
LA CALIFICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA COMO NEGOCIOS JURÍDICOS TÍPICOS

Lizardo Taboada

Magíster en derecho civil y profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Como es sabido –y existe unanimidad en la doctrina–, las técnicas de reproducción humana asistida –denominadas simplemente TERAS– son los métodos técnicos que permiten suplir la infertilidad en las personas. Sabido es también que existen dos clases de TERAS: la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea.

La *inseminación artificial* se produce cuando los espermatozoides son introducidos en el canal vaginal, el útero o las trompas de falopio –según el caso– usando un método distinto de la cópula sexual, dejando que el proceso natural se complete, no sólo porque el método para acercar los gametos es atípico, sino porque concluye además con la sola introducción del material genético dejando que la fecundación se produzca.

La segunda clase de técnica de reproducción humana asistida es la denominada *fecundación extracorpórea* o *fecundación in vitro*, la cual consiste básicamente en reproducir con técnicas de laboratorio el proceso de fecundación del óvulo –que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de falopio– cuando obstáculos insuperables impiden que este fenómeno se realice *intra corpore*.

Pues bien, se acepta en la doctrina que hay dos tipos de inseminación artificial: la *homóloga* –cuando el semen proviene del esposo o del conviviente– y la *heteróloga* –cuando el semen procede de un donante distinto del marido y, por lo general, anónimo.

Del mismo modo, en lo que se refiere a la fecundación extracorpórea se presentan también los dos mismos tipos: la fecundación *in vitro* homóloga y la heteróloga. De esta forma, resulta bastante claro cómo ambas técnicas de reproducción asistida pueden realizarse con material genético del cónyuge o conviviente, en el caso de la homóloga, o con material genético de un tercero o dador, como sucede en la heteróloga.

Las críticas contra las técnicas de reproducción humana asistida homólogas se basan fundamentalmente en dos cuestiones: la primera, en la disociación entre el acto sexual y la concepción; y la segunda, en la inmoralidad de los actos para obtener el semen del marido o conviviente, fundamentalmente la masturbación.

Nuestra opinión es que las TERAS homólogas son conductas perfectamente ajustadas a derecho y que como tal deben ser reguladas. No podemos oponernos a esta regulación y legitimación de mecanismos científicos para la procreación entre cónyuges o convivientes basándonos en cuestiones religiosas o morales, sino en cuestiones de necesidades sociales. Por otro lado, quién puede decir que el deseo de los cónyuges o convivientes de tener un hijo de su propio material genético sea inmoral por el solo hecho de no ser consecuencia de un acto sexual. Nos parece, honestamente, desde nuestro particular punto de vista, un argumento carente de toda validez y sin ninguna justificación.

Como es sabido, en el campo de la realidad jurídica son tres las posibilidades que se tienen al valorar una conducta social. Las TERAS homólogas deben ser valoradas para ser reguladas positiva o negativamente o, en todo caso, para que el derecho sea totalmente indiferente respecto de las mismas. *Es decir, respecto de las TERAS como de cualquier otra conducta que se realiza*

en una determinada sociedad, se debe efectuar la misma medición. Una conducta puede ser considerada como positiva por el ordenamiento jurídico, en cuyo caso es tutelada y permitida y, por ello mismo, dotada de efectos jurídicos en concordancia con los propósitos prácticos de los sujetos que la hubieran realizado; o puede ser considerada como negativa, en cuyo caso es regulada para ser prohibida o no permitida y, por ello mismo, su realización es desencadenante de efectos jurídicos negativos, contrarios al propósito del sujeto o sujetos que la hubieran efectuado; y en último caso puede ser una conducta totalmente indiferente socialmente y, por ende, considerada por el sistema jurídico como indiferente, irrelevante o intrascendente, es decir, como no necesitada de tutela legal, debiendo quedar su regulación únicamente en el ámbito estrictamente social o personal. Siendo esto así, corresponde ahora examinar cuál debiera ser la actitud del ordenamiento jurídico nacional respecto de las técnicas de reproducción humana asistida homólogas y determinar si deberán ser consideradas como negocios jurídicos, como hechos jurídicos ilícitos o como hechos intrascendentes o indiferentes.

Resulta obvio, desde nuestro punto de vista, y desde el de la doctrina comparada mayoritaria, que el derecho no puede ser indiferente frente a un aspecto tan importante como el de la reproducción humana, razón por la cual no podemos decir ni remotamente que las TERAS homólogas puedan ser consideradas como actos indiferentes, irrelevantes o intrascendentes para nuestro sistema jurídico. Nadie puede dudar del aspecto esencial que representa para la humanidad en cualquier sistema jurídico y en cualquier sociedad el tema de la reproducción humana. Por tanto, sólo nos restan dos posibilidades: o aceptamos las TERAS homólogas como actos regula-

dos y tutelados por el derecho, esto es, como negocios jurídicos (actos jurídicos dentro de nuestro sistema jurídico), o las prohibimos y les damos carácter de actos sancionados por el derecho, es decir, de actos ilícitos (hechos ilícitos dentro de nuestro sistema jurídico).

