



# MATERNIDAD A TODA COSTA: PRECISIONES AL ESPECIAL DE LA PRIMERA CASACIÓN EN EL PERÚ SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.<sup>1</sup>

**Alberto González Cáceres**

Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Médico

Abogado del Colegio Odontológico del Perú

Abogado del Colegio Médico Veterinario Departamental de Lima.

## I. INTRODUCCIÓN

Una cita del prólogo que hace Ramón Durán Rivacoba a la obra de la Dra. Claudia Morán de Vicenzi<sup>2</sup>, me auxilia a intentar abordar con pormenor el fondo de la casación N° 5003-2007 y así mismo tratar de precisar algunas aciagas opiniones que sobre el asunto se han vertido, motivadas éstas, eso espero, por la ausencia de mayor información del caso concreto.

Menciona Durán Rivacoba en el prólogo de la obra de la Dra. Morán que *“recientemente ha publicado una investigadora peruana (Cfr. García Llerena, Viviana; <<La sustitución de la voluntad del incapaz en los actos de naturaleza personalísima>>, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, n° 7, 2003, pp. 358 y ss.) un lúcido análisis del problema surgido cuando un marido recién casado entró en coma tras un accidente de circulación y su esposa pretendió consentimiento judicial para ser inseminada con el esperma de su esposo inerte, perpetuando así su amor en un hijo. El varón no había expresado su voluntad positiva en un documento público ni en testamento, pero adujo la desconsolada mujer lo insospechable de una circunstancia tan cruel como repentina y que un matrimonio recién contraído era por completo normal que aspirase a tener descendencia. En suma, que debía presumirse un consentimiento tácito y, en todo caso el juez podía permitir la extracción del semen para este fin. Claro está que semejante relato difundido a los cuatro vientos por la prensa olvidaba que ya existía una hija del primer matrimonio disuelto y que la indemnización recibida por el accidente no era escasa.”*<sup>3</sup>

Pues bien, el caso que ha originado la casación motivo de pronunciamiento de diversos profesionales conocedores de la materia, también tiene un trasfondo diferente a la primera impresión válida de “devoción” que nos genera la maternidad; razón por la cual nos exige tratar con mayor detenimiento el tema por honor a la verdad y en defensa de un ordenamiento jurídico inspirado en la razón y en el orden

---

<sup>1</sup> Para la publicación del presente artículo cuento con la debida autorización de mi patrocinado y además me amparo en lo dispuesto por del artículo 14° parte infine del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú.

<sup>2</sup> Claudia Morán de Vicenzi, El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial. ARA Editores E.I.R.L., Lima 2005.

<sup>3</sup> Las negritas y el subrayado son nuestros.



natural de las cosas<sup>4</sup> que como sabemos nuestra Constitución Política consagra en su artículo centésimo tercero.<sup>5</sup>

El caso en concreto informa que se trata de una ex conviviente infértil<sup>6</sup>, quien luego de la ruptura sentimental y al tomar conocimiento del reciente compromiso conyugal de su ex pareja, resuelve someterse unilateralmente a la técnica de reproducción heteróloga (ovodonación), sin dudar para esto en utilizar los gametos germinales masculinos (espermatozoides) que mantenía criopreservados con anterioridad a la ovodonación, en razón a que éstos fueron obtenidos durante la época de la vigencia de su relación

---

<sup>4</sup> Cfr. Miguel Arcila Montoya: “El hombre en primer término, pertenece al género animal porque se trata de un ente dotado de vida vegetativa y de vida sensitiva. Pero desde luego el hombre es algo más. La diferencia específica que contrae el género animal a la especie hombre es la racionalidad. El hombre es una animal racional. La razón, que es lo mismo que se llama inteligencia, es la facultad de conocer en forma abstracta y, por ende, universal. Por ello es una facultad del espíritu, del alma. Pero la razón es algo más. A ella corresponde dirigir nuestros actos, orientarlos, distinguiendo entre el bien y el mal, entre lo conveniente y lo inconveniente, entre lo útil y lo inútil, etc. En otros términos, compete a la razón regular nuestros actos a través de juicios. Como ente racional, el hombre está dotado de una voluntad libre. La voluntad es la facultad que mueve al hombre a obrar ilustrada por los dictámenes de la razón. Y además pertenecer al reino animal y poseer razón y una voluntad libre, el hombre es un ente sociable. Quiere decir que es un ser que ha vivido, vive y vivirá en grupos, que es un ser que por naturaleza debe convivir con sus semejantes. El hombre, pues, es una animal dotado de razón y de una voluntad libre y que, además, como consecuencia de ello, es un ente social o sociable. Tal su naturaleza constitutiva de la cual surgen innumerables inclinaciones, tendencias, pero tendencias e inclinaciones que al mismo tiempo son racionales en el sentido que van reguladas por la razón. No son así ni ciegas ni mecánicas como los instintos animales. Más esas tendencias e inclinaciones originadas en su naturaleza constitutiva tienen que adaptarse a lo que podemos llamar las transformaciones sociales, esto es, a la diversidad de los medios y factores nuevos que intervienen tanto en la vida social como individual. Así, las cosas suministran datos para la elaboración del derecho. Estos datos se ordenan o colocan en función de lo que es el hombre, particularmente de su razón, que los impregna de valor, para que sirvan al ordenamiento jurídico. Por ello, la razón construye la regla según lo que es el hombre adobado con el agregado dado por la naturaleza de las cosas. Así pues, consultar la tendencia de la sociedad considerar esto es así o así, **es la naturaleza de las cosas**. Y debe actuarse racionalmente, racional como capacidad de ir de lo conocido a lo desconocido y razonablemente como obrar conforme a las lecciones que hemos extraído de lo que nos ha pasado, de lo que les ha pasado a otros, Pues, para ser justo se de ser razonable y actuar con racionalidad. Tener en cuenta un punto medio que está relacionado con la naturaleza de las cosas o como dice Aristóteles, ni demasiado poco, ni demasiado mucho. Los dos extremos serían viciosos, no serían justos”. [http://www.avizora.com/publicaciones/derecho/textos/0073\\_teor%C3%ADa\\_naturaleza\\_cosas.htm](http://www.avizora.com/publicaciones/derecho/textos/0073_teor%C3%ADa_naturaleza_cosas.htm)

<sup>5</sup> Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.

<sup>6</sup> De acuerdo al médico tratante se trataba de infertilidad por factor etario.

sentimental y a que fueron proporcionados voluntariamente para otra finalidad: realizar una prueba médica denominada espermograma. Queda claro en consecuencia que nunca existió consentimiento para el tratamiento de reproducción asistida con gametos ajenos a la pareja<sup>7</sup>. Encima de todo esto, por declaración del profesional médico que intervino en el cometido médico, se sabe que además de la niña nacida, existen cuatro (04) embriones crioconservados producto de óvulos donados y los espermatozoides de mi patrocinado, los mismos que fueron “producidos” como “parte del tratamiento”, para “suplir” inmediatamente en caso de fracaso de la transferencia embrionaria.

Los hechos antes mencionados fueron ignorados inicialmente por el padre biológico de la menor, quien toma conocimiento de los hechos, por la demanda de alimentos que le fue entablada durante el periodo de “gestación” de la ahora “madre” impugnada<sup>8</sup>. Se comprenderá que dicha demanda de alimentos afectó gravemente su reciente matrimonio; sin embargo, sin perjuicio de la afectación moral a su nueva relación, de forma inmediata realiza el reconocimiento voluntario de paternidad y demanda la impugnación de la maternidad por falsedad en el vínculo biológico y por expresa violación a lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley General de Salud, norma de orden público.

Luego de una comprensible confusión que originó el nacimiento de una hija extramatrimonial, la esposa actual del padre biológico resuelve continuar con su relación conyugal, y en representación del hijo de ambos, quien es hermano de la menor, acompaña en la decisión conyugal y cuestiona la maternidad en proceso separado y se ofrece, conforme a derecho, adoptar a la hija de su esposo, darle su apellido y criarla junto a sus hijos matrimoniales, quienes por cierto son sus hermanos de sangre. Como ya es conocido, esta demanda fue desestimada en un primer y segundo momento por el juzgado y la Sala de Familia respectivamente, sin embargo ha sido admitida a trámite al haberse declarado fundada la casación materia del presente artículo.

