

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA

PARTY AUTONOMY AND ASSISTED REPRODUCTION

Ronald Cárdenas Krenz¹

RESUMEN

El artículo se refiere a diversos temas fundamentales vinculados con la reproducción asistida a partir del principio de la autonomía de la voluntad, desde una perspectiva tanto bioética como biojurídica, teniendo en cuenta que el sustento del mismo reposa en el valor de la libertad. Se analiza la aplicabilidad del “alquiler de vientre” y la “donación de óvulos”, pasando también por la cuestión de los embriones supernumerarios, la selección de embriones, el destino de los embriones congelados, la clonación terapéutica y la fecundación postmortem, teniendo en cuenta que la libertad, siendo inherente a la condición humana, no es sin embargo un derecho absoluto, teniendo determinados límites que, más que restringirla, la terminan haciendo posible en su dimensión existencial y coexistencial.

Palabras clave

Autonomía de la voluntad, libertad, fertilización asistida, reproducción asistida, clonación, alquiler de vientre, maternidad subrogada, embriones supernumerarios, selección de embriones, congelación de embriones, fecundación post mortem

ABSTRACT

The article covers various fundamental issues related to assisted reproduction based on the party autonomy principle, from a bio-legal and bio-ethical perspective, considering that it is supported by the value of freedom. The applicability of “surrogacy” and “egg donation” are analyzed, also going through the issue of surplus embryos, embryo selection, the fate of frozen embryos, therapeutic cloning and postmortem fertilization. Thus it is taken into account the fact that freedom -although inherent to the human condition- is not an absolute right, with certain limits that, rather than restrict it, in the end allow its existential and co-existential dimension.

Keywords

Party autonomy - Freedom - In vitro fertilization - Assisted reproduction - Cloning – Wombs for rent - Gestational surrogacy - Supernumerary embryos - Embryo selection – Embryo freezing - Post mortem fertilization.

¹ Abogado y Magister en Derecho. Es docente universitario en pregrado y posgrado. Miembro de prestigiosas entidades nacionales e internacionales. Es autor de numerosos artículos y libros. Ha presentado conferencias en el Perú y en el extranjero.

INTRODUCCIÓN

La libertad no es solo un derecho fundamental o un valor esencial, es parte constitutiva de nuestra propia existencia, tanto así que el ser humano no solo “tiene” libertad, sino que es libertad.

Del hecho que el hombre sea un ser libre, se deriva el principio de la autonomía de la voluntad que se ubica en la base del Derecho Privado. En el Derecho, tal principio tiene múltiples manifestaciones, habiendo sido particularmente importante su estudio desde la perspectiva del Acto Jurídico o del Derecho de los Contratos; sin embargo, poco se ha tratado acerca de su relevancia en un ámbito tan fundamental, como es el Derecho de las Personas.

La cuestión se torna más relevante si tenemos en cuenta el desarrollo de la tecnología que ha facilitado la reproducción asistida, lo cual plantea preguntas que demandan delimitar, de alguna manera, la naturaleza, alcances y también los límites de dicha autonomía en relación con el Derecho a la Vida.

Vale recordar que, en materia contractual, en principio, prima la voluntad de las partes antes que lo dispuesto en la Ley, según lo dispone expresamente el artículo 1356 del Código Civil (*Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas*), norma que no existe en el articulado del Derecho de las Personas, en el Libro I, lo que lleva a la necesidad de aclarar algunas dudas.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que, en los últimos años, ha habido un extraordinario desarrollo de la Bioética, poniendo de relieve su relación con el desarrollo y aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, lo cual se torna aún más importante si consideramos la lenta incorporación de esta materia en los planes

de estudio universitarios y la ausencia de ella en la formación de la mayor parte de quienes tienen que aplicar el Derecho.

Como dice López Guzmán, no obstante que la progresiva toma de conciencia de la importancia de la Bioética ha impulsado su paulatina implantación en el panorama educativo universitario:

su incorporación a los diferentes niveles de enseñanza ha sido más lenta de lo que cabría esperar, fundamentalmente en la formación de pregrado y de grado. Ello se debe a que, como es bien conocido, la cultura actual es tremendamente pragmática y utilitarista, y en un mundo que da primacía a lo demostrable y ponderable, la aportación de la Bioética es difícilmente cuantificable López Guzmán (2013, pp. 79-80)

En las siguientes páginas, abordaremos el tema del principio de la autonomía de la voluntad, circunscribiéndonos al campo del principio de la vida del ser humano y la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, a fin de poder hacer un análisis más detallado sobre un tema tan relevante.

El ser humano, a través de la ciencia y la tecnología, ha logrado alcanzar la posibilidad de controlar aspectos impensados y fundamentales de carácter biológico relacionados con el inicio de la vida misma. Ello implica tanto nuevas expectativas como riesgos, oportunidades como amenazas, llegando a un punto en el que *El ser humano ya no es una realidad que se recibe, sino que puede ser producida* (Zurriarán, 2009, pp. 61-62).

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, la vida humana comienza con la concepción, momento desde el cual entonces el concebido es considerado sujeto de derecho² Si bien

² Artículo 2, inciso 1 de la Constitución: “... *El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece*”. Artículo 1 del Código Civil: *La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.*

ello es bastante claro, existen una serie de cuestiones en torno a la materia que vale revisar a la luz del principio de la autonomía de la voluntad.

LA REPRODUCCIÓN HUMANA Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

En el año 2012, en Estados Unidos, de acuerdo a cifras de la Sociedad de Tecnologías de Reproducción Asistida, se realizaron 165.172 procedimientos de fertilización in vitro, superando en 2.000 el número registrado en el 2011.

Existen diversas opiniones, tanto a favor como en contra, respecto a la aplicación de las diferentes técnicas de reproducción asistida, especialmente tratándose de la fecundación in vitro (FIV). En el caso de la reproducción asistida homóloga, la tendencia ha sido la de una cada vez más creciente aceptación en los ordenamientos jurídicos, dejando de lado las objeciones de diversas religiones. Más polémica, resulta la reproducción asistida heteróloga. Algunos autores se oponen a ella, por ejemplo, considerando que en tal supuesto intervienen componentes genéticos extraños al marido, a la mujer o a ambos, asumiendo el criterio de que ningún ser humano tiene derecho, desde un punto de vista ético, a disponer de sus componentes genéticos (Cárdenas Quirós, 1994, p. 85), por lo menos de esta manera.