Nos parece, desde nuestro punto de vista, que no existe cuestión más relevante para los individuos de una determinada sociedad que el legítimo deseo de aspirar a tener hijos de su propio material genético. La aspiración a hijos propios nos parece que es una necesidad considerada socialmente relevante, y como tal nos parece que los actos o comportamientos dirigidos al logro o satisfacción de esta necesidad social cumplen una función social relevante y trascendente, mereciendo, por lo tanto, ser considerados como actos totalmente legítimos que deben merecer el reconocimiento jurídico y una regulación legal expresa. *Dicho de otro modo, desde nuestro punto de vista las técnicas de reproducción humana asistida deben merecer la calificación de negocios jurídicos en el sistema jurídico nacional, pero no como negocios atípicos, es decir, privados de un esquema y de una detallada regulación legal, sino como negocios tipificados legalmente y que cuenten, por ello mismo, con un esquema legal y una detallada y expresa regulación normativa.* Resulta claro, también, que los hijos nacidos de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida homólogoas, en el caso de parejas unidas por el matrimonio, se encuentran, legalmente hablando, protegidos por la presunción *pater est* del artículo 361 del Código Civil, y no nos parece suficiente ni importante el argumento que señala que el artículo 361 presupone una fecundación natural.

De esta manera, queda claro que no existe duda alguna sobre la legitimidad de las TERAS homólogoas cuando se trata del

material genético del marido y la mujer legalmente unidos por el acto del matrimonio. Pensamos lo mismo respecto de las parejas que, no estando casadas, conviven establemente, en la medida en que tampoco existe duda sobre el material genético de los padres y en tanto y en cuanto se trate de la unión de un varón y una mujer que, sin estar casados, no tienen impedimento matrimonial y conviven voluntariamente. Tampoco existirá duda, en estos casos, respecto de la relación jurídica de filiación del hijo nacido.

Como será fácil imaginar, la crítica de la doctrina se acentúa en el caso de las TERAS heterólogoas, no sólo porque la procreación igualmente no es consecuencia del método natural, sino fundamentalmente porque el hijo tendrá material genético distinto al de uno de los cónyuges. Ha quedado demostrado, sin embargo, que los temores iniciales sobre una mala práctica de las TERAS heterólogoas no se han concretado en la realidad de ningún país. No se ha producido ninguna producción selectiva y dirigida de seres humanos. Por otro lado, se ha demostrado que los problemas de orden psicológico que pudieran dichas TERAS originar en la pareja no son tales, o por lo menos son semejantes al de los hogares que cuentan con hijos adoptivos. Tampoco se debe descartar que los hijos procreados naturalmente den muchas veces enormes problemas, incluso poniendo en riesgo la integridad de la familia. Solamente una visión prejuiciosa de la realidad—desgraciadamente casi una regla general en nuestro medio—nos puede hacer creer que los hijos de material genético de los mismos padres no ocasionan problemas, constituyendo ideales de conducta o comportamiento en los hogares constituidos como "Dios manda".

Nadie puede dudar de que la inseminación heteróloga, al igual que la fecunda-

ción *in vitro* heteróloga —así como las homólogas—, cumplen y satisfacen la necesidad social trascendente de contar con hijos, aun cuando en el caso específico de las heterólogas exista material genético de un tercero ajeno a la relación matrimonial o concubinal. Siendo esto así, respecto de estas técnicas debemos efectuar la misma medición que hicimos respecto de las homólogas. Pues bien, desde nuestro punto de vista las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas no sólo satisfacen la necesidad social relevante de la procreación, sino que además permiten que determinadas parejas puedan llegar a ser padres cuando el material genético de uno de los que las conforman es deficiente. No nos parece que el hecho de utilizar material genético de un tercero sea un elemento que sirva para privar de legitimación jurídica dichas técnicas. No aceptamos ningún argumento de orden supuestamente moral, religioso o de orden psicológico en contra de su legitimación. Sería absurdo e injusto calificarlas jurídicamente como actos ilícitos y menos aún considerarlas como hechos intrascendentes o irrelevantes. Por ello, nuestra posición es que las mismas deben ser también consideradas como negocios jurídicos tipificados legalmente, debiendo ser por lo demás rigurosos en lo que se refiere a sus requisitos legales. *Dicho de otro modo, las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas deben ser también contempladas como negocios jurídicos típicos en el sistema jurídico nacional, por cumplir una función socialmente relevante y digna, debiendo en todo caso ajustarse a rigurosos requisitos legales en protección del hijo nacido por su aplicación.*

El consentimiento del marido de la mujer inseminada con semen de un tercero es un requisito que se exige por la opinión de todos aquellos que, como nosotros, acep-

tamos la inseminación artificial heteróloga. Una vez que el marido dio su consentimiento, no puede negar su paternidad, no puede impugnarla, y la solución de la doctrina al negar esta posibilidad radica en la aplicación de la doctrina de los actos propios.

