá: Editorial Temis S.A.

LLEDÓ YAGUE, Francisco

1988 *Fecundación artificial y Derecho*, Madrid: Editorial Tecnos

MENESES CARO, DARIO

2003 *Derecho de las Personas*, Lima: Universidad Inca Garcilazo de la Vega.

PLACIDO V., Alex F.

2003 *Filiación y Patria Potestad*, 1ª edición, Lima: Gaceta Jurídica S.A:

RUBIO CORREA, Marcial

1995 *El ser Humano como persona Natural*, 2ª edición, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SOTO LAMADRID, Miguel Angel

1990 *Biogenética, filiación y delito*, Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Palma.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique

2001 *Derecho Genético*, 4ª edición, Lima: Editora Jurídica Grijley.

1998 *Filiación, Derecho y Genética*, 1ª edición, Lima: Fondo de Cultura Económica – Perú.

2001 *Derecho Médico Peruano*, 1ª edición, Lima: Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima.

2001 *Derecho Genético*, 3ª edición, Lima: Editorial San Marcos.

VEGA MERE, Yuri

2003 *Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia*, 1ª edición, Trujillo: Editora Normas Legales S.A.C.

VILLARÁN, Alonso

2003 *Principio de Simetría y no arbitrariedades aplicados en el derecho genético*, 3ª edición, Lima: Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima.



Anexos

ANEXO I: GLOSARIO

Bioética	Término acuñado para designar los problemas éticos planteados por los avances en las ciencias biológicas y médicas. Es la disciplina encargada de dar respuesta a las interrogantes que la ciencia nos plantea y establecer el “deber ser” del derecho aplicado a las ciencias médicas
Blastocisto	Célula embrionaria indiferenciada.
Blastómeros	Cualquiera de las células formadas durante las primeras segmentaciones del huevo fecundado en la embriología animal.
Célula	Unidad estructural y funcional de todos los organismos vivos. Está rodeada por una membrana y consiste en el citoplasma y núcleo.
Células Estaminales	También conocidas como células madres, troncales o germinales-, son células maestras que tienen la capacidad de transformarse en otros tipos de células, incluidas las del cerebro, el corazón, los huesos, los músculos y la piel. Se encuentran en el cordón umbilical, la placenta, la médula ósea y en los embriones humanos de sólo días de concebidos. A este tipo de células se les llama pluripotenciales porque pueden convertirse en prácticamente cualquier órgano y permiten al embrión desarrollarse y convertirse en un cuerpo totalmente formado. Es por ello que, teóricamente, si se aprende cómo hacerlas crecer y las manipulan, se podrían originar tejidos u órganos nuevos en el laboratorio para implantarlos en pacientes y curar enfermedades.
Célula Parental	Célula original de la que se derivan células descendientes genéticamente idénticas.

Célula Troncal

Cualquier célula que tiene la doble capacidad de dividirse ilimitadamente y de dar lugar a diferentes tipos de células especializadas. De acuerdo con esta segunda capacidad, las células troncales pueden ser totipotentes, pluripotentes y multipotentes en razón a su mayor o menor versatilidad o potencialidad.

Existen varias clases de células troncales (células troncales embrionarias, células troncales germinales embrionarias, células troncales adultas) cuya eficacia en el establecimiento de cultivos de tejidos en el laboratorio y sus valoraciones éticas y jurídicas son diferentes.

Cigoto

Célula producida por la unión de dos células sexuales maduras (gametos) en el proceso de reproducción. También es utilizado en genética para designar al individuo que se desarrolla a partir de este tipo de célula.

Citoplasma

Parte fundamental de la célula que rodea al núcleo.

Clonación

La clonación puede ser Reproductiva y no Reproductiva. La primera presenta dos clases: por gemelación y por transferencia de núcleos, ésta última se puede dar con fines terapéuticos para obtener células troncales y cabe la posibilidad de que se dé con fines de reproducción que viene constituir la clonación propiamente dicha de seres humanos, prohibida a nivel internacional.

La clonación no reproductiva está orientada a la clonación de líneas celulares y puede servir para establecer un cultivo de tejidos y si es posible de órganos, la autorización para ser practicada aún está siendo discutida.

Derecho Genético

Es una rama esencialmente técnica del Derecho que estudia los efectos de los avances biocientíficos sobre el hombre con la finalidad de predeterminedar la relación jurídica biotecnológica y normarla desde los aspectos sustantivo, adjetivo, administrativo y punitivo. Esta rama se encarga de estudiar y normar todas aquellas actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición génica de los seres humanos. Se dice que es un apéndice del Derecho médico y de la Bioética debido a que estudia una parte muy

especializada de ambas ramas: la referida a la repercusión jurídica de la biotecnología, la procreática y la genómica (Varsi, [1982] 2001).

Embriones Supernumerarios

Se les llama embriones supernumerarios a los óvulos fecundados que sobraron en la práctica de la fecundación *in vitro*. Son conservados por si la pareja quiere en el futuro volver a tener un hijo mediante FIV. Por cada embrión implantado, hay 5 o mas que quedan en “lista de espera” y el único modo de conservarlos es mediante su congelación.

Gametos

Células especializadas en cumplir un papel en el proceso de reproducción. Son las células reproductoras. El gameto masculino se llama *espermatozoide* y el femenino *óvulo*

Genoma

Juego completo de cromosomas con sus respectivos genes. Es el código genético particular distinto e individualizado que cada ser humano lega a sus descendientes.

Identidad personal

Está compuesta por la identidad genética, la identidad fenotípica y la sociocultural.

Identidad genotípica

Identidad genética.

Identidad fenotípica

Es el conjunto de rasgos distintivos morfológicos, fisiológicos y de comportamiento o de la personalidad. El fenotipo resulta de la expresión del genotipo en interacción con los factores ambientales. Por ello, la identidad genética común de los gemelos monocigóticos no implica identidad fenotípica ya que conforme los gemelos vivan su propia existencia adquirirán una identidad fenotípica propia.

Inseminación Artificial:

Técnica mediante la cual se toma del espermatozoide masculino el semen necesario para introducirlo mediante una cánula en el útero de la mujer.

Ovocitos

Los ovocitos u óvulos son las células sexuales femeninas que se localizan dentro de los ovarios, en unos folículos, de aproximadamente 2 cm. de diámetro.