Empero, hay quienes, invocan precisamente la autonomía de la voluntad para justificar el uso de esta técnica, ya que se trataría de una decisión que adopta libremente una persona con el objeto de traer otra vida a este mundo, cumpliendo así con su deseo de reproducirse y

crear una familia cuando por vías naturales no puede hacerlo.

Ante ello, existen opiniones diferentes como la de Ana María Vega, quien sostiene que:

Es fácil y cómodo aducir el libre desarrollo de la personalidad como argumento para justificar el máximo respeto a las decisiones procreativas. Pero la libertad exige responsabilidad, especialmente cuando en el ejercicio de esa libertad están implicados los derechos fundamentales de otras personas, en este caso, los del futuro hijo. (1996, p. 1)

Al respecto, consideramos que es válido recurrir a estas técnicas, en caso de no tener la posibilidad de recurrir a otras vías y siempre que no se afecten derechos fundamentales – particularmente el derecho a la dignidad, a la identidad y a la integridad–, y se respeten el orden público y las buenas costumbres.³ En tal sentido, toda persona tiene, en principio, derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida (TERA), pero, como todo derecho, tiene límites que deben ser respetados.⁴

Sin embargo, debe precisarse que es fundamental que la aplicación de estas técnicas vaya aparejada de una adecuada información a quienes recurren a las mismas, a fin de garantizar un efectivo consentimiento informado,⁵ como también la transparencia del caso. Por ejemplo, hoy en día, tenemos entre nosotros que existen algunos institutos y clínicas que facilitan la reproducción asistida, pero no se tiene ninguna referencia de dónde obtienen los espermatozoides o los óvulos que ofrecen a las parejas que los necesitan, sin

³ Un cuestionable caso, por ejemplo, fue el difundido por *The Sunday Times* en Londres, el 26 de agosto del 2001, de una mujer estéril, de 47 años, que quería que se le implante un óvulo de una donante fertilizado nada menos que por su hermano.

⁴ No existe en nuestro medio una ley específica sobre la materia y empiezan a aparecer algunas sentencias, algunas con ideas muy plausibles, pero por lo general poco claras o equívocas, revelando a veces apresuramiento, otras veces desconocimiento o falta de voluntad para pronunciarse sobre temas de fondo.

⁵ Para un excelente estudio de este derecho y su evolución en la jurisprudencia angloamericana, véase: Petrovich Hurtado, Aleksandar (1997). Derecho al consentimiento informado. Una historia jurisprudencial angloamericana. En: Revista Española del Daño Corporal. Año III, No. 5. Madrid.

contar con que ofrecen incluso servicios de “ovodonación” o de selección de sexo, pese a que jurídicamente ello no está permitido, conforme a la Ley General de Salud.⁶

Para poder ejercer su libertad, antes de la aplicación de estas técnicas, la persona debe estar suficientemente informada sobre en qué consisten, qué ventajas y riesgos ofrecen, qué implicancias tienen, etc., además de los riesgos propios de la hiperestimulación ovárica cuando ella es requerida.

Vale decir que la Ley General de Salud autoriza recurrir a las TERA, siempre que la madre biológica y la madre gestante sean la misma persona; asimismo, prohíbe expresamente la clonación (artículo 7).

No obstante, no se trata de un derecho irrestricto pues debe tenerse en cuenta, además, la edad y condición física de la persona que recurre a estas técnicas, las posibilidades de salir embarazada, las debidas condiciones mínimas de salud para el niño, etc.

Es de tener presente también que el éxito de estas técnicas es estadísticamente bajo, además de ser un tratamiento oneroso y largo de impredecibles resultados, lo cual deberá ser informado debidamente a las personas interesadas, resultando conveniente que siempre deba tenerse en cuenta, a la hora en que una pareja afronta problemas de infertilidad, la alternativa de la adopción.

Cabe mencionar que, según los resultados de un estudio realizado por el grupo del Hospital

Clínic-Idibaps (Instituto de Investigaciones Biomédicas August Pi i Sunyer) de Barcelona, publicado en la revista *Circulation* en el año 2010 y del que diera cuenta el boletín *Provida Press*, aproximadamente la mitad de los niños concebidos con técnicas de reproducción asistida tienen riesgo de padecer en un futuro de enfermedades cardiovasculares, frente a un 5% en el caso de los bebés que han nacido producto de una concepción natural.

Se dice también que quienes nacen de una fecundación *in vitro*, tienen el doble de posibilidades de morir en los primeros 28 días luego del nacimiento que los nacidos por vía natural, además de sufrir de prematuridad y aumentar hasta tres veces la posibilidad de nacer con bajo peso, según da cuenta la publicación *Plos One*.⁷

Consideramos que la aplicación de estas técnicas solo debería darse en tanto se respete la integridad y la vida del ser humano, naturalmente, lo que significa que no puede justificarse la sobreproducción y congelamiento de embriones, la aplicación del diagnóstico pre-implantatorio con fines eugenésicos como mecanismo de “control de calidad”, etc.⁸

Otro tema que se debate, es la posibilidad de que una mujer sola pueda hacer uso de las técnicas de reproducción asistida, respecto a lo cual juristas de nota como Bossert se oponen invocando el principio del interés superior del niño no gestado, ya que estaríamos trayendo al mundo exprofesamente a un niño sin padre; claro que es cierto que lo mismo pasa cuando una mujer viuda durante su embarazo, pero

⁶ En Inglaterra, en noviembre del año 2003, la Autoridad de Embriología y Fertilización Humana (HFEA, por sus siglas en inglés), rechazó la libre elección del sexo de los bebés, salvo razones estrictamente médicas, como la hemofilia; la autoridad arribó a dicha conclusión luego de un año de consultas a la población, mostrándose el 80% contrario a la técnica, considerando que se debe valorar la naturaleza incondicional del amor de los padres. Empero, países como Chipre, Estados Unidos, Jordania, México, Nigeria, Panamá, República Checa y Tailandia, sí permiten actualmente la selección del sexo. En España, en junio del 2013, diversos medios difundieron la noticia de una iniciativa legislativa promovida por las clínicas de fertilidad para que se permita a las parejas elegir el sexo de su bebé. Cabe indicar que la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida española considera entre sus infracciones “muy graves” la selección de sexo, con la única excepción de la existencia de motivos terapéuticos.