Ciertamente el tema en cuestión parece extraído de un filme surrealista europeo o de una serie televisiva brasilera, sin embargo, es un hecho cierto y actual, ocurrido en nuestro país; que involucra una serie de Instituciones jurídicas, principios y valores y exige por cierto una respuesta adecuada de todos aquellos operadores de la vida y del derecho (médicos, abogados, estudiosos de la bioética, jueces, etc.) quienes, conforme a nuestra Constitución, nos encontramos obligados a respetarla y garantizarla en su aplicación.

---

<sup>7</sup> Es necesario mencionar que las pericias grafotécnicas que se realizaron a los supuestos consentimientos informados por mandato judicial y que obran en la historia clínica para el segundo tratamiento (ovodonación) resultaron falsos; así como también resultaron falsas las otras pruebas biológicas que fueron exigidas para dicho tratamiento y que obran en la misma historia clínica.

<sup>8</sup> En este punto es importante preguntarse ¿Cuál fue la razón que motivó a la gestante a demandar alimentos y poner en conocimiento de los hechos al padre biológico, si es que se trataba de la concepción anónima de una madre soltera y de un hecho que pudo mantener oculto?, Cfr. Clara Mosquera Vásquez, La Genética en los Tribunales, Diálogo con la Jurisprudencia, N° 121, Octubre, Año 14, p.23.

## II. LAS OPINIONES

Por cierto debemos referirnos en un primer momento al especial publicado en Diálogo con la Jurisprudencia del mes de Octubre del presente año. En dicha publicación no sólo se expresa la página editorial de la publicación académica<sup>9</sup>, sino que participan la Dra. Clara Mosquera Vásquez<sup>10</sup>, el Dr. Jairo Cieza Mora<sup>11</sup> y la Dra. Claudia Canales Torres<sup>12</sup>.

La primera de ellos señala lo siguiente:

1. Que en nuestro país aún no se encuentran reguladas las técnicas de reproducción asistida por una ley especial, pese a que se practican en nuestro país hace varios años;
2. Que la demandante no tiene legitimidad para obrar, toda vez que si entendemos que la legitimidad para obrar es la aptitud que tiene la persona de obrar como parte defendiendo sus derechos, dicho menor no tendría derecho a solicitar, por ejemplo, la tenencia de su menor hermana, ni podría reclamar a futuro los demás derechos inherentes a la sociedad paterno filial (sic).
3. Que se conocen infinidad de casos de hermanos que se encuentran separados por diversos motivos, sin que ello signifique una violación a los derechos fundamentales de estos, ni mucho menos una violación al derecho a la identidad, integridad, libre desarrollo ni bienestar, como afirma la demandante y cuyos argumentos sirven de fundamento para interponer el recurso que ha sido aceptado por la Corte Suprema.
4. Que discrepa del hecho que el órgano jurisdiccional se pronuncie si el reconocimiento de la menor transgrede el artículo 7° de la Ley General de salud, en razón de que dicha norma reconoce el derecho de la demandada de recurrir al tratamiento de su infertilidad y a procrear mediante técnicas de procreación asistida, lo que no es más que el ejercicio de su libertad reproductiva, como al parecer sucedió; y si bien la demandada recurrió a una ovodonación ello es permitido, pues el articulado en mención al señalar que la condición de madre gestante y madre genética debe recaer sobre la misma persona, está referida a los “vientres de alquiler” y no a la ovodonación, el que es un tratamiento aceptable desde cualquier punto de vista, bastante difundido y que además se practica en nuestro país.
5. Que el recurrir a una técnica de procreación asistida sea con ovocitos cedidos o con semen de cedente anónimo, no constituye ninguna vulneración al derecho de la identidad de los menores nacidos con dichas técnicas.
6. Que nos encontramos frente al típico caso de una madre soltera que decidió ejercer sus derechos reproductivos y no quiso revelar el nombre del padre de su hija al momento de inscribirla, por lo que mal puede llevarse adelante un proceso para que, amparándose en una presunta paternidad que no ha sido reconocida por el presunto padre, se impugne la maternidad de una madre soltera.

El segundo de ellos señala lo siguiente:

---

<sup>9</sup> El primer caso de inseminación artificial conocido por la Corte Suprema: ¿Están preparados nuestros jueces? Federico G. Mesinas Montero, Coordinador de Diálogo con la Jurisprudencia. Diálogo con la Jurisprudencia, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo 121, Octubre 2008, Especial La Primera Casación sobre Reproducción Humana Asistida. p.2

<sup>10</sup> Ibidem, La Genética en los Tribunales Peruanos, p. 21.

<sup>11</sup> Ibidem, La Técnica de Reproducción Asistida y la Corte Suprema ¿Quién entonces es la madre?, p 25.

<sup>12</sup> Ibidem, Madre ¿Hay una sola?, p. 29.

1. Si es que uno de los motivos determinantes o centrales de la vida de las personas es la de ser padres en pareja o no, ¿entonces por la que ciencia o el derecho habría de negarles tan legítima aspiración de vida?
2. Que en el análisis del caso... cabe preguntarse validamente quien sería la madre de la menor. ¿Acaso la donante del óvulo que no se menciona y que probablemente sea una anónima que nunca se volverá a ver? En resguardo pues, del derecho a la identidad de la menor no cabría la impugnación del reconocimiento de maternidad de la demandada.
3. Que en resguardo del beneficio de la menor que ha sido reconocida por la madre gestante debe mantenerse su situación jurídica pues lo contrario sería someter a la menor a la incertidumbre en lo que respecta a su identidad, máxime cuando la donante del óvulo sería una anónima.
4. Que la filiación o la relación materno-filial la tendrá la madre que la gestó y la reconoció. Así tenemos que en España la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción asistida establece en su artículo 5) que “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos de los preembriones (...)”. Del mismo modo el artículo 8) inciso 1 de la norma española establece que “Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”...

Finalmente la tercera participante del Especial promovido por Gaceta Jurídica, señala lo siguiente:

1. Que de igual manera, a través de estos actos de reproducción asistida, queda clara su voluntad procreacional, que en términos sencillos sería el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea genéticamente, en otras palabras, la intención de asumir vínculos de filiación. Esta voluntad procreacional es la que a nuestro juicio debe primar en estos supuestos tan complejos de la maternidad.

En segundo lugar tenemos que hacer mención de dos artículos publicados vinculados al tema, el primero de ellos publicado en diciembre del año pasado<sup>13</sup> y el segundo de ellos publicado a propósito de la casación<sup>14</sup>. Ambos artículos de autoría del profesor Enrique Varsi Rospigliosi, por cierto profesional muy enterado en la materia.

Señala en sus artículos Varsi Rospigliosi lo siguiente:

1. La cesión de gametos es lícita en la medida que se respete la dignidad de las partes intervinientes, considerando además que no es ilícito a pesar que se coadyuve a la generación de una paternidad discrepante al niño, una biológica y otra legal.

<sup>13</sup> **Ibidem, Enrique Varsi Rospigliosi**, Porque no decir y sentir las cosas como realmente son. <http://www.enriquevarsi.com/search?updated-min=2007-01-01T00%3A00%3A00-08%3A00&updated-max=2008-01-01T00%3A00%3A00-08%3A00&max-results=10>

<sup>14</sup> **Enrique Varsi Rospigliosi**, Chuculum técnico, verborrea barata y disparates jurisdiccionales, <http://www.enriquevarsi.com/>

2. En que medida es beneficioso para el medio hermano impugnar la maternidad y que obviamente no le favorece.
3. Que la finalidad de esta clase de impugnaciones es que posteriormente el verdadero progenitor reconozca al menor, que no es el caso.
4. Que lo que se pretende con la demanda es dejar a la menor sin madre, pese a que en nuestra legislación la maternidad se determina por el hecho del parto.
5. Que la ovodonación puede ser ilícita, vetada, vedada por el derecho, pero si se aplica esto no puede perjudicar al recién nacido o al ser humano procreado como consecuencia de ello.