ANEXO II: PLAN DE TESIS

1. Tema

La necesidad de regular la Inseminación Artificial Heteróloga en el Perú.

2. Introducción

El Derecho Civil presenta instituciones sólidas que tienen su origen en el Derecho Romano, de ésta valiosa fuente jurídica provienen axiomas como “*mater semper certa est*”, la madre siempre es cierta o “*pater is quem nuptiae demonstrat*”, el padre es quien demuestra estar casado. Postulados como los precedentes han permanecido inamovibles por siglos, sin embargo, con el avance de la ciencia hasta los juristas más visionarios han quedado perplejos ante las novísimas posibilidades que la genética nos brinda trastocando los principios romanos.

En la actualidad la revolución biológica esta haciendo posible la fecundación de seres humanos recurriendo a medios distintos a los naturales, es decir, prescindiendo de la cohabitación conyugal. Dentro de estas nuevas formas de concepción humana denominadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida, tenemos: la Inseminación Artificial Homóloga, la Heteróloga, la Fertilización *in Vitro*, la Maternidad Alquilada y la Clonación.

Ya son varios los países que apelando al Derecho para regular estas nuevas situaciones, cuentan con legislaciones de avanzada, sin embargo, la forma en que han enfocado la ciencia biomédica y su relación con la dignidad de los seres humanos ha sido variada. Dos son las tendencias legislativas claramente marcadas: aquélla que hace prevalecer el desarrollo científico en aras de elevar la calidad de vida de los seres humanos y la otra que protege al concebido imponiendo drásticas sanciones a la manipulación genética.

3. Planteamiento del Problema

En el caso del Perú, a pesar que algunas Técnicas de Reproducción Humana Asistida se vienen realizando desde hace una década (específicamente la Inseminación artificial homóloga y heteróloga) a cargo de instituciones privadas; no existe una regulación jurídica orgánica que legisle su desarrollo. Un artículo aislado y consignado en la Ley General de Salud Nro. 26842 plantea la postura del Estado peruano frente a dichos temas expresando lo siguiente:

“Artículo 7.- 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 recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.
Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.”

A pesar que esta Ley ha sido promulgada hace ya ocho años, el Estado aún no ha reglamentado la normativa que se requiere para que las parejas accedan a dichas técnicas dentro de un marco jurídico que les garantice la plena tutela de sus derechos y no los desampare frente a las consecuencias y conflictos jurídicos derivados de estas prácticas.

A la fecha un Anteproyecto de Ley sobre las Técnicas de Reproducción Asistida presentado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, espera desde hace varios años ser promulgado por el Congreso. A pesar que reconozco los méritos de esta iniciativa, considero que la ausencia de posturas distintas a la presentada —como ha sido el caso en otros países— me permite entrever que falta mucho por recorrer en el debate y maduración de posturas al respecto, con la finalidad de escoger aquélla que mejor garantice los derechos de todos los que intervienen en dichas prácticas. Su regulación jurídica inevitablemente dependerá de un tema transversal que fluye en todos estos delicados asuntos, me refiero a la Ética, que relacionada a cuestiones de la ciencia biomédica, se ha hecho común denominarla Bioética.

Reflexionar y determinar una postura frente a éstos temas tan intrincados y delicados a la vez, me llevó a limitar mi investigación únicamente a la Inseminación

Artificial Heteróloga en el Perú por constituir la práctica más cercana a nuestra realidad. En ésta técnica interviene un tercero que en calidad de donante otorga sus espermatozoides para que una pareja pueda concebir y satisfacer su deseo de tener descendencia. Un hecho como éste implica determinar bajo qué criterios se deben establecer los requisitos para recurrir a ella, la conveniencia o no de recurrir al uso de ésta técnica, si el concebido tiene derecho a conocer su identidad genética, si el progenitor tiene derecho a conocer a su hijo biológico, las consecuencias de generar una paternidad formal y otra real para el concebido y finalmente como tratar la institución de la filiación en este caso.

4. Descripción del Problema

4.1. Área de Conocimiento

El problema a investigarse se encuentra ubicado en:

Campo : Ciencias Jurídicas
Área : Derecho Civil – Familia
Línea : Inseminación Artificial Heteróloga.

4.2. Análisis de las Variables del Problema

De los objetivos y de las preguntas de la investigación se deduce el sentido de la variable que constituye el eje de nuestra investigación:

Variable Única: Regulación de la Inseminación Artificial Heteróloga

4.3. Indicadores

- a) Legislación Internacional
- b) Antecedentes legislativos nacionales
- c) Principios de Bioética

Relacionados con: Técnicas de Reproducción Humana Asistida
Inseminación Artificial Homóloga
Inseminación Artificial Heteróloga
Paternidad Formal
Paternidad Biológica
Filiación Formal
Filiación Biológica

4.4. Interrogantes Básicas

A fin de alcanzar los objetivos propuestos, intentaremos responder a las siguientes preguntas de investigación:

1. ¿Sobre la base de qué criterios se deben establecer los requisitos para recurrir a la Inseminación artificial Heteróloga?
2. ¿Tiene el concebido derecho a conocer su identidad genética y su origen biológico?
3. ¿Tiene derecho el padre biológico a conocer a su hijo o debe primar el principio de reserva y secreto de la identidad del donante?
4. ¿Se afecta algún derecho del concebido al generar esta práctica una paternidad formal y otra real?
5. ¿Cómo se debe regular la institución de la filiación al hablarse de una filiación formal y otra biológica?
6. ¿Qué propone respecto a estas interrogantes el Anteproyecto de Ley sobre las Técnicas de Reproducción Asistida presentado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima?
7. ¿Cómo han sido regulados estos temas en la legislación comparada?

4.5. Tipo y Nivel de Investigación

Por el tiempo	: Longitudinal
Por su finalidad	: Aplicada
Por el ámbito	: Documental
Por el nivel de profundización	: Descriptiva / explicativa

4.6. Justificación

El análisis del problema planteado se justifica debido a que el vacío legislativo deja sin protección el derecho de las mujeres a acceder a la procreación asistida en los establecimientos de salud del Estado. Y en el caso del concebido por medio de esta técnica, los derechos a conocer su origen genético, su identidad biológica, acceder a la filiación y a la paternidad. En tal sentido el Estado peruano no puede dejar de tutelar los

derechos que se derivan de la dignidad de las personas que intervienen en dicha práctica. Incluso la ausencia de regulación jurídica puede dar lugar al abuso de ésta técnica en desmedro del respeto que se debe al ser humano.