⁷ *Plos One*; 2014; 9, No.1, e80398, enero 2014. Citada en: http://www.observatoriobioetica.org/2014/riesgos-medicos-de-la-fecundacion-in-vitro/?utm_source=wysija&utm_medium=email&utm_campaign=429 (publicación del Observatorio de Bioética de la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir. Valencia (España).

⁸ Para una lúcida aproximación a diversos cuestionamientos que plantea la fecundación artificial, léase: Morán de Vicenzi, Claudia (2008). *La Filiación y la Fecundación Artificial*. En: Varios Autores. *Temas de Bioética y Derecho*. Lima: Facultad de Derecho de la Unifé – Cátedra Unesco de Bioética y Biojurídica.

la diferencia es que, mientras en un caso se trata de un hecho impredecible, que escapa a la voluntad, en el otro se trata de una situación creada exprofesamente. El referido jurista argentino hace un interesante análisis del tema, a partir de su comparación con la adopción.

Así como en la adopción una mujer sola (sea soltera, divorciada o viuda), puede incorporar a su vida como hijo, a un niño extraño, parece que igual podría hacerlo por la vía biológica (y –agregamos– podríamos pensar entonces en la aplicación del principio: “donde hay la misma razón, hay el mismo derecho”), pero advierte entonces una diferencia esencial si vemos el caso desde la perspectiva del niño, pues en el caso de la adopción la mujer incorpora a su vida una criatura que ya existe y que seguramente está abandonada, mientras que en el otro caso se está hablando de crear un niño que todavía no existe. Ante esto, el citado autor recuerda que la situación óptima para una criatura es acceder a un hogar en donde exista un padre y una madre, añadiendo que: *Despojados totalmente de prejuicios, sólo por esta perspectiva del interés de la criatura, es que nos parece que el texto legal debería excluir la posibilidad de la inseminación de la mujer sola* (Bossert, 1995, p. 91).

Se trata, sin duda, de un tema polémico, pudiéndose advertir el temperamento imperante de admitir la posibilidad de que mujeres solas recurran a estas técnicas.⁹

También son temas discutibles que giran en torno a las técnicas de reproducción asistida: la cesión de vientre, el caso de error en el uso del material genético¹⁰, etc., pero, en todo caso, estimamos que, en general, en cuanto las técnicas de reproducción asistida, debemos tener presente las palabras de Bossert, quien luego de considerar a las mismas, junto a la fisión del átomo y la salida al espacio, los

logros científicos del siglo XX que, de seguro, van a incidir más hondamente en el futuro de la humanidad, agrega que: *Cada uno de ellos ofrece posibilidades notables de contribuir al bienestar, pero también a la desviación y la catástrofe, si no prevalece la prudencia en la aplicación y perfeccionamiento de esas conquistas* (Bossert, 1995, p. 89). Lo que hace presente el viejo principio griego, renovado por la Bioética, de la *phrónesis* como actitud.

CONSIDERACIONES EN TORNO AL “ALQUILER DE VIENTRE” Y LA “DONACIÓN DE ÓVULOS

Si bien hoy es una práctica que se acepta en algunas partes del mundo, cabe señalar que el Informe Warnock de Gran Bretaña, del 26 de junio de 1984, rechazó la posibilidad de la llamada “maternidad alquilada”, “maternidad subrogada” o “vientre de alquiler”.

En Suiza, ella se encuentra prohibida e incluso la inseminación artificial heteróloga; en México, mientras en localidades como Tabasco se admite la maternidad subrogada, en Coahuila se prohíbe; en Canadá, no se permite la maternidad subrogada con fines comerciales, pero se admite con fines altruistas, a diferencia de Quebec que prohíbe la subrogación de matriz (Mendoza, 2011, p. 167, 186 y 209).

Resulta curioso que se discuta el tema del “alquiler de vientre” cuando el propio nombre de la figura ya de por sí es cuestionable desde un punto de vista jurídico y humanista. Para empezar, ninguno de nosotros se ha sentido inquilino del vientre de su madre y el cuerpo humano no es un bien que se pueda dar en alquiler. Por otro lado, con la misma lógica, si una persona contrata a otra para que la acompañe como lazarillo, habría que hablar de “alquiler de ojos” y no es necesario ser muy imaginativo para pensar cómo se llamaría el

⁹ Así, para Espinoza, deberían poder someterse a este tipo de prácticas las parejas, casadas o no y las mujeres solteras en edad fértil (Espinoza, 2012, p. 129).

¹⁰ En el año 2002, en Londres, una mujer acudió al hospital de Leeds para someterse a una fecundación in vitro, pero por error fue inseminada con semen de un tercero, que era de raza negra, a diferencia de ella que era de raza blanca. Sometido el caso al Alto Tribunal de Londres, la justicia británica, resolvió que el padre biológico sea el padre legal, pero sin tener la custodia de los niños, fallo que confirmó lo resuelto por la juez Elizabeth Butler-Sloss, quedando así sentado el precedente que, en caso de equivocación, los padres legales de una persona nacida aplicando las técnicas de reproducción asistida, serán sus padres biológicos (Diario *La República*. Lima: edición del 27.02.03, p. 23).

acuerdo por el cual una persona contrata a otra para tener relaciones sexuales.

Naturalmente que, más allá del tema semántico, es necesario ir a la cuestión de fondo, y aquí existen también serios reparos que van desde lo que significa la figura en cuanto “cosificación” del ser humano; el hecho de alterar el hábitat natural de un embrión,¹¹ los conflictos legales, sociales y psicológicos que habrían al tener una maternidad genética y una maternidad biológica dispersas; los problemas en cuanto al tipo de filiación que habría, por ejemplo, entre el niño alumbrado por la abuela usando el óvulo de su hija; la reducción del ser humano a un simple medio e, incluso, la generación de una nueva forma de discriminación en la que tendríamos un segmento social que se desentendería de la maternidad para “tercerizarla” en otras personas, reduciéndose éstas a la simple condición de “incubadoras andantes”, de simples medios, de meros recursos.