### III. NUESTRA OPINIÓN SOBRE EL CASO EN CUESTIÓN.

#### 1. Marco General

Señalábamos que el caso en cuestión asemeja al argumento extraído de una película vanguardista – surrealista de la vieja Europa (sobre todo por la concurrencia de aristas), y en ese sentido aparenta la necesidad de recurrir a normas jurídicas, principios y/o valores extraños a nuestra propia normatividad, como así ha sido sugerido. Así vemos por ejemplo que en las opiniones vertidas en el especial de Gaceta, se menciona varias veces a un inexistente vacío legal sobre Técnicas de Reproducción Asistida que urge regular, y se menciona además que se debe recurrir a una muy cuestionable Ley española 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida. pero sin embargo consideramos en realidad que el tema es discusión no es nada novedoso para nuestro ordenamiento legal y que mucho menos para su solución, debemos exigir o hacer uso de la transpolación de normas jurídicas o valores extraños a nuestro ordenamiento jurídico; pues se trata en realidad de hacer prevalecer, no por capricho, sino por derecho propio, nuestro particular sistema de principios jurídicos basados en los “valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad”<sup>15</sup> y en todo caso establecer cual es su correcta interpretación

---

<sup>15</sup> Cfr. **Francesco Donato Busnelli**, Bioética y Derecho Privado, Fragmentos de un Diccionario, Editorial Grijley, Lima 2003, p. xxvi... “A esta orientación –pandectista alemana que negaba a algunos hombre en particular la capacidad jurídica- se puede contraponer aquella que un autorizado romanista (Pierangelo Catalano) ha identificado como orientación de la “tradición ibérica, y que difundió sobre todo en el continente latinoamericano, ha inspirado una concepción, por así decir “naturalista” del nasciturum, definido como persona por nacer, pessoa por nascer. Quizás puede sorprender, pero ciertamente es significativo el enfoque del monumental código argentino de Vélez Sarsfield de 1871: allí se afirma el principio que “todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas” (Art. 51), para después agregar – iniciando la disciplina de las personas antes del nacimiento”, a la cual son dedicados quince artículos- que desde el al concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas (art. 70). El hecho que existiera conocimiento de una diversa orientación lo demuestra Teixeira de Freitas, quien, en una nota a propósito de su “Esbozo” de código civil, critica expresamente la teoría de la ficción de Savigny sobre la base de los textos romanos que – a opinión del gran jurista brasileño – “reconhecen a realidade assemelhando o nascituro ao filho ja nascido”. Y el novísimo código civil brasileño no desmiente del todo tal orientación; pero uniformándose al código civil peruano de 1984

y aplicación respecto de los tradicionales dilemas relativos al inicio de la vida, a los derechos del concebido, de la dignidad de la persona, de la filiación, etc.

## **2. El concebido: sujeto de derecho.**

Conforme el avance científico de los días de hoy se puede determinar con toda seguridad que el objeto de las técnicas de reproducción asistida son seres humanos en su primerísima manifestación de vida. Y resulta tan evidente esto que me permito recurrir al discernir un tanto irónico, pero no por eso tan cierto, de un viejo amigo médico que respecto de los embriones humanos decía: “Que es tan cierto que los embriones son seres humanos que si los dejamos crecer, no van a resultar perros”. Sobre los derechos del concebido, del nascituro o nasciturum por lo tanto no puedo dejar se citar al maestro sanmarquino Fernández Sessarego: *“El artículo 1° del Código, como se advierte, contiene un novedoso aporte al otorgar al concebido la calidad de sujeto de derecho, de centro de imputación normativo. Esta importante innovación se sustenta en la realidad, desde que el concebido*

---

*–que ha introducido la distinción entre persona y sujeto de derecho atribuyendo al concebido esta última calificación- dispone que “a personalidade civil da pessoa comenca do nascimiento com vida; mas a lei poe a salvo, desde a concepcao, os directos do nascituro” (art. 2...) ”A) El tema de las relaciones entre bioética y derechos humanos ve en la latinidad un terreno particularmente fértil de desarrollo del principio de la “dignidad humana”, que la Declaración de Niza pone como súper principio, contraponiéndolo implícitamente al súper principio de la autonomía que sobresale en la bioética norteamericana. ... Es un principio fundador que sin olvidar el pasado se proyecta hacia el futuro. Es la dignidad reafirmada por las más jóvenes Constituciones de la Europa Latina: La de Constitución portuguesa de 1976 que define a Portugal como “una República soberana fundada sobre la dignidad de la persona humana” a la Constitución de Rumania democrática (1991) que declara “la dignidad del hombre”, como “valor supremo garantizado”. Es la dignidad que se opone a cualquier “instrumentalización de los seres humanos”: así se expresa, siempre en Europa, la convención relativa a los derechos humanos y la biomedicina de 1997... La dignidad humana, así calificada, es cuidadosamente diferenciada de la dignity del lenguaje constitucional norteamericano, donde el término asume una connotación exquisitamente subjetiva, cuyo contenido sustancial es definido por el individuo en particular, y deviene así una manifestación del super principio de los (solos) sujetos competents. En cambio, la acepción latina de la dignidad tiene una connotación objetiva y una extensión ilimitada, que permite referirla a cualquier ser humano – sensible o no sensible, capaz o incapaz de entender y querer, ya nacido o nasciturum-, y que ninguno puede arbitrariamente desechar “la dignité est “hors comense” – así se expresa un jurista francés (B.Edelman)-; en deux mots, un homme nést pas libre de renoncer a sa qualité d’homme”... Es la vía de la solidaridad, una solidaridad que no se reduce a simple beneficiency. La iniciativa de quien dona un órgano normalmente una manifestación de liberalidad solidaria. El artículo 19 de la convención de Oviedo deja claramente entender cuando vincula el presupuesto del consentimiento del donante con aquel del interés terapéutico del receptor, postulando implícitamente una relación de solidaridad familiar o afectiva, que las leyes europeas proveen a veces a explicitar y a circunscribir. ”*

*constituye vida humana, genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide. De este modo se supera la ficción que se alojaba en el artículo primero del Código Civil de 1936, en cuanto se reputaba nacido al concebido, no obstante que, en verdad, aún no había nacido. Estimamos innecesario recurrir a la ficción o fingimiento que adoptaba el código derogado en tanto el concebido es una realidad distinta y previa a la persona natural: representa una el momento inicial del proceso de la vida humana. De ahí que, en atención a dicha realidad, se considere al concebido como lo que es, como un sujeto de derecho, sin tener que utilizar el inútil artificio de atribuirle, prematuramente y sin sustento en la experiencia, una calidad, que aún no es. El nasciturus no es aún persona natural ya que no se ha producido el hecho determinante del nacimiento, sin que por ellos deje de ser vida humana. El concebido no es aún persona: es un sujeto de derecho distinto y autónomo, un centro de referencia de derechos desde el instante de la concepción y hasta el nacimiento. El código civil se aparta de las concepciones clásicas sobre el concebido. De un lado, desestima aquella solitaria posición contenida en el artículo 70° del Código Civil argentino de 1869, que otorga al concebido sin más, la categoría de persona natural y, del otro, descarta la tesis opuesta que niega al concebido el ser vida humana. De igual modo, el artículo supera la teoría ecléctica del Código Civil peruano de 1936 que consideraba al concebido como una mera ficción al “reputado nacido” y por ende, persona sin haber aún nacido y a condición de que nazca vivo. .. En lo que concierne a la atribución de derechos al concebido, el artículo primero distingue la imputación de derechos no patrimoniales – o extrapatrimoniales – de aquellos de carácter patrimonial. En cuanto a los primeros, como sería el caso del derecho a la vida, es evidente que tales derechos no están sujetos a condición alguna. En cambio, existe un conjunto de derechos de índole patrimonial que sí están sometidos a condición resolutoria .... el concebido, en cuanto sujeto de derecho, tiene capacidad de goce, si bien limitada, restringida “para todo cuanto le favorece”. En cambio, es un incapaz absoluto de ejercicio. Sus derechos son ejercidos por sus representantes. El ser capaz “para todo cuanto le favorece” debe ser interpretado del modo más amplio. Al concebido favorecen derechos como el de la vida, que carece de significación económica, el de ser reconocido para efectos de filiación, el de adquirir por herencia o donación, el recibir indemnizaciones por daños cometidos a terceros – como puede ser el que origine la muerte del padre-, así como otros de que goza a través de la madre en tanto depende de ella para su subsistencia en el claustro materno. En este último sentido cabe aludir a los alimentos y a los derechos sociales de que goza la mujer embarazada que trabaja. La somera mención de derechos del concebido que hemos realizado debe entenderse como meramente enunciativa.”<sup>16</sup>*