El consentimiento del marido no es pues sino una declaración de voluntad que produciría como efecto jurídico la imposibilidad, para el padre legal, de negar o impugnar la paternidad del hijo que resulta de la inseminación artificial heteróloga. Esta declaración de voluntad, como cualquier otra que produzca efectos jurídicos en el derecho privado, debe ser hecha con propósito serio, es decir, con la finalidad de alcanzar un resultado práctico amparado por el ordenamiento jurídico.

Esto presupone, en consecuencia, que el consentimiento del marido sea establecido como un verdadero y legítimo negocio jurídico en el sistema jurídico nacional, pues no podría establecerse como negocio atípico dada la trascendencia social de la materia, cual es la procreación. *Desde nuestro punto de vista, la fuerza vinculante de esta declaración de voluntad no es suficiente que se establezca en base a la teoría de los actos propios, bastante lógica y adecuada por cierto, sino que debe establecerse típicamente mediante la creación de esta declaración de voluntad como negocio jurídico tipificado legalmente, para que no exista duda sobre sus alcances, y debe establecerse normativamente que, una vez que el marido hubiera manifestado su conformidad con la inseminación heteróloga, ya no podrá negar o impugnar la paternidad del hijo de su mujer.*

Se trataría, pues, de un negocio jurídico unilateral, accesorio al negocio jurídico principal de la técnica heteróloga.

No nos parece suficiente ni conveniente, para el caso de dichos negocios jurídicos, una voluntad declarada tácitamente. Es cierto que el sistema jurídico nacional permite la declaración de voluntad tácita o expresa en el artículo 141 del Código Civil, pero en nuestro concepto, dada la trascendencia del aspecto jurídico referido a la procreación humana y a la relación de paternidad de un ser humano, debe imponerse como solución legislativa que la declaración de voluntad contenga una voluntad declarada expresamente, siendo insuficiente una declaración de voluntad tácita.

Como es sabido, las formalidades se exigen siempre en los actos o negocios jurídicos que están referidos a la órbita del derecho de familia y del derecho sucesorio, debido a la trascendencia e importancia de los aspectos que sobre los mismos tratan. En tal sentido, por tratarse del asunto fundamental de la procreación humana y del establecimiento de una relación jurídica filial, nuestro criterio es que, además de ser expresa la voluntad declarada, debe formalizarse por escrito mediante documento de fecha cierta.

De más está decir –y es fácil imaginarlo– que la mayor parte de la doctrina que acepta la inseminación artificial heteróloga opta por admitirla únicamente cuando se trata de una mujer casada, aceptando algunos autores y legislaciones la inseminación heteróloga en el caso de las mujeres con pareja estable en relación concubinal, por cuanto en estos casos si bien no existe un marido existe sin embargo una pareja estable y el niño procreado artificialmente tendría un padre en la medida en que el conviviente de la mujer receptora asumiera la paternidad. Los argumentos para privar de legitimación jurídica las técnicas heterólogas en el caso de mujeres solas –sean solteras, viudas o divor-

ciadas–, francamente, en la mayoría de los casos, desde nuestro particular punto de vista no tienen ningún valor, pues en su mayor parte apuntan al grado de supuesta inmoralidad de dichas conductas. Resulta sinceramente ridículo cómo se les niega –en base a esa clase de argumentación– a las mujeres solas la posibilidad de ser madres. Sobre todo cuando la misma realidad nos demuestra, a pesar de que muy pocos quieren verlo y aceptarlo –por temor, cobardía, prejuicios y también por indiferencia e ignorancia–, que las madres solteras suelen ser también excelentes madres, al igual que las divorciadas o viudas. Sin embargo, como de costumbre, el facilismo de negar las evidencias nos convierte muchas veces en seres desprovistos de toda inteligencia, que rechazamos las cosas positivas cuando no se adecuan a los patrones social y convencionalmente aceptados. No obstante lo cual, los argumentos que sí son relevantes y convincentes son todos aquellos referidos al *interés del hijo procreado artificialmente*, el cual debe merecer un hogar conformado por un padre y una madre en convivencia estable. Es únicamente por este argumento –y éste solamente– que nosotros no aceptamos las técnicas heterólogas en el caso de las mujeres solas, pero debe quedar bien en claro que los argumentos que aluden a una supuesta inmoralidad nos parecen inmorales por su propia debilidad.