Señala Sambrizzi, dentro de las críticas a la maternidad subrogada, que, en ella:

el objeto del contrato consiste en un ser humano, permitiendo un acuerdo de esa especie que las mujeres pobres

que necesitan desesperadamente un ingreso extra y que se prestan a un acto que no puede sino ser calificado de inmoral, sean explotadas por aquellas personas (solas o en pareja, varones o mujeres) con bienes suficientes, que quieren tener un hijo, pero que no pueden o no quieren pasar por las incomodidades del embarazo. Sambrizzi (2012, p. 189)

No obstante lo expuesto, es de mencionar que, en Inglaterra, un grupo de miembros de la Comisión Investigadora sobre Fecundación Humana y Embriología planteó que debería existir una agencia oficial de madres de alquiler, sin ánimo de lucro, semejante a las agencias de adopción, a través de la cual se gestionen los acuerdos de sustitución; fijando la agencia los gastos, condiciones, etc.¹²

Cabe agregar, como dato esencial, que, desde un punto de vista positivo, del artículo 7 de la Ley General de Salud se desprende la prohibición del contrato de vientre de alquiler; ello aparte de las objeciones que desde la Constitución, el Código Civil, la jurisprudencia y la doctrina se pueden plantear a dicha figura, pudiendo observarse aquí, entonces, un ejemplo de un límite claro a la autonomía

¹¹ La llamada subrogación de útero o madre de alquiler es un ejemplo de cómo se puede obligar a un embrión a desarrollarse en un medio que le es ajeno, cercenando su derecho a desarrollarse en el seno de la madre que la ha engendrado (Vila-Coro, 1995, p. 209).

¹² Afirma Mary Warnock que ha llegado a pensar que probablemente esta minoría tenía razón, pero que, sin embargo, la mayoría pensó que el hecho de crearse semejante agencia supondría promover la sustitución, una práctica que la comisión que presidió contemplaban como algo intrínsecamente ilícito y que probablemente conduciría a todos los implicados, incluido el niño, a tener problemas, sino al desastre. Puede que esta perspectiva estuviera influenciada por el hecho de que en aquella época corrían historias sobre agencias de sustitución norteamericanas que querían establecer sucursales en el Reino Unido que se anunciaban en términos sexistas; *Todo esto, a algunos miembros de la Comisión, incluida yo, nos parecía una extraordinaria explotación de las mujeres implicadas. Aun cuando pudieran haber elegido ser madres sustitutas, los motivos de estas mujeres hubieran sido económicos, y toda la empresa parecía abocada a trivializar y vulgarizar los nacimientos. Agrega luego: No hay duda de que la sustitución es una empresa en extremo arriesgada, expuesta a terminar en lágrimas.* Observa que en los diez años siguientes a la legislación se han dado numerosos acuerdos de sustitución, muchos de los cuales se han desarrollado sin problemas, aunque no hay modo de saber qué efectos han producido en el niño, la madre o el contratante; la prensa se recrea en las historias sobre fracasos, sobre parejas que se niegan a aceptar al niño nacido defectuoso o madres de alquiler que se niegan a entregar al hijo, etc. Señala que, de hecho, la situación actual en el Reino Unido en relación con la sustitución es extremadamente confusa y, comprensiblemente, existe una gran insatisfacción al respecto; añade que cree que sería mejor que ese proceso fuera regulado oficialmente y que se discutiera más abiertamente entre los médicos, los contratantes, las madres sustitutas y, más adelante, con los hijos que nacieran así, debiendo también tener en cuenta la necesidad de evitar la excesiva reglamentación gubernamental. *No tengo la certeza, pero sospecho que la apresurada legislación de la época de la Comisión Investigadora sobre Fecundación Humana y Embriología fue una equivocación. Ciertamente, ha dejado los posibles debates morales, incluidos los que afrontan la cuestión de si se tiene el derecho de establecer acuerdos de sustitución si así se desea, en un estado de confusión* (Warnock, 2004, pp. 104-109).

de la voluntad, en donde podría postularse incluso objeciones desde la perspectiva del orden público y las buenas costumbres.¹³

En todo caso, ante la tendencia a admitir la cesión del vientre de una persona a otra, creemos que, de aceptarse legalmente, solo debe hacerse por consideraciones estrictamente humanitarias, sin ningún fin económico de por medio¹⁴ y manteniéndose la preferencia respecto a la maternidad en la persona que hizo el embarazo, la cual, una vez nacido el niño, si así lo desea, podría entregarlo en adopción a la interesada.¹⁵

Otro tema discutible, vinculado con el artículo 7 de la Ley General de Salud, es el tema de la “cesión de óvulos”, “donación de óvulos” u “ovodonación”, la cual, buenas intenciones aparte, resulta ilegal, conforme al tenor expreso de dicha norma que expresamente permite recurrir a la reproducción asistida en tanto la madre gestante y la madre genética sean la misma persona.

Puede que de repente sería positivo que se acepte la ovodonación o puede que no, pero lo cierto es que, para admitirla, se requeriría modificar la legislación vigente, pues resulta claro que, en la legislación actual, ella resulta inválida, teniendo en cuenta además el principio de que no se puede distinguir donde

la ley no distingue: si el vientre de alquiler es ilícito al amparo de dicha norma, lo mismo debe interpretarse para la cesión de óvulos.

¿DEBE APLICARSE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA SOLO PARA PROBLEMAS DE INFERTILIDAD O TAMBIÉN POR OTROS MOTIVOS?

La ley española sobre técnicas de reproducción asistida, del 22.11.1988, dispuso en el segundo apartado de su artículo 1º que estas técnicas “tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación, cuando otras técnicas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces”. En el mismo sentido, nuestra Ley General de Salud permite recurrir a las técnicas de reproducción asistida solamente para solucionar problemas de infertilidad.