---

<sup>16</sup> Carlos Fernández Sessarego, Derecho de las Personas, Editorial Jurídica Grijley,

### 3. La persona humana y las Técnicas de Reproducción Asistida.

Señala “prudentemente” Varsi que la cesión de gametos es lícita en cuanto se respete la dignidad de las partes intervinientes<sup>17</sup>. Para Varsi, la dignidad de la persona humana será el límite de cualquier acto o cometido médico; sin embargo resulta contradictorio cuando en una anterior publicación menciona que: *“consagremos el derecho universal y connatural a la vida, no difundamos más el derecho a sobrevivir, del cual son beneficiarios directos los actuales embriones crioconservados. Con este criterio debe prohibirse la crioconservación y a formación de bancos de embriones pues atentan directamente contra el derecho a la vida, salud, integridad y dignidad del concebido.”*<sup>18</sup>

Entendemos en su reciente publicación<sup>19</sup>, que sólo un “aggiornado” Varsi puede considerar que para la ovodonación sólo será necesario de la participación de 04 personas: La primera de ellas será la del cedente de gametos masculinos; la segunda, la del cedente de gametos femeninos, la tercera, la de la mujer infértil y finalmente de la participación de una niña nacida del cometido médico<sup>20</sup> de ovodonación; sin embargo la ciencia médica como está<sup>21</sup>, y conforme se ha comprobado por los hechos ocurridos<sup>22</sup>, nos informan todo lo contrario.

Desde luego, un “renovado” Varsi y la gran mayoría de los que opinan a favor de la realización de técnicas de reproducción asistida sin ningún control - olvidan o quizás quieren olvidar de la existencia de otros participantes que han sido necesarios para el nacimiento de la menor. Nos referimos a los cuatro embriones que actualmente se encuentra crioconservados. Al respecto cabe la siguiente pregunta: ¿Que pasará con la dignidad de estas criaturas humanas que se encuentran crioconservadas? ¿Quién velará por los derechos de estos concebidos cuyo desarrollo biológico ha sido

---

Novena Edición actualizada, Lima 2004, p. 5, 6.

<sup>17</sup> [www.enriquevarsi.com](http://www.enriquevarsi.com). Porque no decir y sentir las cosas como realmente son.

<sup>18</sup> Enrique Varsi, Derecho Genético, Editorial Grijley, Lima 2001, p.274, 275.

<sup>19</sup> *Ibíd*em, [www.enriquevarsi.com](http://www.enriquevarsi.com). Porque no decir y sentir las cosas como realmente son.

<sup>20</sup> Decimos cometido médico en contraposición al acto médico que en razón a su naturaleza debe ser un acto lícito. Cfr. Alberto González Cáceres, El Acto Médico, Análisis Jurídico, Actualidad Jurídica, Tomo 138, Mayo 2005, p. 299, Editorial Gaceta Jurídica.

<sup>21</sup> Luis Noriega, Fabrizio Vizcarrá, Rocio Romero, Guillermo Llerena, Ladislao Prazak, Ovodonación en el Perú: dos años de experiencia. Primeros resultados de fertilización in vitro -transferencia embrionaria con ovocitos donados. “Finalmente tenemos que decir que 6 niños han nacidos hasta el día de hoy, saludablemente, sin ningún tipo de malformación o complicación, como producto de gestaciones con ovocitos donados. **De los 60 embriones transferidos, 10 implantaron**, de los cuales 9 progresaron a embarazo clínico, 1 se perdió, 6 llegaron a término y 2 están en curso, lo que nos da una tasa de implantación de 0,17”.

[http://sisbib.unmsm.edu.pe/BvRevistas/ginecologia/Vol\\_44N1/ovodonacion.htm](http://sisbib.unmsm.edu.pe/BvRevistas/ginecologia/Vol_44N1/ovodonacion.htm)

<sup>22</sup> Recordemos que por propia versión del profesional que realizó la ovodonación se conoce que existen cuatro embriones crioconservados en su establecimiento sanitario.

detenido injustamente?, ¿Quién será el gran juez que resuelva sobre la vida y los derechos y la dignidad de estas criaturas humanas? Es un dilema pendiente por resolver.

#### **4. Verdad biológica.**

Conforme hemos mencionado ante los órganos jurisdiccionales, en nuestro país el tradicional sistema de filiación cerrado pro legitatis ha cedido en favor de un sistema de filiación pro veritatis. En ese sentido nuestra Jurisprudencia nacional se ha manifestado a favor de ella de manera muy profusa y ha sido casi unánime en manifestarse a favor de la verdad biológica cuando se han resuelto situaciones en las que se presentan antagónicamente al derecho de la apariencia o a la presunción<sup>23</sup>. A nivel legislativo ha sido muy difundida la aplicación de la Ley 27048 y la ley procesal de filiación extramatrimonial, Ley N° 28457. La doctrina se ha comportado en la misma dirección. En efecto Claudia Morán de Vicenzi es muy acertada cuando señala que ...

*“ Nuestro continente no fue ajeno a la corriente francesa, y diversos Códigos de países de nuestro entorno siguieron el modelo restrictivo que a la vez diferenciaba entre filiación legítima e ilegítima, y dentro de esta última diversas clases de hijos según la condición de los padres. En el Perú, los Códigos Civiles de 1852 y 1936 acogieron estos mismos principios en los apartados dedicados al régimen de filiación, si bien lo hicieron con diversa intensidad. En el primero, se reconoció la existencia de dos clases de filiación: la legítima y la ilegítima. Dentro de esta última los hijos ilegítimos fueron clasificados en naturales, nacidos de padres que si bien no estaban casados no tenían impedimento para contraer matrimonio; y no naturales, procreados por quienes estaban impedidos de contraer matrimonio. El artículo 242 del referido cuerpo legal prohibía en cualquier caso la investigación de la paternidad ilegítima, resultando en este extremo aún más radical que su fuente francesa. Asimismo, limitó el derecho de alimentos y los derechos sucesorios, dependiendo de si concurrían o no con parientes legítimos. Por su parte, el Código Civil de 1936, si bien mantuvo la diferencia entre filiación legítima e ilegítima, eliminó la clasificación de los hijos extramatrimoniales, aunque en algunos casos hizo mención a los adulterinos e incestuosos. En cuanto al contenido de la filiación, esto es, a los derechos reconocidos a unos u otros, mejoró la situación de los ilegítimos, permitiendo en algunos casos la investigación de la paternidad y la legitimación de los hijos nacidos de una relación adulterina o incestuosa. Algún tiempo después empezó a imponerse entre los juristas y los tribunales una nueva postura orientada a eliminar la rigidez de las normas del régimen de filiación, corriente que fue seguida por diversos ordenamientos europeos y latinoamericanos. Producto de la misma es la regulación de la Constitución de 1979 y la de 1993, sobre la igualdad de los hijos y la equiparación de clases de filiación que implícitamente reconoce el derecho a investigar la paternidad, desarrollada posteriormente por el Código Civil de 1984 y por la Ley N° 27048 que regula lo relativo a la*

---

<sup>23</sup> Cfr. Enrique Varsi, El proceso de Filiación Extramatrimonial, Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2006, pp. 153 y ss.