Es actual debido a que en nuestro país la Inseminación Artificial Heteróloga se viene dando desde hace más de una década –en clínicas particulares- sin contar con una regulación jurídica que establezca los derechos y deberes de las personas que intervienen en dicha práctica. Pero además de ello, es un tema actual en razón de la revolución científica que estamos viviendo y que cada vez pone al alcance de todos, la posibilidad de generar vida humana por medios distintos a los naturales.

Asimismo, reflexionar respecto a las consecuencias jurídicas que acarrea la Inseminación Artificial Heteróloga en nuestro país permitiría aportar al debate nacional –que ya se ha iniciado hace algunos años- con un enfoque particular sobre como proteger los derechos de cada una de las personas que en la actualidad intervienen en dicha práctica.

4.7. Objetivos de la Investigación

Objetivo General: Plantear la necesidad de regular la Inseminación Artificial Heteróloga en el Perú para llenar el vacío legislativo existente.

Objetivos Específicos:

- a) Determinar los requisitos que se deben establecer para recurrir a la Inseminación artificial Heteróloga en el Perú.
- b) Analizar si el concebido tiene derecho a conocer su identidad genética y su origen biológico.
- c) Establecer si el padre biológico tiene derecho a conocer a su hijo o si debe primar el principio de reserva y secreto de la identidad del donante.
- d) Definir la regulación jurídica que debe seguir la institución de la filiación, tomando en cuenta que existe una paternidad formal y otra biológica.

5. Hipótesis

Principio: Dado que la Inseminación Artificial Heteróloga constituye una práctica que se vienen realizando desde hace una década en nuestro país sin contar con la legislación pertinente;

Hipótesis: Es probable que se requiera contar con la regulación jurídica adecuada para garantizar los derechos de las personas que recurren a dichos métodos.

6. Marco Operacional

Campo de Verificación:

Ubicación Espacial: Perú
Ubicación Temporal: Año 2005
Unidades de Estudio: Código Civil Familia
Ley General de Salud
Anteproyectos de Ley sobre Fecundación Asistida

7. Antecedentes Investigativos

7.1. En el ámbito nacional: Como antecedente a la realización de esta investigación, podemos comentar que desde 1991 el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, se ha propuesto trabajar en la revisión del Código Civil vigente y de esta manera proponer ante el Congreso un Anteproyecto de Ley de Enmiendas con el objetivo de mejorar este cuerpo legal. Al ser presentados los resultados de la investigación al Congreso se nombró una Comisión Especial encargada de revisar y reestructurar la propuesta. A pesar que dichos aportes no lograron concretarse, en su afán de contribuir con el Derecho, el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima determinó, entre otros aspectos, la urgente necesidad de regular los avances de la genética en nuestro país. Por tal motivo le fue encargada al Dr. Enrique Varsi Rospigliosi la elaboración de un Anteproyecto de Ley sobre Fecundación Asistida, la misma que se realizó en los años 1995 y 1996.

En cuanto a la regulación de la Inseminación Artificial Heteróloga, a pesar que dicho documento reconoce el derecho del concebido a conocer su origen biológico, en

artículos posteriores se estipula que la identidad de los donantes debe mantenerse en estricto secreto y que excepcionalmente su identidad podrá ser revelada por orden judicial en casos de comprobado peligro para la vida del hijo o del embrión o para esclarecer un delito. Sin embargo, la revelación de dicha identidad está restringida al ámbito médico terapéutico y/o judicial, no admitiéndose la publicidad de la identidad del donante.

Ciertamente no queda muy claro como podría entonces el concebido ejercer el derecho a conocer su origen biológico ni tampoco en que casos debería proceder o si el donante tiene derecho a conocer a su hijo biológico. El silencio sobre estos aspectos tan delicados, motivaron mi interés por profundizar en dichas cuestiones intrínsecamente relacionadas con la Ética.

7.2. En el ámbito internacional: En el caso de la doctrina extranjera también existe material sobre la regulación de la Inseminación Artificial Heteróloga. Cabe resaltar que los puntos de vista son diversos y en algunos países se tiene claramente identificado el derecho del concebido a conocer su origen biológico y su identidad genética.

8. Marco Metodológico

Para desarrollar el tema a estudiar no he definido por adelantado todos los métodos a los que recurriré a lo largo de la investigación, ya que éstos se irán perfilando en el camino. Sin embargo tengo claro que recurriré a dos herramientas básicas para su desarrollo, me refiero en primer lugar, a la interpretación jurídica de la doctrina y la legislación nacional e internacional y en segundo lugar a la Ética que creo constituye la clave para absolver interrogantes tan intrincadas a la vez que delicadas para los seres humanos.

9. Marco Teórico Conceptual

A fin de presentar de manera precisa y unívoca las variables enunciadas en los párrafos precedentes, es preciso consignar algunos conceptos que se desprenden de ellas y que permitirán un mejor entendimiento del sentido de nuestra investigación.

Derecho Genético: Es la rama a través de la cual se estudia el genoma humano y específicamente el ADN, regula la investigación biopositiva de la paternidad a efectos de establecer el vínculo genético de una persona con otra.

Concepto de Gametos: Cada una de las células sexuales masculinas y femeninas que al unirse forman el huevo de las plantas y de los animales.

Concepto de Embrión: Ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde su fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie. Cédula resultante de la unión del gameto masculino con el femenino en la reproducción sexual.

Inseminación Artificial: Consiste en depositar espermatozoides en los genitales de la mujer, mediante cánula, jeringa o cualquier dispositivo adecuado a tal fin. Técnicamente, es un método de reproducción asistida, por el cuál, se fecunda a una mujer sin la realización del acto sexual a través de la implantación de espermatozoides en el órgano reproductor de la mujer.

Inseminación Artificial Homóloga: Es la que se practica en la mujer casada con espermatozoides provenientes del marido y puede ocurrir en vida de éste o post mortem, ya que los métodos de congelación permiten la conservación del semen de aquel, aún después de muerto.