Esto es importante porque en los tiempos que corren, vivimos una crisis moral que se manifiesta en que nos encontramos en una sociedad seducida por la belleza y obsesionada con la apariencia física, por lo que bien podría pensarse el caso de una mujer que, por no afectar su cuidada figura (que puede haberle “costado” muchas horas de gimnasio, sacrificios dietéticos, intervenciones médicas, etc.), pretenda entonces buscar alegremente que otra persona haga el embarazo por

¹³ Refiriéndose al orden público y a las buenas costumbres, observa con acierto María Casado que estos conceptos, en contra de los cuales se manifiestan a menudo voces principalmente procedentes de entornos no vinculados al derecho, son de utilidad para coadyuvar a la interpretación de las normas y para la toma de decisiones acordes con el sentir social. (Casado, 2003, p. 203). Por su parte, apunta Vila-Coro que el contrato de madre de alquiler: *Es nulo porque va contra la moral y el orden público al infringir los principios familiares aplicables a las relaciones personales; el objeto de este contrato es la persona y atenta a su dignidad. Se intenta negociar con algo que es “extra commercium”, no pudiendo ser objeto del contrato.* (Vila-Coro, 1995, p. 217.)

¹⁴ En la India, en donde es legal la maternidad subrogada, existe un floreciente mercado reproductivo. Según un informe del Centro para la Investigación Social de India, el turismo reproductivo mueve en ese país alrededor de 332 millones de euros al año, existiendo cerca de 600 clínicas de procreación asistida. Recientemente acaba de aprobar el gobierno indio la posibilidad de importar embriones congelados, lo que seguramente aun favorecerá más este lucrativo negocio (Fuente: British Medical Journal 2014; 348: f403, tomado de: http://www.observatoribioetica.org/2014/03/el-mercado-reproductivo-en-india/?utm_source=wysija&utm_medium=email&utm_campaign=432. Consultada el 10 de setiembre de 2014).

¹⁵ En el mismo sentido, Bossert (1995, p. 110-111), considera que aciertan las Recomendaciones del Consejo de Europa cuando sostienen que este procedimiento (art. 13): *podrá permitirse si se realizase sobre una base estrictamente benévola*, agregando la atribución de la maternidad a quien da a luz al niño, y declarando nulo cualquier acuerdo que la comprometa a entregarlo. A continuación, cita el ejemplo de la legislación sudafricana, en la que la pareja que va a tener la colaboración de la madre subrogada sabe de antemano que la única vía para establecer luego un vínculo jurídico con el niño será la adopción, salvo oposición de la madre subrogada. Por su parte, Rodríguez-Cadilla Ponce (1997, p. 245), considera que debe rechazarse la maternidad subrogada por inmoral, aunque no medie comercio y se haga por motivos altruistas, pues debe cautelarse el bien del concebido.

ella, como ya lo vienen haciendo diversos personajes de Hollywood.

Por otro lado, vale decir aquí que queda claro del espíritu de la ley, que no deben aplicarse las técnicas de reproducción asistida con fines que no sean estrictamente procreacionales, con lo que se cierra el paso a experimentos usando material genético de animales y similares.

En el caso de una persona que no tiene ningún problema de infertilidad, pero a quien le pronostican que no debe salir en estado porque podría poner en riesgo la vida de su bebé, estamos ante una situación que debe entenderse como justificada, aunque siempre sin una contraprestación económica de por medio.

Sin embargo, hay de todos modos algunas preguntas que quedan al aire, como si tiene libertad de recurrir a estas técnicas una pareja que no tiene en absoluto problemas de salud para concebir. Supongamos que A y B fueran una pareja de esposos, ¿debe permitirse que una mujer sea fecundada con semen de C solo porque es más fuerte y apuesto que A, que es de contextura delgada, bajo de estatura y poco agraciado físicamente? O ¿qué pasaría si, casados entre sí un hombre de raza negra y una mujer de raza blanca, decidieran la intervención de un tercero de raza blanca, mediante una fecundación in vitro, para que el hijo de la pareja no salga negro y no sufra la discriminación que padeció su padre por dicho motivo?

En ambos casos, la respuesta debería ser que no, pues estaríamos ante un caso de discriminación, mas este argumento sería discutible en el segundo caso, pues no se trata de que se busque un niño de otro color por mero capricho o subestimación, sino por querer evitar un problema objetivo de discriminación. Empero, nos parece que, igual, es más prudente no dar luz verde a este tipo de casos, que podrían dejar abierta la puerta a otros casos, llevándonos a una peligrosa pendiente resbaladiza.

Finalmente, nos parece importante incidir en que tener un hijo es una condición de la naturaleza y no una imposición que deba atenderse a cualquier costo. “Tener un hijo”, más que un derecho, es una condición natural del ser humano. Dicho de otra manera, si una persona nace sorda, tiene síndrome de Down, es albina o es daltónica, no es que nació con un derecho de menos, no es que le esté faltando un derecho, sino que tiene una limitación física determinada, pero manteniendo la misma dignidad.

EL PROBLEMA DE LOS EMBRIONES SUPERNUMERARIOS

Otra cuestión que se plantea en debate, vinculada con la fecundación in vitro, es la creación de embriones supernumerarios respecto a la cantidad que requiere realmente la mujer que acude válidamente a las técnicas de reproducción asistida. La explicación está en el propósito de abaratar costos (un solo tratamiento para conseguir varios embriones) o tener mayores posibilidades de “éxito” en el embarazo (“a más embriones, más posibilidades”). Surge entonces la pregunta: ¿Puede realizarse ello invocando el principio de autonomía de la voluntad?

En primer término, no podemos negar el derecho de toda persona de recurrir a una técnica de reproducción asistida, dentro del marco establecido por el ordenamiento jurídico. En ese sentido, también debe tenerse en cuenta, entre otras consideraciones, que el derecho de uno termina donde empieza el derecho del otro.

En el presente caso, debe observarse entonces que no hay un solo sujeto, sino dos, por lo que no puede tomarse una decisión pensándose solo en la madre, sin pensar en el hijo. Así como la madre invoca su “autonomía” para decidir, debemos tener en cuenta que los embriones son también sujetos de derecho¹⁶, ontológicamente autónomos, y tanto respeto

¹⁶ Desde el momento en que se produce la unión del espermatozoide con el óvulo, surge un ser genéticamente individualizado, a partir de ese instante existe vida humana y, como tal, merece protección y respeto (...). El respeto que merece la persona es independiente de sus condiciones biológicas. Antes o después del surgimiento del tubo neural y de los sentidos, la protección que se le debe brindar es la misma, en su inescindible e irreductible visión ontológica. (...) el embrión concebido

merece la autonomía de uno como del otro, y más todavía la del menor por su estado natural de indefensión y si imposibilidad para expresarse.