*actuación de las pruebas biológicas. Esta corriente defiende la primacía del principio de veracidad o favor veritatis, por considerarlo como el criterio ideal y más justo. Aunque el legislador también puede establecer ciertas limitaciones a fin de proteger valores y derechos que el ordenamiento jurídico considera igualmente importantes –fundamentalmente la estabilidad del status familiae –, por lo que se puede decir que aún mantiene vigencia el favor legitimitatis, aunque ciertamente haya perdido su rigidez y sea otro su fundamento, conservando más que nada su tradicional denominación. Ahora bien, el hecho de que el legislador haya establecido algunas restricciones, no supone que la veracidad pierda su cualidad de regla o principio rector. Cualidad que se refleja en unas normas especialmente orientadas a favorecer la coincidencia entre la realidad biológica y la determinación legal; **pero también su carácter de criterio de interpretación preferente sobre los demás, en caso de duda o vacío legal.** Lo anterior confirma que cada ordenamiento jurídico organiza su esquema normativo en relación a la filiación matrimonial y extramatrimonial, poniendo en juego las reglas y criterios derivados de la coexistencia de ambos principios. Por esta misma razón se afirma que no existen regímenes de filiación puros, ni cerradamente formalistas ni excesivamente realistas, **aunque la tendencia actual sea la de privilegiar la veracidad biológica.** Es dentro de este contexto de marcada apertura hacia la realidad biológica en el que se enmarcan las legislaciones y la jurisprudencia, que admiten la actuación de las pruebas biológicas como un medio que puede corroborar o descartar una paternidad controvertida. Estos medios de prueba, al coadyuvar a la determinación de la filiación jurídica biológica, se convierten en uno de los instrumentos legales para hacer efectivo el derecho a conocer el propio origen biológico y la tan defendida igualdad de categorías de filiación. Así también lo ha interpretado la jurisprudencia extranjera en diversas sentencias, en las que se ha puesto de relieve la estrecha vinculación que existe entre las pruebas genéticas y los referidos derechos.<sup>24</sup>*

Ciertamente esta posición es la que apoyamos, no en razón al conveniente beneficio inmediato que nos prodiga el novísimo sistema de filiación para el caso puesto en debate, toda vez que no solo cuestiona la presunciones de paternidad, sino que también discute indudablemente el viejo adagio romanista que señala que “madre es la que pare”<sup>25</sup>, sino debido a que estamos convencidos que los avances científicos, como en estos casos, deben ayudar a la sociedad a establecer la primacía de la verdad.

##### **5. Filiación, Familia y Legitimidad para obrar.**

Se ha mencionado que en el caso en cuestión no existiría legitimidad para obrar en razón a que el medio hermano no tendría derecho a solicitar, por ejemplo, la tenencia

---

<sup>24</sup> Claudia Morán de Vicenzi, El Concepto de Filiación en Fecundación Artificial, ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2005, p. 30.

<sup>25</sup> Mater semper certa est.

de su hermana menor ni podría reclamar a futuro los demás derechos inherentes a la sociedad paterno filial (sic)<sup>26</sup>. Al respecto nuestro código civil señala que para impugnar la maternidad se deberá acreditar interés legítimo<sup>27</sup>. Pues bien dicha situación nos obliga revisar aquellas Instituciones que han sido trastocadas como consecuencia de la aplicación de la ovodonación. En primer lugar debemos señalar que el interés para obrar es una situación jurídica subjetiva; esto es, que existe dicha situación jurídica procesal en razón a la particular condición del sujeto de derecho y en ese sentido la prueba o acreditación de la afectación del derecho violado, desconocido o incumplido (del menor impugnante) es consubstancial al momento de la aparición de la irregular situación jurídica acusada (esto es el falso reconocimiento) por lo que resulta irrelevante para quien tiene la condición única y particular del vínculo sanguíneo, tener que probar o acreditar afectación (como señaló la Sala al confirmar la improcedencia de la demanda de impugnación) para demostrar que posee interés moral para accionar judicialmente. Al respecto es lúcida la cita de León Barandiarán que hace Marcial Rubio Correa cuando comenta el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil: *“En lo que hace a la inclusión de los miembros de la familia, ello se justifica por la consideración de que dicho miembros y el agente directo forman una comunidad endopática, por la cual lo que pueda afectar al agente es susceptible que afecte a ciertas personas vinculadas a él por estrechos vínculos de parentesco. Con todo, la familia puede ser un término equívoco. Aquí quiere significarse quienes están unidos por estrechos lazos familiares, constituyendo una comunidad doméstica, en cuanto todos los miembros que componen la familia en sentido estricto viven alrededor de un hogar en comunidad existencial. La Constitución ha calificado a la familia como una sociedad natural (art.V).”*<sup>28</sup>

## **6. ¿Derecho a la maternidad?**

Se ha mencionado que *“nos encontramos frente al típico caso de una madre soltera que decidió ejercer sus derechos reproductivos y no quiso revelar el nombre del padre de su hija al momento de inscribirla, por lo que mal puede llevarse adelante un proceso para que, amparándose en una presunta paternidad que no ha sido reconocida por el presunto padre, se impugne la maternidad de una madre soltera”*<sup>29</sup> Al respecto debemos mencionar en primer lugar que en el caso en cuestión si ha existido el debido reconocimiento de paternidad, pues de lo contrario no existiría ninguna legitimidad para impugnar el falso reconocimiento. En segundo lugar se hace necesario preguntarse: ¿Existe un denominado derecho a la maternidad? Sobre el particular Vicente Montés Penadés<sup>30</sup> señala lo siguiente: *“No*

<sup>26</sup> Ibidem, Clara Mosquera Vásquez, La Genética en los Tribunales Peruanos. p. 23

<sup>27</sup> Artículo 399.- El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395.

<sup>28</sup> Marcial Rubio Correa, Título Preliminar, Vol III. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Fondo Editorial 2001, p. 120.

<sup>29</sup> Cfr. Clara Mosquera Vásquez, La Genética en los Tribunales Peruanos, p. 23.

<sup>30</sup> Vicente Luís Montés Penadés, Magistrado del Tribunal Supremo Español. Doctor en Derecho por la Università degli Studi di Bologna.

*creo que la mujer en general, sea titular de un derecho absoluto a ser madre, en lo que coincide plenamente con alguna de las apreciaciones ya formuladas. Pero igual que la mujer sola puede concebir por obra y gracia de una relación sexual no permanente ni estable, no veo como se pueda impedir – o no veo porqué- que esto mismo se logre a través de una técnica IAD o FIV. Ciertamente en tal caso no estaríamos exactamente ante un “tratamiento” o ante una “terapéutica”, o mejor dicho sería indiferente que lo estuviéramos o no. Pero ello tendría otras consecuencias ... La verdad yo ni siquiera creo que exista un derecho a la maternidad, y desde luego no estoy afirmando que no haya que proteger la maternidad, ni mucho menos que todas las madres o futuras madres no merezcan igual tratamiento, sin consideración a su condición o al procedimiento para su fecundación. A lo que me refiero es al supuesto derecho a quedar embarazadas que ni está previsto ni puede predicarse. Lo más que puede pedir una mujer es que se le den los tratamientos, los medicamentos y las intervenciones quirúrgicas necesarias que la habiliten para ser madre, esto es que busquen colocarla en igualdad de condiciones para ser madre, si es que por enfermedad o defecto no las tiene, pero no un derecho a ser madre. Es que el ser madre, por horroroso e increíble que parezca, no es un asunto solo de mujeres, la maternidad viene aparejada a la reproducción y esta es una facultad o atributo de la pareja humana, del hombre y de la mujer a los que se les dotó de los elementos biológicos que la hacen posible, tanto que sin uno u otro de estos elementos la procreación y por lo tanto la maternidad y la paternidad no son posibles, de suerte que, si de un derecho viene a hablarse; dígase de la reproducción, y en este caso, el sujeto de tal derecho no es ni el hombre para pedir la paternidad, ni la mujer para solicitar la maternidad, sino la pareja y, no digo si estable o no, asunto que ya se estudiará, aún cuando los únicos que pedirán ese reconocimiento son aquellos que pretender permanecer unidos.... Desde luego no faltarán las voces de quienes dicen que no puede exigírsele a una mujer que se junte necesariamente con un hombre para ser madre (o que se le exija unirse necesariamente a una mujer para ser padre, pero tales afirmaciones exageradamente machistas o feministas no pueden ser atendidas, desoyendo el palmar, claro y protuberante mensaje de la naturaleza que señala que ese don solo les viene de la unión. La llamada maternidad del deseo no existe, no es posible aceptar que esta sociedad del bienestar deba dársele a los usuarios todo lo que pidan por la sola razón de que existan los medios técnicos o científicos, no se trata de un chupete, de un muñeco, del juguete de turno o una mascota, hablamos del germen generador de mi especie y aún cuando con la figura del donante quiera mostrarse otra cosa y algún médico practicante de estas técnicas afirme que el semen no es más que un líquido químico, ese esperma reproducirá un ser vivo semejante al donante, con 23 cromosomas entregados por él que marcarán por siempre su condición... No es serio señalar como argumento para la fecundación de una mujer sola la facultad que ella tiene de embarazarse con una relación no estable, incluso episódica, sería oficializar la irresponsabilidad,*