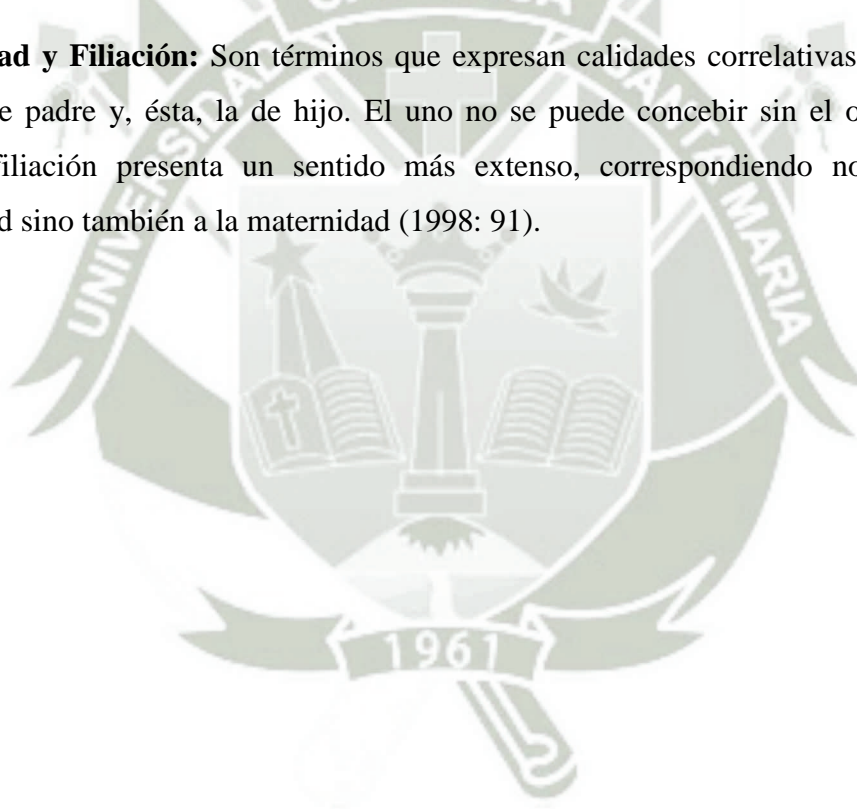
Inseminación Artificial Heteróloga: Es la que se realiza en la mujer casada, pero con espermatozoides provenientes de un tercero. En esta nueva situación los componentes genéticos son el óvulo de la mujer casada y el espermatozoides de un donante.

Inseminación Extraterina: Se conoce con el nombre de “bebé probeta”. Es otra técnica en la que la unión de los gametos masculino y femenino tiene lugar en el laboratorio, fuera, por tanto, del organismo femenino.

Filiación: es la relación que vincula a una persona con todos sus antepasados y, en sentido estricto, la que vincula a los padres con sus hijos. Al respecto el Doctor Cornejo Chávez afirma que desde el punto de vista natural y biológico, todos los individuos son hijos de una madre y de un padre, inclusive los niños concebidos por el procedimiento Intra Vitro tienen de una manera fatal un padre y una madre, sean estos conocidos o desconocidos (1985 Tomo II.pág.11).

Paternidad: La investigación de la paternidad es un derecho personal cuyo objetivo es indagar, adecuar y establecer la verdad biológica (de quien engendra: progenitor) con el aspecto social (de quien asume la responsabilidad legal: padre) a fin de crear la relación jurídica de la filiación (Varsi Rospigliosi 1998: 91).

Paternidad y Filiación: Son términos que expresan calidades correlativas; aquélla, la calidad de padre y, ésta, la de hijo. El uno no se puede concebir sin el otro. Pero la palabra filiación presenta un sentido más extenso, correspondiendo no sólo a la paternidad sino también a la maternidad (1998: 91).



ANEXO III: Texto del Anteproyecto de Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida ⁴

TITULO I Disposiciones Generales Capítulo I Ámbito de aplicación

Artículo 1.- La presente ley regula los derechos del concebido y la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en los casos de infertilidad humana.

Artículo 2.- Estas técnicas podrán utilizarse para prevenir o tratar enfermedades, siempre que su utilización haya sido médicamente prescrita por los centros y servicios autorizados.

Artículo 3.- Con las limitaciones que prescribe esta ley, podrá autorizarse la investigación y experimentación con gametos partiendo del principio de que la fecundación tiene como único fin la procreación humana.

TITULO II De los derechos del concebido Capítulo I Del inicio de la vida humana

Artículo 4.- La vida humana comienza con la concepción (ordinariamente por fecundación, y extraordinariamente por un proceso equivalente) dentro o fuera de un útero materno.

Artículo 5.- Hay fecundación desde el momento en que el espermatozoide ingresa al óvulo y éste cierra sus membranas a fin de evitar el ingreso de otros. El momento de la concepción se produce cuando ya no es posible la poliespermia, estando los núcleos de los gametos reconociéndose para la correspondiente fusión o singamia.

Artículo 6.- Se entiende por procesos equivalentes a la fecundación casos como la gemelación, clonación y partenogénesis.

Artículo 7.- Independientemente de la denominación que se le dé al producto de la concepción o a las etapas de desarrollo embriológico de la vida humana en formación, ésta merecerá la más amplia protección pues en su esencia es un sujeto de derecho especial.

Capítulo II De los derechos del concebido

Artículo 8.- El concebido goza de los siguientes derechos esenciales:

⁴ Anteproyecto de Ley elaborado por el Dr. Enrique Varsi Rospigliosi por encargo del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima en el período académico 1995-1996.

1. A la vida
2. A conocer su origen biológico.
3. A ser procreado y a nacer dentro de una familia.
4. A la individualidad biológica.
5. A la integridad psicosomática.
6. A una familia
7. A la identidad.
8. A un medio ambiente humano natural.
9. A la igualdad
10. A la dignidad
11. A la intimidad.

Estos derechos también le son comunes a las personas naturales.

Artículo 9.- La enumeración precedente es enunciativa y no implica la negación de otros derechos y garantías considerados o no en otros cuerpos legales.