Al implantarse en una mujer múltiples embriones a través de la fecundación asistida, parecería que estamos ante un acto de “autonomía” de la madre para hacerlo, mas ¿estamos respetando la “autonomía” de los embriones? Y ello sin mencionar la puesta en riesgo de su derecho a la vida y/o a la salud, al colocarse varios embriones en el cuerpo de la mujer.

Por otro lado, un embarazo múltiple genera riesgos específicos tanto para la propia madre como para los niños en gestación, no solo por la inevitabilidad de un parto prematuro, sino también por el problema económico-social de poder tener de pronto 3, 4, 5 o más hijos, cuando la familia apenas pudo “programarse” o preveer recursos para 1 o 2.

El caso de Nadya Suleman y sus octillizos (en adición a los seis niños que ya tenía), acaecido hace unos años en Estados Unidos, pone patéticamente de relieve que no debe bastar la simple voluntad de una persona de tener hijos para asistirla técnicamente en ello.¹⁷ Tener hijos es más que un deseo o un capricho.¹⁸

En España, nunca como ahora han nacido tantos mellizos, trillizos y cuatrillizos (la frecuencia de trillizos se ha multiplicado por siete). En el Perú, con el avance en la aplicación de técnicas de reproducción asistida, aunque no hay cifras exactas, dichos “records” también se vienen dando.

Lo ideal, ciertamente, es aspirar a que pueda usarse un solo embrión con las suficientes garantías de éxito, mas ello por el momento al menos, es imposible.¹⁹ En esta materia, no

habiendo leyes internacionales que limiten la cantidad de embriones a transferir en cada procedimiento, la cuestión depende de la legislación de cada país.

En España, Austria, Francia y Turquía no hay ningún límite; en Alemania y Suiza se permite hasta tres, en el Reino Unido se limita a dos y en Dinamarca y Suecia se permite la transferencia de dos embriones como norma general y tres en casos muy concretos, constituyéndose en prudentes y sanos límites a la autonomía de la voluntad. La ley italiana N° 40, reformada en febrero de 2004, consagra los derechos subjetivos del embrión y, en resguardo de su vida, prohíbe la crioconservación, y la fecundación de más de tres óvulos por ciclo, entre otras pautas dirigidas a la protección del concebido (Cano, 2008, p. 69).

Otra cuestión por debatir –especialmente en países como el nuestro– es qué prioridad deben ocupar estos procedimientos en el destino de recursos del Estado, teniendo en cuenta que existen problemas de salud que afectan a gran parte de la población como la TBC, el cáncer o el SIDA y para los cuales el erario público no dispone de los recursos suficientes. Adicionalmente, debe ponerse mientes en el hecho que la imposibilidad de tener un hijo no es una enfermedad ni un problema de salud que ponga en riesgo la vida de una persona, a diferencia de los males mencionados, que sí exigen la prioridad del Estado en abordarlos.

El reconocimiento del derecho a la vida en favor del embrión debería bastar para evitar la producción masiva de embriones y su implantación o congelación. La Constitución del Estado, el Código Civil, la Ley General de Salud y el Código de los Niños y Adolescentes protegen la vida desde la concepción. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta el principio del interés superior del niño.

extrauterinamente es tan “sujeto de derecho” como aquel que es producto del normal acto sexual y que se encuentra regulado en el art. 1 c.c.. (Espinoza Espinoza, 2012, p.109).

¹⁷ Para más detalle, véase: <http://eldiariofenix.com/content/pari%C3%B3-la-vez-8-ni%C3%B1os-y-ahora-tiene-14-pero-no-gana-para-darles-de-comer> (Consultada el 06.06.2014).

¹⁸ Como dice Rodríguez Cadila-Ponce (1997, p. 245): el propósito de estas técnicas *es suplir los problemas de fertilidad de la pareja, no exquisiteces de los científicos ni caprichos de una persona.*

¹⁹ Existen estudios interesantes sobre la materia que viene realizando el Instituto Dexeus de Barcelona, pero todavía queda un amplio camino por recorrer.

Debe tenerse en cuenta que existe por lo menos otro derecho más que se ve menoscabado con este tipo de prácticas, como es el derecho a la calidad de vida tan mencionado ahora, pues en un embarazo múltiple (que en rigor no implica multiplicidad de embarazos sino de concebidos), de hecho se afecta la calidad de vida de cada concebido, pues deberá compartir el ya de por sí estrecho vientre materno con una multiplicidad de seres humanos y con diversidad de riesgos no solo para su salud sino también para su propia vida.

Por último, debe tenerse siempre en este tipo de casos, el principio del interés superior del niño.

LA SELECCIÓN DE EMBRIONES

¿Puede justificarse la selección de embriones al amparo del principio de la autonomía de la voluntad?

Hoy en día, existen clínicas que ofrecen la posibilidad de seleccionar no solo el sexo sino también los rasgos físicos de los embriones, como color de ojos y de pelo. El costo, en algunos casos, es de unos 18.000 euros y el proceso dura alrededor de unas 8 semanas.²⁰ En marzo de 2009, una clínica norteamericana que ofrecía este “servicio” –*Fertility Institute*– tuvo que dejar sin efecto la opción de elegir color de ojos y pelo, dadas las fuertes críticas que generó dicho “servicio” que se basaba en un diagnóstico genético preimplantacional para identificar a los embriones –creados en el laboratorio– que tuviesen genes del color del pelo y ojos deseados e implantarlos en la madre.

Para la bioeticista Margarita Sánchez Carazo, estamos ante un capricho y un peligro, pues

Elegir el sexo y el color de ojos de un bebé es una barbaridad. No podemos

dedicarnos a construir al niño perfecto en función del gusto de los padres. Se puede empezar por ahí y no se sabe dónde se termina. ¿Escogiendo niños más altos o más bajos en función de que sean o no necesarios para determinadas profesiones? ¿O más o menos inteligentes?. (Ibídem, p. 1)

Por su parte, Esther Busquets, del Instituto Borja de Bioética, comentando la noticia, manifestó:

*Todos aquellos avances de la genética que puedan curar una enfermedad son legítimos. Cuando estos avances se emplean para mejorar la naturaleza humana más allá de algo que no es patológico, o por puro capricho, no deberían permitirse”.*²¹

En EE UU, algunos bancos de semen ofrecen la posibilidad de escoger el candidato a medida. Ello incluye el color de ojos, la altura, complexión, etc. pero también conocer los estudios, notas, deportes de interés, fotografía actual, voz, etc. y hasta la religión del dador (¡como si los espermatozoides o los óvulos pudieran tener una religión!).