*pero desde la óptica en que he querido formular mis opiniones, esto es, la protección del niño, tal circunstancia no agrega ninguna argumentación, pues el hijo fruto de esta relación tendría un padre conocido de quien solicitar a quien imponer asistencia mientras que con la fecundación de mujeres solas no.<sup>31</sup> De igual opinión es el jurista colombiano Jaime Enrique Sanz Álvarez cuando menciona: “...En efecto, el de la maternidad, aún aceptándolo, que yo no lo acepto, no sería un derecho absoluto, que no puede entonces concederse si con ellos se violan otros derechos de más clara y señalada presentación, pero además de objeto de mayor protección, como el que tienen los hijos a nacer y formarse en un hogar y especialmente a tener la protección que le brindan su padre y su madre. La fecundación de mujeres solas se apoya, más que ninguna otra forma de aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en el anonimato absoluto, porque cuando se trata de una pareja el hijo tendrá siempre un padre legal que asuma las responsabilidades propias de la paternidad, de suerte que, si el anonimato absoluto no se concede, o permite que en ciertas y determinadas circunstancias pueda revelarse su identidad, siempre cabe decir que esta paternidad biológica no lleva aparejada ninguna responsabilidad, porque éstas están cubiertas, mientras que en el caso de las mujeres solas, cuando no hay padre legal, esto es, un hombre que asuma las responsabilidades frente al hijo, es posible obtener la donación porque se cuenta con el secreto, pero tal circunstancia lleva consigo que no tenga padre responsable, consecuencia esta que le hace inferior a los demás niños que tienen el cuidado y la protección adicional del padre, quien participa en la crianza y agrega el componente de su propia personalidad, que conforme el sexo y la condición personal y social del niño y le aporta además **unas raíces familiares de una mayor expansión, pues en esa forma tendrá también primos, tíos y abuelos paternos; toda esa diáspora le concede así mismo una más amplia seguridad de que lo faltará apoyo económico, pues en cada caso tendrá más personas que acudan a ampararlo.**<sup>32</sup>*

## **7. El artículo 7° de la Ley 26842.**

En el Perú sobre Reproducción Asistida se dice y escribe mucho al punto que el tema se ha tornado mediático<sup>33</sup>; sin embargo particularmente sobre el artículo 7° de la Ley

---

<sup>31</sup> Vicente Montés Penadés en Fecundación Asistida, ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida, Jaime Enrique Sanz Álvarez, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2002, pp. 46, 47, 48, 49

<sup>32</sup> Jaime Enrique Sanz Álvarez, Fecundación Asistida, ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2002, pp. 51, 52.

<sup>33</sup> “En navidad la felicidad se multiplica”, El Comercio 21 de diciembre de 2,007; “Hace falta en el Perú una Ley de Reproducción Asistida”, El Comercio, 23 de Octubre de 2008; “Papá con ayuda de la ciencia”, El Comercio, 15 de Junio de 2008; “Una estafa nunca antes concebida”, El Comercio, 16 de marzo de 2,008.

26842, Ley General de Salud<sup>34</sup>, tenemos la impresión de que sólo se refieren de forma negativa por las limitaciones, y menos ganancias por cierto, que impone a sus infractores<sup>35</sup>; por individualismos no satisfechos<sup>36</sup>; por el afán de congraciarse con los réditos que reportan sus cometidos; por una inmediata identificación de género con sus “beneficiarias”; por interpretaciones arbitrarias<sup>37</sup>; o simplemente por desconocimiento; sin embargo, no se quiere reconocer que el mismo ha sido concebido en concordancia con nuestro ordenamiento jurídico y que es una norma de orden público<sup>38</sup>. A pesar de esto, lo que si pareciera es que existe un problema en la interpretación de la referida Ley. Al respecto recordemos lo que enseña el reconocido profesor Marcial Rubio Correa: “... *la norma jurídica dice algo que debe ser tomado como tal en un primer nivel de análisis que es, justamente el que hemos desarrollado sobre nivel lógico jurídico. Según él, casi toda norma tiene un*

---

<sup>34</sup> “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.”

<sup>35</sup> “La Clínica Miraflores y el propio doctor Ascenzo se vieron involucrados con la investigación de una red internacional de vientres subrogados – conocidos más familiarmente como “vientres de alquiler”- con sede en el Perú, en diciembre del año pasado. Entonces, Ascenzo rechazó ser parte de una mafia y la polémica puso en evidencia un vacío legal. En todo caso, en el Perú está prohibido comprar óvulos, espermatozoides, aclara ahora, pasado el escándalo, Ascenzo. Se puede en todo caso, donar espermatozoides, y acceder a un banco de esperma y elegir de acuerdo al fenotipo en mente. Pero la legislación nacional exige que la madre biológica sea también la madre genética. “**Es un absurdo**”, dice el doctor. “En los países de Latinoamérica – salvo nosotros, Chile y Costa Rica- se permite. En EE.UU. hasta se ofrecen a través de Internet. Esperamos que haya un cambio en la legislación nacional, para lo cual este Instituto puede brindar a las personas encargadas de revisar estas normas, todo el apoyo científico necesario. Ojala que cambie por el bien de los pacientes, pues es una posibilidad más de ser madres”, finaliza Ascenzo. “Y porque finalmente, esa debería ser la decesión de la persona” Caretas, 2 de agosto de 2007, Edición N° 1987, p. 82.

<sup>36</sup> Ibidem, Enrique Varsi, Chuculum Técnico, verborrea barata y disparates jurisdiccionales, Entrevista de Rodrigo Delgado Capcha acerca de la primera casación en materia de procreación asistida para la Editorial Gaceta Jurídica: “*La Ley General de Salud es un adefesio, es una norma incompleta. Una norma que a alguien se le ocurrió plasmar y que ni siquiera se ha estudiado, reglamentado ni completado*”.

<sup>37</sup> Ibidem, Contrariamente al principio general del Derecho que señala que “no se debe distinguir donde la Ley no distingue”, señala la Dra. Clara Mosquera para Diálogo con la Jurisprudencia que: “*si bien la demandada recurrió a una ovodonación ello es permitido, pues el articulado en mención al señalar que la condición de madre gestante y madre genética debe recaer sobre la misma persona, está referida a los “vientres de alquiler” y no a la ovodonación, el que es un tratamiento aceptable desde cualquier punto de vista, bastante difundido*”

<sup>38</sup> Artículo IX del Título Preliminar de la Ley 26842, Ley General de Salud.