Capítulo III Del derecho a la vida y a nacer

Artículo 10.- El derecho a la vida le es consustancial al concebido y lo protege de todo tipo de atentado directo o indirecto. En tal sentido la manipulación genética está prohibida. Una vez transferido, y mientras esté vivo, el embrión no podrá ser aspirado, extraído, ni abortado salvo que se trate de un embarazo ectópico producto de una deficiencia técnica debidamente comprobada y siempre que esté en peligro la vida o integridad de la gestante. El concebido tiene derecho a nacer. No puede realizarse una concepción sin que su fin sea un nacimiento viable, ni retardar o apresurar el crecimiento de un embrión.

Capítulo IV Del derecho a la igualdad

Artículo 11.- El concebido goza de derecho a la igualdad. Se prohíbe cualquier tipo de discriminación sobre su patrimonio genético, la forma de su concepción, gestación o nacimiento.

Capítulo V Del derecho a la dignidad

Artículo 12.- El concebido merece un trato digno. Como sujeto de derecho especial no se puede realizar con el ningún tipo de contratación ni relación comercial. Queda prohibida su venta, donación o permuta. Las técnicas de micro conservación se realizarán tomando en consideración que implican la paralización de una vida, la que desde ya no puede ser por un tiempo indefinido ni quedar al arbitrio de terceros.

Capítulo VI De la proscripción de la eugenesia

Artículo 13.- Queda prohibido realizar cualquier práctica eugenésica sobre embriones humanos vivos. No se permite seleccionar embriones antes ni después de ser transferidos al útero gestante.

TITULO III De la aplicación de métodos de reproducción humana asistida Capítulo I

De la reproducción humana asistida

Artículo 14.- Para esta ley se entenderá por técnicas de reproducción humana asistida (teras) aquellas realizadas con asistencia cuyo fin es la procreación prescindiendo del acto coital de la pareja beneficiaria.

Estos métodos se clasifican en la inseminación artificial (IA) y fecundación extracorpórea (FEC). Esta última, a su vez, presenta variantes como la transferencia intratubárica de gametos a las trompas de Falopio (TIG), la transferencia de embriones (TE) y la transferencia intratubárica de embriones (TIE).

Se prohíbe aplicar cualquier otro método de procreación asistida en seres humanos que prescinda de la relación coital de la pareja beneficiaria y que no esté previsto por esta ley.

Artículo 15.- Las teras tienen como finalidad la intervención técnica para coadyuvar a la procreación de aquella pareja beneficiaria que padece esterilidad, patologías o disfunciones que le impiden realizar la procreación en forma natural. Como tal, las teras tienen como fin suplir la esterilidad y se aplican cuando otras terapias se han descartado por inadecuadas e ineficaces.

Capítulo II De la pareja beneficiaria

Artículo 16.- Se entenderá por pareja beneficiaria al matrimonio o unión de hecho que padeciendo esterilidad médicamente comprobada o ante la existencia de patologías o disfunciones impiden procrear un hijo en forma natural.

Artículo 17.- Las parejas beneficiarias deberán ser capaces, gozar de buena salud psicofísica y la mujer no haber iniciado la etapa menopáusica, al momento de acceder a las teras.

Artículo 18.- Las teras sólo se aplicarán cuando hayan posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.

Artículo 19.- La mujer receptora de estas técnicas podrá interrumpir la evolución de las mismas, siempre que no se haya producido la concepción del embrión.

Capítulo III Del consentimiento de la pareja beneficiaria para acceder a las teras

Artículo 20.- Cuando se solicite el acceso a las teras será obligación de los centros y profesionales intervinientes brindar todos los elementos necesarios para que la pareja beneficiaria pueda elaborar un consentimiento informado, de acuerdo con su grado de instrucción y de comprensión.

Artículo 21.- El consentimiento informado deberá surgir de la comprensión por parte de la pareja beneficiaria de los siguientes puntos:

1. Contenido y alcance de la presente ley.
2. Carácter de la irrevocabilidad del consentimiento otorgado una vez concebido el embrión.
3. Prohibición de la mujer para retirarse del centro en que se le aplicó la técnica, hasta la transferencia del embrión concebido.
4. Prohibición de desechar el embrión mientras esté vivo para efectuar la transferencia, interrumpir su gestación, salvo que se trate de un embarazo ectópico.
5. Prohibición de disponer del embrión concebido para otro destino diferente de la transferencia en la madre biológica.
6. Sobre las modalidades de la técnica recomendada.
7. Sobre los posibles riesgos físicos y psíquicos en el matrimonio y en el hijo.
8. Sobre los costos económicos.
9. Sobre los derechos que asisten al embrión concebido.

10. Que serán los representantes legales y responsables de los intereses del embrión concebido.
11. Existencia de la alternativa de la adopción como institución legal alternativa.

Artículo 22.- El consentimiento de la pareja beneficiaria deberá ser otorgado de manera libre, consciente, expresa y por instrumento público notarial.

El centro sanitario que aplicará la tera solicitará copia certificada de dicho documento a fin de que integre la historia clínica correspondiente.

Artículo 23.- El consentimiento otorgado por el matrimonio no exime de responsabilidad a los centros profesionales intervinientes en la aplicación de la tera.

Capítulo IV De la historia clínica de las parejas beneficiarias

Artículo 24.- El centro sanitario deberá mantener la historia clínica de cada pareja beneficiaria que solicite el acceso a las teras, debiendo contener:

5. La constancia médica fehaciente de la imposibilidad de concebir un hijo por medios naturales.
6. El estado civil.
7. La relación de todas las técnicas y métodos de fertilización practicados con anterioridad y los resultados obtenidos.
8. El consentimiento.

Artículo 25.- La historia clínica será tratada con total y absoluta reserva, con estricto secreto de la identidad de los cedentes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que ocurran en el origen de los hijos engendrados con su utilización.

Capítulo V De la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea

Artículo 26.- La inseminación artificial es una técnica mediante la cual se provoca técnicamente el encuentro del óvulo de una mujer con el espermatozoides de un hombre.

Artículo 27.- La fecundación extracorpórea es una técnica mediante la cual se produce la fertilización de un óvulo femenino, fuera del cuerpo de la mujer, con el espermatozoides de un hombre.