La empresa danesa Cyros Internacional de Dinamarca no solo permite escoger los donantes por catálogo vía Internet, sino también envía muestras de semen a cualquier parte del mundo, existiendo una ficha que los interesados pueden consultar, incluso por Internet. Además, pueden encontrarse “referencias médicas” que dicen que fulano es “el donante más guapo” que han tenido.²²

En todos estos casos –consideramos– que no podría invocarse debidamente la autonomía de la voluntad, pues se estaría justificando la discriminación, la banalidad, la cosificación

²⁰ “¿Bebés perfectos? No, gracias”, en El País Digital. Madrid: edición del 15/03/2009, en www.elpais.es, p. 1. En: http://elpais.com/diario/2009/03/15/sociedad/1237071601_850215.html (Consultada el 12.09.2014).

²¹ Además, como dice Vila-Coro: *Las técnicas de selección de sexo inciden en la libertad personal, pues libertad es también independencia, negación de interferencias ajenas, es el derecho a la propia trayectoria vital. Supone arrogarse la cuota de azar que corresponde a cada cual, entendido el azar como indeterminación, conjunto de circunstancias que han tenido que coincidir para lograr cada ser vivo. Se limita la libertad personal tanto al imponer un futuro como al manipular un pasado. Esto sucede en cualquier forma de fecundación in vitro pero más acusadamente si se elige, además, el espermatozoide que determina el sexo* (Vila-Coro, 2011, p. 258).

²² “¿Bebés perfectos? No, gracias”, en El País Digital. Madrid: edición del 15/03/2009, en www.elpais.es.

del ser humano y el capricho. Sin embargo, ¿qué pasa cuando el motivo tiene un sustento médico?: En mayo del 2006, el diario *The Times* daba cuenta del primer caso en virtud del cual la Autoridad para el Control de la Embriología y la Fertilización Humana (HFEA) autorizó a una mujer en Inglaterra para concebir un niño con embriones seleccionados para evitar la herencia genética del cáncer. En algunos países se acepta la selección de sexo para evitar enfermedades hereditarias como la hemofilia, que está vinculada al sexo.

Otro caso complejo es el de los padres que recurren a las técnicas de reproducción asistida –específicamente a la fecundación in vitro– no por mero capricho, sino para poder tener otro hijo con el objeto de que pueda servir para salvar al hijo enfermo mediante un trasplante. Se trata de la figura de los llamados “bebés-medicamento”, regulada en la Ley de Reproducción Asistida española de 2006 y que también regulan Bélgica, Estados Unidos y Reino Unido²³; el problema va no por el lado del motivo del nacimiento (que finalmente es una cuestión de estricto orden moral) sino por el lado de que la aplicación de la técnica implica recurrir al diagnóstico genético preimplantacional, el cual determina que mientras unos embriones se seleccionan, otros terminan siendo inadecuados por “no ser aptos”.²⁴

DESTINO DE EMBRIONES CONGELADOS

Sea que estemos a favor o en contra de la congelación de embriones, la pregunta igual

tenemos que contestarla: ¿Qué hacer con los embriones “sobrantes” de un tratamiento de fertilización asistida que quedan almacenados en un banco de embriones? ¿Qué hacer con aquellos embriones que no fueran escogidos por razones meramente físicas? ¿Qué hacer con aquellos embriones que no son escogidos por tener algún defecto genético? La legislación española establece que la mujer o la pareja deciden qué hacer con los “embriones crioconservados” –mal llamados “embriones sobrantes”²⁵, lo que incluye como alternativas: donarlos a otra persona, cederlos para la investigación o “cesar en su conservación”, término este último que significa en buena cuenta acabar con su vida, o sea, eliminarlos.

¿Qué hacer con los embriones “huérfanos” porque sus padres murieron o desaparecieron antes de que pudieran “usarlos”? ¿Qué pasaría en aquellos países como China e India en que hay una marcada preferencia por los varones, debido a que, tratándose de niñas, cuando se casan deben de dar una dote en beneficio del marido?

La respuesta a estas preguntas parte, en primer lugar, de algo muy puntual: Evitar que se sigan produciendo más embriones congelados, prohibiéndolo –como lo hacen Alemania o Suiza– y estableciendo la obligatoriedad de crear solo los embriones que se van a implantar.²⁶ Por otro lado, existe también la alternativa de la adopción para los embriones actualmente congelados.

No es posible decidir eliminarlos, pues son seres humanos y tienen derecho a la vida.

²³ La Autoridad Británica de Fertilidad Humana y Embriología (HFEA, en inglés), con fecha 21.07.2004, autorizó la creación de los llamados “bebés de diseño” a fin de utilizarlos para la cura de un hermano muy enfermo, a través de un trasplante de médula.

²⁴ El primer caso de “niño medicamento” dado en España fue el de Javier Mariscal y Soledad Puerta, padres de Andrés, que tenía una terrible anemia congénita, para cuyos efectos fue concebido in vitro su hermano Javier (nacido en octubre del 2008) en el Hospital Virgen del Rocío de Sevilla, con el objeto de que se usen las células de su cordón umbilical para facilitar a su hermano mayor las células hematopoyéticas que necesitaba.

²⁵ Como dice Zurriarán, *el calificativo de “embriones sobrantes”, como también señala V. Bellver, resulta sumamente desafortunado, porque introduce una calificación peyorativa de los mismos, aún antes de debatir sobre el valor ético y jurídico que merecen. Por eso, es preferible hablar de “embriones criocongelados” o “embriones abandonados” pues esa es la situación en que se encuentran.* Zurriarán (2011, p. 62)

²⁶ Señala Rodolfo Vásquez que toda FIV debe realizarse con el fin de implantar el o los embriones en el útero materno y no somerlos a situaciones aleatorias; agrega que si la pareja no está en condiciones actuales de llevar adelante el embarazo, no se justifica realizar fertilizaciones ahora para posibilitar implantaciones *después* (Vásquez, 1993, p. 461). Para Juan Espinoza, como la vida humana comienza con la concepción y no se puede permitir ningún tipo de manipulación, es inadmisibles entonces la práctica de la crioconservación, aunque fuese con la finalidad de la fecundación in vitro” (Espinoza, 2012, p. 116).