*supuesto y una consecuencia que son punto de partida elemental del trabajo en el Derecho. En este nivel es preciso no confundir la denotación del texto con sus aparentes connotaciones porque, en ese caso, puede arribarse a grandes errores.*<sup>39</sup> Así conforme lo expresado por Rubio Correa, queda claro que en nuestro país sólo pueden realizarse tratamientos de reproducción asistida en personas infértiles (no en cualquier persona), siempre que se mantenga la coincidencia entre la madre biológica y la genética, de tal manera que queda prohibido por la Ley, la posibilidad de realizar cualquier técnica de reproducción heteróloga o supracónyugal (ovodonación, embriodonación, etc.), o que se realice cualquier técnica de reproducción asistida en personas sin problemas de fertilidad (v.g. elección de sexo, “reducción” por malformación genética o llamada también “consejería genética”, etc.)<sup>40</sup>. Así pues cualquier acto que se realice en contra de la Ley serán actos ilícitos o marginales a la Ley y si bien que en nuestro país no tendrán sanción penal por ausencia de un tipo penal punitivo<sup>41</sup>, sus consecuencias, de ser el caso, no tendrán porque no estar sujetas a nuestras disposiciones legales civiles y administrativas.

En efecto, en el ámbito civil todo contrato, convenio o como quieran denominar sus infractores, en los que se pacta la cesión de óvulos, será nulo (artículo V del Título Preliminar del Código Civil); los consentimientos informados que se otorguen para la cesión de óvulos deberán correr la misma suerte. De igual manera los convenios, contratos o consentimientos informados para la realización de la ovodonación, serán nulos, a pesar que se invoque la regla jurídica del “*venire contra factum proprium nulli conceditur*”<sup>42</sup>. Así mismo, estamos convencidos que en el caso que los

---

<sup>39</sup> **Marcial Rubio Correa**, El sistema Jurídico, Introducción al Derecho, Octava Edición, Editorial Fondo Editorial, Lima 2001, PUCP, p. 116.

<sup>40</sup> Recordemos que el conector lógico textual “cuando” es una conjunción subordinante que expresa una condición o requisito para que se realice la acción del segmento principal. La oración subordinada es la condición para que se realice dicha oración principal. “Guía de estudio de Razonamiento Lógico Verbal – Décimo Primer Curso – PROFA, Diciembre de 2008”, Academia de La Magistratura, p. 34.

<sup>41</sup> “Una estafa nunca concebida”, El Comercio, 16 de mayo de 2008. “Según el abogado especializado en derecho genético, Enrique Varsi, la maternidad sustituta que involucra el 'vientre en alquiler' no es delito. Está restringida por la Ley General de Salud y el Código Civil, pero no merece prisión debido a que no aparece en el Código Penal”.

<sup>42</sup> **Mario Castillo Freyre**, Rita Sabroso Minaya, La Teoría de los Actos Propios, Editorial Palestra, Lima marzo 2,006, p. 68. “...No cabe duda de que el primer gran tema en donde se cuestiona de una manera radical la posibilidad de aplicar la teoría de los actos propios es aquél en el cual nos encontramos en presencia de un acto jurídico nulo, en cuya validez creyeron, al momento de su celebración, ambos contratantes. En ese sentido, es posible que luego de celebrado el acto, una de las partes sostenga o invoque tal nulidad, lo que podría ser interpretado como una conducta contradictoria de esta parte... (...) Como sabemos el artículo V del Título Preliminar del Código Civil establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan el orden público o las buenas costumbres. Según Vidal Ramírez, el artículo V es una norma que constituye un principio general del derecho que subordina la autonomía de la voluntad o autonomía privada al orden público – que comprende a las buenas costumbres-, en cuanto declara la nulidad del acto, o si se quiere del negocio jurídico, que pretende

establecimientos o sus dependientes, generen daños a propios o extraños por estos actos, deberán responder conforme las normas de la responsabilidad extracontractual.<sup>43</sup>

---

producir efectos que le sean contrarios y advierte que el ordenamiento jurídico reconoce la eficacia de la autonomía de la voluntad, a la que le permite crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, sólo si está enmarcada dentro del orden público. Así las normas de orden público se caracterizan por su prevalencia sobre las originadas en la autonomía de la voluntad. Espinoza Espinoza, citando a Messineo y Bianca, señala que el orden público es el conjunto de principios fundamentales y de interés general (aunque no se traten de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas. Por ellos, el orden público, más que de normas concretas, resulta de principios cuyo reflejo constituye las normas jurídicas. En cambio, las buenas costumbres son entendidas como los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social. También se las conceptúa como los principios morales corrientes en un determinado lugar, en un determinado momento.... En consecuencia la contravención a las normas de orden público genera la nulidad absoluta del acto jurídico. Esta nulidad es la denominada nulidad virtual, en cuanto deriva de la violación del orden público y no de una causal específica o textual. Y, precisamente, por ser una nulidad que se fundamenta en el orden público puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público; asimismo, puede ser declarada de oficio por el juez y no puede ser subsanada por la confirmación. Dentro del tal orden de ideas, imaginemos que dos personas celebran un contrato que es manifiestamente contrario a normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Ambos contratantes, al momento de su celebración, están absolutamente convencidos de que los actos que constituyen objeto de sus obligaciones, no son contrarias ni al orden público ni a las buenas costumbres. Tanto así, que ejecutan buena parte de las obligaciones nacidas de ese contrato, intercambiando diversas prestaciones (pago de dinero, transferencia de propiedad de otros bienes, etc). ... Siguiendo la misma línea expuesta, López Mesa y Rogel Vide señalan que es inexplicable la Teoría de los Actos Propios en aquellos casos en el primer acto versase sobre una cuestión de orden público, indisponible para las partes.”

<sup>43</sup> **Fernando de Trazegnies Granda**, La responsabilidad Extracontractual, Vol IV – Tomo II, Biblioteca Para leer el Código Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2005, Lima, pp. 329, 330, 332. “**Los daños causados como resultado de la infracción de normas legales.** Una segunda categoría corresponde a los casos de daños causados en infracción de normas legales destinadas a los casos de daños causados en infracción de normas legales destinadas precisamente a impedir la conducta generadora de riesgo. En realidad la norma legal reglamentaria es uno de los medios mediante los cuales el Estado intenta erradicar un riesgo o limitarlo en términos razonables. Por ejemplo, no cabe duda de que mientras existan automóviles, habrán accidentes que producirán víctimas entre los conductores, pasajeros y transeúntes. La sociedad no quiere eliminar totalmente tal riesgo para la vida y la integridad corporal de sus miembros prohibiendo el uso de automóviles, porque el costo social de la medida de erradicación del riesgo sería muy alto: perderíamos la ventaja de la velocidad y otras derivadas de la moderna tecnología automovilística. Sin embargo, tampoco está

En el ámbito del derecho de familia, el tema es más complicado, sin embargo considero que nuestro propio ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que sobre la materia se haya producido<sup>44</sup> deberán ser aplicados. Creemos así que para todos los casos, y en particular para los embriones que se encuentren actualmente crioconservados- se debe recurrir a la adopción como Institución jurídica que supla la ausencia de padres o madres desconocidos. Ciertamente nuestra propuesta parecerá utópica o de repente sentimental, sin embargo en España ya existe un programa médico destinado a facilitar la viabilidad vital de aquellos embriones humanos injustamente crioconservados.<sup>45</sup>

## 8. Ciencia y derecho

Se ha mencionado que *“si es que uno de los motivos determinantes o centrales de la vida de las personas es la de ser padres en pareja o no, ¿entonces por la que ciencia o el derecho habría de negarles tan legítima aspiración de vida?”*<sup>46</sup> En realidad la pregunta resulta aparentemente legítima, sin embargo su respuesta envuelve una serie hechos colaterales que son necesarios abordar. En primer lugar, el avance actual de la ciencia no ha podido suprimir el “costo” de aquellos que han sido concebidos conjuntamente con aquellos que han sido “seleccionados” para desarrollarse y vivir. Como hemos mencionado anteriormente para el nacimiento de la menor de quien ahora se impugna su maternidad, se tuvo que concebir cuatro embriones humanos que ahora “esperan”, por así decirlo, que “alguien”, por así llamarlo, “decida” la continuación de su propia vida. ¿No esta la peor de las esclavitudes? Pregunto. En segundo lugar, la ciencia no ha impedido el abuso que se hace de ella y la posibilidad de que en vez de engendrar vida, engendre peligros para la propia humanidad. A decir de Jacques Testart<sup>47</sup>: *“Yo me decía que no podía ser*