Artículo 28.- La inseminación artificial y la fecundación extracorpórea podrán aplicarse en forma homóloga o heteróloga, según el requerimiento de la pareja beneficiaria.

Artículo 29.- La inseminación y la fecundación extracorpórea homólogas son aquellas que se realizan entre los cónyuges o una pareja estable que prueba fehacientemente su estado familiar de hecho.

Artículo 30.- La inseminación y fecundación extracorpórea heterólogas son aquellas que se realizan mediante la intervención de un tercero cedente, a favor de los cónyuges o concubinos.

Capítulo VI De los bancos y cedentes

Artículo 31.- Se autoriza la creación de bancos de material genético humano que funcionarán en los establecimientos asistenciales.

Artículo 32.- Los bancos recibirán el material genético a título de cesión. En ningún caso podrá ser onerosa, ni tener carácter lucrativo ni comercial.

Artículo 33.- La cesión se formalizará por escrito, con carácter formal y secreto entre el establecimiento asistencial y el cedente quien previamente será informado de los fines, consecuencias y características del acto y de la práctica médica de las teras.

Artículo 34.- El cedente deberá ser mayor de edad, encontrarse en pleno goce de su capacidad de ejercicio y someterse en forma previa, a un examen psicofísico de carácter general, que acredite que se encuentra libre de enfermedades infecciosas, hereditarias y/o genéticas transmisibles, así como sus características fenotípicas.

Si el cedente fuere casado o concubino se requerirá del consentimiento por escrito de su pareja.

Artículo 35.- La identidad del cedente sólo podrá ser revelada por orden judicial en casos de comprobado peligro para la vida del hijo o del embrión o para esclarecer un delito.

Artículo 36.- En los supuestos del artículo anterior, la revelación quedará restringida al ámbito médico terapéutico y/o judicial, no admitiéndose la publicidad de la identidad del cedente.

Artículo 37.- Cuando fuere necesaria la revelación de la identidad del cedente ello no implicará la determinación legal de filiación.

Artículo 38.- El cedente no podrá conocer el destino del material genético por él aportado y sólo podrá revocar su cesión en los casos en que, por comprobada esterilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos cedidos. La revocación tendrá efectos siempre que el material genético esté disponible.

A la revocación no procederá la devolución por el cedente de los gastos originados al establecimiento receptor.

Artículo 39.- La elección del cedente es responsabilidad del equipo médico que aplica la tera. Se deberá garantizar que el cedente tiene la misma similitud genotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar.

Artículo 40.- Los centros autorizados y la autoridad de aplicación de la presente ley adoptarán las medidas oportunas para evitar que nazcan más de tres hijos de un mismo cedente.

Artículo 41.- El material genético sobrante de los cónyuges o concubinos que recurrieron a las teras puede ser aplicado en beneficio de otras parejas. Para este efecto se aplicarán las disposiciones precedentes siempre que se formalice la cesión de los gametos sobrantes en los términos previamente expuestos.

Artículo 42.- De no formalizarse tal cesión, dicho material genético deberá ser inutilizado por el propio servicio del centro autorizado en el más breve término, para asegurar la imposibilidad de su uso en otros fines que los previstos en esta ley.

Capítulo VII De la filiación

Artículo 43.- La filiación de los nacidos con las teras se regulará por las leyes vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo.

Artículo 44.- En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que puedan inferirse el carácter de la reproducción.

Artículo 45.- Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento previa y expresamente a determinada tera con contribución de cedentes, podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido de dicha técnica de fecundación.

Artículo 46.- Aunque la tera haya sido practicada sin el asentimiento del marido se presumirá su paternidad, quedando abierta la acción contestatoria.

Artículo 47.- Podrá determinarse legalmente la filiación con el marido fallecido cuando el material reproductor de éste se halle en el útero de la mujer en la fecha de su muerte, o cuando el óvulo esté fertilizado en la probeta para luego ser transferido al útero materno, o cuando haya declarado su autorización y reconocimiento mediante escritura pública.

Capítulo VIII De la maternidad subrogada

Artículo 48.- Son nulos los acuerdos por los que se convenga la maternidad subrogada. Para estos casos la filiación será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Capítulo IX De la crioconservación

Artículo 49.- El semen puede crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante un tiempo máximo de cinco años.

Al vencimiento de dicho plazo, o antes si uno o ambos cónyuges o concubinos mueren, los gametos serán desechados, dejando constancia de ello.

Artículo 50.- No se autoriza la crioconservación de óvulos con fines de teras, en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación.

Artículo 51.- **Queda prohibida la formación y/o mantenimiento de bancos de pre-embriones o embriones humanos.**

Artículo 52.- Sólo se admitirá la crioconservación de preembriones humanos en los casos de ausencia o fallecimiento del padre y de la madre.

Artículo 53.- En los supuestos previstos en el artículo anterior se designará judicialmente un curador del preembrión crioconservado, con arreglo a las disposiciones del Código Civil.

Artículo 54.- La disposición de los preembriones humanos crioconservado, se realizará únicamente para un nuevo tratamiento de la mujer estéril a quien pertenecen o para ser adoptados de conformidad con las disposiciones legales aplicables en la materia.

Artículo 55.- En ningún caso los preembriones crioconservados serán transmisibles por acto entre vivos, ni *mortis causa* ni por herencia, siendo nulos los actos que contravengan esta disposición.

Capítulo X Del diagnóstico y tratamiento

Artículo 56.- Toda intervención sobre el preembrión tendrá fines de diagnósticos terapéuticos o preventivos.

Artículo 57.- Toda intervención será autorizada si se cumplen los siguientes requisitos:

- a. Que la pareja beneficiaria haya sido informada sobre los procedimientos, investigaciones, diagnósticos, posibilidades y riesgos de la terapéutica propuesta y la hayan aceptado previamente.
- b. Que se trate de enfermedades con un diagnóstico muy preciso de pronóstico grave o muy grave, y cuando ofrezcan garantías de la mejoría o solución del problema.
- c. Si se dispone de una lista de enfermedades en las que la terapéutica es posible con criterios estrictamente científicos.
- d. Si no se influye sobre los caracteres hereditarios ni se actúe con fines eugenésicos.
- e. Si se realiza en centros sanitarios autorizados y por equipos calificados y dotados de los medios necesarios

Capítulo XI De la investigación y experimentación

Artículo 58.- La investigación básica o experimental podrá ser realizada a partir de gametos individuales, siempre que esté orientada a perfeccionar las formas de obtención y maduración de ovocitos, así como la crioconservación de óvulos humanos.