Pues bien, nuestra posición es que se acepte la inseminación artificial heteróloga de la mujer que viva en relación concubinal, y no sólo la de la mujer casada, siempre y cuando el concubino de la receptora asuma la paternidad de la criatura procreada artificialmente. Esta paternidad sería asumida por el concubino de la mujer receptora mediante la declaración de su consentimiento, igual como sucedería con el marido en el caso de la mujer casada. Esto

significa que una vez que el concubino hubiera declarado su consentimiento, es decir, la voluntad de que su concubina sea inseminada artificialmente con semen de un tercero, ya no podría negar la paternidad del niño procreado artificialmente, debiendo exigirse todos los requisitos y formalidades que examinamos cuando nos referimos al consentimiento de los maridos que aceptaban que sus esposas fueran inseminadas artificialmente con semen de un tercero o dador.

Por otro lado, nos parece preferible que no se legitime y reconozca jurídicamente la posibilidad de las mujeres solas de ser inseminadas artificialmente con material genético de un dador, no sólo por cuanto la solución sería exactamente la misma si ella se reconociera ante la imposibilidad de alguna vinculación con el aportante —ya que en ambos casos los hijos serían hijos extramatrimoniales de la mujer receptora—, sino fundamentalmente porque no se debe incentivar la existencia de hogares sin padres ni el nacimiento de niños para ser criados por mujeres solas. Cosa distinta es que muchas mujeres, en los hechos, críen solas a sus hijos por ser madres solteras o madres abandonadas, pues se trata de situaciones no ideales. Pero no nos parece conveniente procrear un hijo solo, que se críe sin su padre legal.

Cualquier instrumento legal o legislación especial sobre las técnicas de reproducción humana asistida debe estar orientado por una finalidad, y ésta debe ser la de otorgar la mejor posibilidad de desarrollo a los niños nacidos mediante dichas técnicas. Y, como repetimos, el bienestar de un niño se obtiene, por lo general —salvo también casos no deseados de padres no adecuados—, mediante un hogar con un padre y una madre.

Resulta evidente —y consecuente con las ideas antes expuestas— que es totalmente

inadecuado atribuir alguna clase de relación jurídica al dador o aportante en la inseminación artificial heteróloga (al igual que en la fecundación in vitro heteróloga), respecto de la criatura procreada artificialmente. El criterio de la doctrina dominante es que no existe ni debe existir ninguna clase de relación jurídica entre ambos, como tampoco entre el aportante y la mujer receptora. Éste es un criterio que compartimos plenamente, pues de lo contrario se crearían enormes y serios problemas de seguridad jurídica en las relaciones jurídicas de filiación, desnaturalizándose así la institución de las técnicas heterólogas.

Ahora bien, ante la ausencia de una regulación legal de las TERAS en nuestro ordenamiento jurídico, urge una legislación especial que las contemple, para establecer los límites dentro de los cuales deben ser aplicadas y utilizadas y, fundamentalmente, para conocer a ciencia exacta las relaciones jurídicas que ellas originarán entre los que las utilicen. La necesidad de una legislación especial es, pues, imprescindible e inevitable ante la aplicación de las mismas de manera informal en nuestro medio, en la actualidad, con los consiguientes problemas que ello origina. Debemos insistir en que las técnicas de reproducción humana asistida —sean homólogas o heterólogas— deben ser consideradas jurídicamente como negocios jurídicos tipificados legalmente, para que no exista duda sobre sus consecuencias jurídicas y las relaciones jurídicas que ellas producen, y puedan contar además con una detallada regulación legal. No nos parece conveniente, sino muy peligroso, considerarlas dentro del ámbito de la atipicidad. Las TERAS deben ser pues consideradas como negocios jurídicos típicos de derecho de familia, no sólo por tratarse de cuestiones referidas a las relaciones personales y familiares, sino porque su regu-

lación exige reglas claras y normas precisas sobre sus alcances.

Siendo esto así, no cabe duda alguna de que las TERAS homólogas y heterólogas de mujer casada, o con conviviente adecuado a ley, deben ser recibidas por el ordenamiento jurídico nacional e incluidas en esquemas legales, con una detallada regulación legal a fin de que se deje poca libertad de acción a los sujetos que intervengan, los mismos que deberán decidir únicamente si hacen uso de ellas o no, y, en caso de decidirse por el uso, aceptar y sujetarse a la regulación legal que se establezca, para que no quede duda alguna sobre la existencia y límites de las relaciones jurídicas de familia que produzcan.

En dicha legislación se debe dar rango de negocio jurídico o acto tutelado por el derecho a las TERAS homólogas, y a las TERAS heterólogas cuando se trate de mujer casada o que vive en unión estable en concubinato.