---

dispuesta a aceptar el riesgo de manera indiscriminada: exige que los automóviles se conduzcan prudentemente e incluso fija objetivamente, a través de una norma legal, ciertos parámetros de conducta. Así el reglamento correspondiente, establece –entre otras medidas de seguridad (relativa) – velocidades máximas para que la circulación de vehpiculos, según las circunstancias de uso: el riesgo existe siempre por debajo de tales velocidades y puede dar lugar a accidentes; pero por encima de ellas el riesgo es demasiado alto y por eso resulta socialmente intolerable. Por consiguiente, a aquel que ocasiona un daño conduciendo por las calles céntricas de la ciudad a la velocidad obviamente antirreglamentaria de 100 kms. por hora, debe de aplicársele las medidas más severas orientadas a la erradicación del riesgo; además de obligarlo a la reparación del daño”.

<sup>44</sup> Cfr. Expediente 1371-2000, 1° Juzgado de Familia, Expediente 990-2001, Sala de Familia, Consulta N° 2860-2002-LIMA; Expediente 233-2003, 15° Juzgado de Familia, Expediente 3041-2004, Sala Especializada de Familia, Consulta N° 149-2005-LIMA.

<sup>45</sup> (<http://www.bebesymas.com/2006/11/09-adopcion-de-embriones-un-programa-exitoso>).

<sup>46</sup> Ibidem, Jairo Cieza Mora, La Técnica de Reproducción Humana Asistida y la Corte Suprema ¿Quién entonces es la madre?, p. 26.

<sup>47</sup> Agrónomo y biólogo de formación, doctor en Ciencias, director de investigación en el Inserm (Institut national de la santé et de la recherche médicale), Laboratorio de meiosis y maduración gamética, unidad Inserm - CEA 566 : «gametogénesis y genotoxicidad»; ex presidente de la CFDD (Commission française du développement durable, 1999-

*inocente haber extraído el óvulo del cuerpo de la mujer, haberlo puesto en un frasco, haber hecho un poco como hacen las ranas. Al fin y al cabo, todas esas invenciones relativas; las invenciones de la medicina de la procreación no hacen sino imitar procesos que existen en el animal, cosa que deja a uno estupefacto: la superovulación, la inseminación artificial, la conservación de espermatozoides y de embriones, y muchas otras “técnicas de punta” copian numerosas prácticas bien conocidas en el mundo animal, en particular de los insectos o los peces. Lo único que se hizo fue reproducir procedimientos que algunas especies diferentes de nosotros conocen desde hace tiempo: la fecundación fuera del cuerpo es bastante común en el mundo animal, y jamás existe entre los mamíferos. En el ser humano era nueva, y yo me decía que la cosa no podía quedar ahí, no serviría únicamente para permitir que una pareja estéril tuviera un bebé: puesto que los embriones estaban allí en la probeta y todavía no en el vientre, **llegaría la tentación de identificarlos para escoger el mejor y convertirlo en un niño.**”<sup>48</sup>*

Al respecto somos de la opinión que en un ámbito como este (de las técnicas de reproducción asistida) no puede existir la mínima sospecha de arbitrio, y cuando, a pesar de tomar toda la prudencia del caso, no se haya alcanzado todavía la certeza, debe prevalecer el principio de precaución<sup>49</sup>. Para esto es útil incrementar la investigación y la reflexión interdisciplinaria, de manera que se presente a la opinión pública la verdad más transparente sobre las implicancias antropológicas, sociales, éticas y jurídicas de la práctica científica. En todo caso debe regir como criterio principal el respeto a la persona.

## **9. Técnicas de Reproducción Asistida: ¿Vacío Legal?**

Sobre las técnicas de reproducción asistida ciertamente encontramos vacío legal en el Perú; y en sentido si compartimos con las opiniones vertidas en el especial de Diálogo con la Jurisprudencia de Gaceta Jurídica sobre el defecto normativo; sin embargo se

---

2003), Jacques Testart está consagrado a los problemas de la procreación natural y artificial en animales y humanos. Desde hace años, Testart es muy crítico respecto a las manipulaciones contra la vida. Y lo es especialmente contra las tentaciones eugenésicas, la búsqueda del hijo perfecto

<sup>48</sup> Jacques Testart: El racismo del gen. Biología, medicina y bioética bajo la férula liberal, Fondo de Cultura Económica, Primera Edición en Español, Bs. As. 2002, p. 19

<sup>49</sup> Cfr. Francesco Donato Busnelli, Bioética y derecho privado, Fragmentos de un diccionario. P. xxxi. “El principio de precaución es que propone como objetivo el de equilibrar la libertad y los derechos de los individuos, de las industrias y de las organizaciones con la exigencia de reducir los riesgos para la [vida humana], para el ambiente y para la salud de los seres humanos, de los animales y las plantas. En caso de riesgos de daños graves e irreversibles – se leía ya en la declaración de Río de 92 – la ausencia de certeza científica no debe de servir de pretexto para reenviar la adopción de medidas efectivas que tiendan a prevenir el deterioro del ambiente. En resumen se trata de administrar la incertidumbre científica; y el criterio debería ser aquel de “privilegiar la hipótesis de lo peor, de los que pueden devenir en daño irreversible, mismo a largo tiempo”: ésta es la conclusión a la que llega Genevieve Viney en su Rapport au Premier Ministre francés que representa el análisis más profundo del principio examinado”.



ha necesario saber si dicha regulación es necesaria y ¿en que medida?, por lo que al respecto coincidimos particularmente con lo señalado por Enrique Varsi<sup>50</sup> de que previamente a cualquier legislación de técnicas de reproducción asistida o regulación de cualquier otra actividad de experimentación o manipulación de células germinales humanas se determine al respecto ¿Qué queremos?, y sepamos establecer ¿a dónde vamos?.

#### IV. CONCLUSIONES

Conforme a nuestro mejor entender:

1. Para la resolución del fondo del proceso de impugnación los Juzgados deberán tener en cuenta la inexistencia de consentimiento de una de las partes para el procedimiento de ovodonación.
2. No es posible concebir un “derecho a la maternidad” ajeno a los intereses del bien superior del niño, de la familia, de la sociedad y de la naturaleza de las cosas.
3. De igual manera queda claro que conforme a nuestra legislación, la ovodonación resulta ser un procedimiento médico prohibido por la Ley.
4. Podrán realizarse técnicas de reproducción asistida sólo en personas infértiles.
5. Sólo podrán realizarse técnicas de reproducción asistida siempre y cuando se respete la dignidad y la vida de todos los embriones humanos que hallan sido concebidos extrauterinamente.
6. Las presunciones legales relativas a la filiación han cedido paso a la verdad biológica como prueba de imputación de la relación materno, paterno - filial.
7. Las investigaciones científicas en genética deberán ser realizadas teniendo en consideración la dignidad humana y el principio de precaución.
8. Previamente a la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida en nuestro país, se debe conformar una mesa interdisciplinaria, que a la luz de nuestra constitución, determine cual es el futuro en materia de filiación que se desea para nuestra sociedad.

Lima, 08 de Diciembre de 2008

---

<sup>50</sup> Ibidem, Enrique Varsi, Chuculum técnico, verborrea barata y disparates jurisdiccionales. *“Una Ley, por más completa y sabia que sea, nunca va a solucionar los problemas si no sabemos realmente lo que queremos de la procreática. En nuestro medio [lo que] debemos generar es – primero- una conciencia, un entender, una identificación con esta revolución procreática, para luego pensar si [es que] debemos resolverla.*