Artículo 59.- Para poder evaluar la capacidad de fertilización de los espermatozoides humanos se autoriza el test de hámster hasta la fase de división en dos células del óvulo del hámster fecundado, momento en que el mismo debe ser destruido.

Se prohíbe otras fecundaciones entre gametos humanos y animales, salvo que sean expresamente autorizadas por la autoridad de aplicación de esta ley, en base a un proyecto debidamente presentado y autorizado por la misma y bajo su estricto control.

Artículo 60.- Los gametos utilizados en investigación o experimentación no podrán ser utilizados para la obtención de preembriones con fines de procreación.

Artículo 61.- La investigación y experimentación sobre el preembrión sólo se realizará con fines de diagnósticos terapéuticos o preventivos.

Artículo 62.- En los casos de los artículos que anteceden, deberá cumplirse con lo siguiente:

- a. Informar a la pareja beneficiaria sobre los procedimientos, investigaciones e intervenciones a realizar y sus posibles riesgos e implicancias.
- b. Que la investigación, experimentación y/o intervención se realice en el más breve lapso posible, y antes de los 14 días contados desde la fecundación del óvulo.
- c. Que se trate de enfermedades de diagnóstico muy preciso y que la terapéutica a aplicar ofrezca razonables garantías de mejoría o solución de aquéllas.
- d. Que no se modifique el patrimonio genético ni se busque la selección de raza o de individuos.
- e. Que se haya agotado la investigación o experimentación en el modelo animal.
- f. Que se realice en establecimientos y por equipos de profesionales debidamente autorizados.

Artículo 63.- No podrán realizarse investigaciones y/o experimentaciones en embriones humanos con otros fines que los precedentemente expuestos, aunque se trate de embriones no viables.

Capítulo XII De los centros sanitarios y equipos biomédicos

Artículo 64.- Se considera centros o servicios sanitarios los establecimientos habilitados para la realización de las teras o sus derivaciones, así como los bancos de recepción, conservación y distribución de material genético humano. En todos los casos estarán sometidos a las leyes especiales de Salud Pública y sometidos a las leyes especiales de I Ministerio de Salud.

Artículo 65.- Los equipos biomédicos que trabajen en los centros o servicios sanitarios, a que se refiere al artículo anterior, estarán calificados para realizar las técnicas de reproducción humana asistida, su aplicación complementaria y asistencia y contarán para ello con el equipamiento y medios necesarios.

Artículo 66.- Los centros sanitarios y los equipos biomédicos que apliquen las técnicas reguladas en la presente ley, serán solidariamente responsables por los daños que pudieren ocasionar en la salud física y psíquica de los sujetos que accedan a las mismas, y en particular, en la del concebido.

Artículo 67.- Los equipos biomédicos y la dirección de los centros sanitarios incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los cedentes, si realizan mala práctica con las teras o los materiales biológicos correspondientes, o si por omitir la información o los estudios protocolizados se lesionaran los intereses de

cedentes o usuarios o se transmitieran a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudios previos.

Artículo 68.- Los equipos biomédicos están obligados a llevar una historia clínica con todas las referencias exigibles sobre los cedentes y usuarios de estas técnicas, así como los consentimientos firmados para la realización de las mismas y/o para la cesión del material genético.

Capítulo XIII De la autoridad de aplicación

Artículo 69.- Se crea la Comisión Nacional de Reproducción Asistida y Genética, de carácter permanente, cuya finalidad sería:

- a. Controlar el adecuado cumplimiento de las disposiciones de esta ley.
- b. Colaborar en el intercambio, recopilación y/o actualización de conocimientos científicos y técnicos, tanto en el orden nacional como internacional.
- c. Elaborar criterios de funcionamiento de los centros o servicios donde se realizan las técnicas de reproducción asistida, a fin de facilitar su mejor utilización.
- d. Considerar y autorizar nuevos proyectos científicos, diagnósticos terapéuticos, de investigación y/o experimentación en los términos de la presente ley.
- e. Asesorar a la autoridad sanitaria nacional sobre los requisitos técnicos y funcionales de los establecimientos donde se practique actividades regladas por la presente ley, así como las condiciones de identidad y calidad científica de los equipos interdisciplinarios que las realicen.
- f. Colaborar en lo relacionado a los recaudos que deberán contener los legajos, protocolos, historias clínicas de los cedentes, usuarios, así como en la formulación de pautas de control del transporte y utilización de los gametos crioconservados.

Artículo 70.- La comisión estará constituida por: representantes del gobierno y de la administración de salud, representantes de distintas sociedades relacionadas con la fertilidad humana y con estas técnicas, y por un consejo de amplio espectro social.

Artículo 71.- Una vez fijadas por el gobierno las competencias y funciones de la comisión, ésta elaborará su propio reglamento, que deberá ser aprobado por aquél.

Capítulo XIV Del comité de ética

Artículo 72.- Se crea el Comité Nacional de Ética para la reproducción humana asistida y la genética, que se encargará de brindar asesoramiento a los establecimientos asistenciales y centros o servicios donde se practiquen actividades comprendidas en la presente ley.

Estará integrado por un representante del Ministerio de Salud, un representante del Colegio Médico, un representante del Colegio de Abogados, un representante de la Iglesia católica y un representante de las sociedades científicas vinculadas con tales actividades.

Artículo 73.- El Comité Nacional de Ética podrá funcionar administrativamente en forma descentralizada a través de las delegaciones regionales.

Artículo 74.- Será función del comité velar a través del asesoramiento por la mejor práctica en la aplicación y realización de tales actividades, así como para que las mismas se adecuen a las debidas pautas legales, éticas y morales.

Su dictamen será necesario para la consideración, por la autoridad de aplicación de esta ley, de nuevos proyectos científicos a realizarse en los establecimientos, centros o servicios donde se lleven a cabo actividades comprendidas.

Capítulo XV De las infracciones y sanciones

Artículo 75.- Sin perjuicio de las infracciones que se cometan según la legislación actual, la violación de esta ley dará lugar a infracciones especiales.

Artículo 76.- Se consideran infracciones graves:

- a. El incumplimiento de las disposiciones de esta ley y su reglamento.
- b. La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por la presente ley, así como la falta de realización de una historia clínica.

Artículo 77.- La comisión de las infracciones expuestas en el artículo anterior dará lugar al retiro de la autorización conferida al establecimiento asistencial o de servicio, así como al personal del mismo, para la realización de las actividades contempladas en esta ley. Ello sin perjuicio de las sanciones penales que puedan aplicarse en caso de incurrirse en delitos previstos por la legislación penal

Artículo 78.- Se consideran infracciones muy graves:

- a.- La violación de las disposiciones contenidas en los artículos 42, 43, y 52 de esta ley.
- b.- Fecundar óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana.
- c. Obtener preembriones humanos por lavado uterino, cualquiera sea el fin perseguido con ello.
- d. Mantener *in vitro* los óvulos fecundados y vivos, más allá del decimocuarto día siguiente al que fueron fecundados.
- e. Mantener vivos los preembriones, con objeto de obtener de ellos muestras utilizables.
- f. Comerciar, bajo cualquier forma que sea, con preembriones o con sus células, así como su importación o exportación.
- g. Utilizar industrialmente preembriones o sus células.
- h. Utilizar preembriones, o sus células, con fines cosméticos o similares.
- i. Mezclar gametos de distintos usuarios o cedentes para la realización de las técnicas de reproducción humana asistida.
- j. Omitir los estudios necesarios para obtener las garantías biológicas y de viabilidad de los preembriones o gametos, antes de su implantación o utilización.
- k. Revelar la identidad de los cedentes fuera de los casos excepcionalmente previstos por la presente ley.
- l. Utilizar la clonación en cualquiera de las variantes, o cualquier otro tipo de procedimiento, dirigido a la obtención de seres humanos idénticos o para la selección del sexo o raza.
- m. La partenogénesis o estimulación del desarrollo de un óvulo por medios térmicos, físicos o químicos, sin que sea fecundado por un espermatozoide humano, lo cual dará lugar solamente a descendencia femenina.
- n. La manipulación genética con fines no terapéuticos, o terapéuticos no autorizados.
- o. La creación de embriones de personas del mismo sexo, con fines reproductores u otros.
- p. La fusión de preembriones entre sí o cualquier otro procedimiento dirigido a producir quimeras.
- q. Los procedimientos de intercambio genético humano, o la recombinación con otras especies para la obtención de híbridos.
- r. La investigación y/o experimentación con gametos o preembriones, embriones o fetos humanos, salvo en los casos de expresa autorización en los términos de la presente ley.
- s. La transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal o viceversa.
- t. La ectogénesis o creación de un ser humano determinado en el laboratorio.
- u. La creación de preembriones con espermatozoide de individuos diferentes para su transferencia al útero.
- v. La transferencia al útero, en un mismo momento, de preembriones originados con óvulos de diferentes mujeres.

- w. La utilización de la ingeniería genética y otros procedimientos, con fines militares o de otra índole, para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, del tipo que fueren.
- x. La utilización de la Ingeniería genética y/o de todo otro tipo de procedimiento, con cualquier fin que sea, que de alguna forma ponga en peligro la normal subsistencia de la especie humana.
- y. Todas las actividades de investigación que no se ajusten a los términos de esta ley, su reglamento y las pautas que fijen la autoridad de aplicación de la misma.

Artículo 79.- La comisión de las infracciones expuestas en el artículo precedente ocasiona además la imposición más severa de pena privativa de libertad, contemplada en el artículo 29 del Código Penal, así como los demás artículos que le sean aplicables según el caso.

Artículo 80.- Tales sanciones serán aplicadas a todos aquellos que, como autores, cómplices, partícipes necesarios o no, encubridores, hubieren tenido conocimiento de la comisión de las infracciones sin manifestar expresa disconformidad con ellas, ni formular la respectiva denuncia al Comité de Ética o autoridad de aplicación de esta ley.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- El Gobierno, en el plazo de seis meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, establecerá:

- a. Los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios, así como de los equipos biomédicos relacionados con las teras y los bancos de gametos.
- b. Los protocolos de información de los cedentes y de los usuarios relacionados con las técnicas, a presentar por los equipos biomédicos de los centros y servicios sanitarios correspondientes.
- c. Los protocolos obligatorios de estudio de los cedentes y los usuarios relacionados con estas técnicas, a completar por los equipos biomédicos.
- d. La lista de enfermedades genéticas o hereditarias que puedan ser detectadas con el diagnóstico prenatal, a efectos de prevención o terapéutica, y susceptible de ser modificada a medida que los conocimientos científicos así lo exijan.
- e. Los requisitos para autorizar con carácter excepcional la experimentación con gametos, preembriones o fetos humanos y aquellas autorizaciones que al respecto puedan delegarse en la Comisión Nacional de Reproducción Asistida.

SEGUNDA.- El Gobierno en el plazo de seis meses, a partir de la promulgación de la presente ley establecerá normas de transporte de gametos, preembriones o sus células si se cumpliera la excepción, entre el centro y servicios autorizados y relacionados con estas técnicas o sus derivaciones.

TERCERA. El Gobierno, en el plazo de un año, contado a partir de la fecha de promulgación de esta ley, regulará la creación y organización de un Registro Nacional informatizado de cedentes de gametos con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de secreto y en forma de clave. Este registro se regirá por las siguientes pautas:

- a. El Registro Nacional consignará los hijos nacidos de distintos cedentes, la identidad de las parejas receptoras, y su localización territorial en cada momento, siempre que sea posible.
- b. Si en el Registro Nacional o en los centros o servicios en los que se realizarán las técnicas de reproducción humana asistida se tuviera conocimiento de que han fallecido los correspondientes cedentes, la muestra donada pasará a disposición de los bancos, que la utilizarán en los términos acordados con aquellos y en base a esta ley.

CUARTA.- El Gobierno, en el plazo de seis meses, a partir de la promulgación de esta ley regulará los requisitos de constitución, composición, funciones y atribuciones de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida y Genética y del Comité de Ética.