Tampoco darlos para experimentos, ya que puede que una persona disponga de su propio cuerpo (hasta cierto punto) para el efecto, pero no puede hacerlo con la vida ajena.

El embrión congelado, en tanto ser humano, no puede ser objeto de cosificación y posee también dignidad, al margen de su grado de viabilidad.²⁷

Es importante mencionar que la congelación supone un considerable riesgo de daño al embrión, estimándose que un 30% muere, sin que se sepa por el momento si ello se produce al momento de congelarlos, al descongelarlos o durante su congelación, no siendo posible determinar el tiempo que pueden permanecer vivos.

Ahora bien, siendo que los embriones son seres humanos y, por tanto, son sujetos de derecho, otra pregunta que se plantea es ¿Qué pasa si los padres no desean llevar adelante el embarazo con el embrión que tienen congelado? ¿Cabría una demanda por daños y perjuicios al no permitir que el niño se desarrolle? ¿No podría otra pareja pedir se les permita acceder al mismo para darle la oportunidad de continuar su desarrollo y nacer? ¿No podría disponer el Estado del mismo, dándolo a otra pareja invocando el principio del interés superior del niño?

La respuesta que de inmediato se nos aparece es que no, pues no puede obligarse a nadie a hacer un embarazo ni a dar a su hijo a otra persona. Empero, si aplicamos una estricta lógica, siendo ese embrión congelado un ser

humano y sujeto de derecho parecería que debe entonces tener derecho a continuar su desarrollo, ser implantado y llegar a nacer, más allá de la voluntad de sus padres que le restringen esa posibilidad. Reconocido el derecho, estaríamos más bien ante un problema de aplicabilidad.

No cabe duda que el tema es absolutamente debatible, siendo interesante mencionar una polémica sentencia dada por el 15°. Juzgado de Familia en Lima en enero del 2009 (expediente 183515-2006-00113), en un proceso sobre la discusión de la maternidad en una fecundación in vitro, entre una persona que ofreció su vientre para gestar a su nieta y su propia hija. La juez resolvió que los embriones “sobrantes” producto del tratamiento, que quedaron congelados, debían ser traídos a la vida, por sí o por una nueva maternidad subrogada, en dos años, bajo apercibimiento de que el Ministerio Público inicie el proceso de abandono de los embriones y se otorguen en adopción a padres sustitutos, para hacer efectivo el “Derecho a la vida” de dichos embriones como sujetos de derecho; asimismo, ordenó a la Defensoría del Pueblo controlar la ejecución de la sentencia” (Siverino, 2011, p. 187).

Consultado el caso a la Corte Suprema, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente²⁸ desaprobó el extremo de que en dos años se haga efectivo el derecho a la vida de los 3 embriones y que se inicie el proceso de abandono de los mismos en caso no cumplieran dicho mandato, por estimar que dichos extremos constituían un vicio de congruencia extrapetita (Coronel, 2013, p. 119).²⁹

²⁷ “la dignidad también debe ser reconocida a los embriones crioconservados, susceptibles de generar células troncales, desde el momento en que se pueda constatar que, efectivamente, son seres vivos pertenecientes a la especie humana, con independencia de su grado de viabilidad. Ello no es más que una consecuencia lógica de una verdad innegable desde el punto de vista científico: la vida humana surge con la fecundación y es un proceso continuo, homogéneo y sin fisuras” (Aparisi, 2004, p. 274).

²⁸ Expediente No. 2141-2009.

²⁹ Criticando lo resuelto, considera la Magistrada que la Suprema Corte no consideró que tratándose de derechos indisponibles, en los que están involucrados derechos de niños, el Estado tiene el poder-deber de impartir medidas necesarias para preservar sus derechos, conforme lo regula el art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, agregando que el Tercer Pleno Casatorio de la Corte Suprema -Casación 4664-2010-Puno-, de fecha 18.03.2011, estableció que ... las finalidades fundamentales tuitivas de la familia trascienden a los intereses estrictamente individuales, de modo que su incumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual”; sobre lo dispuesto de que si en dos años los padres no hacen efectivo el derecho a la vida de sus hijos, se den en adopción, agrega la juez que “de ninguna manera puede constituir una amenaza para los padres, muy por el contrario, constituye la respuesta por parte del Estado en otorgar a los padres el derecho de preferencia en hacer efectivo los derechos fundamentales de tales niños (...), toda vez que de ninguna manera el Estado puede permitir o soslayar que “un niño”, “un concebido” quede en la eternidad congelado vivo y sin protección legal (Coronel, 2013, p. 120-121).

Otro caso es el de los embriones congelados cuando uno de los padres ya no desea que lleguen a nacer y el otro sí. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mediante sentencia del 07.03.2012, negó a Natalie Evans gestar los embriones congelados que concibiera in vitro con su expareja –Howard Johnson–, ante la oposición de este. La ley británica considera como requisito para la implantación el consentimiento de ambos cónyuges, mientras en Austria, Estonia e Italia, el consentimiento dado para la fecundación es irrevocable.

Al respecto, discrepamos de lo resuelto por el Tribunal Europeo, teniendo en cuenta no un derecho de disposición de la mujer o un derecho a la maternidad, sino el derecho a la vida del concebido, el cual demanda dejarlo que llegue a nacer. Si bien el padre ya no quiere nada que ver con la madre, lo cierto es que, desde el momento en que se generó el embrión, tiene una responsabilidad paterna o, en todo caso, debe respetar la autonomía del concebido, que es un ser humano distinto y ontológicamente independiente ese otro ser humano, distinto a él (y a su expareja) que es el concebido.

Como señala Serrano, la procreación asistida tiende a generar paradojas (véase aquí cómo la justicia exige el consentimiento de ambos padres pero, a la vez, acepta que nazcan niños sin padre legal, como ocurre en el caso de la maternidad mediante semen de donante), y la posibilidad de toda una serie de pleitos sumamente complicados y polémicos; el problema –sostiene el destacado jurista español– *está en el inicio mismo. La fecundación artificial desvirtúa el sentido de la maternidad y la paternidad, al ponerlas en un contexto técnico y comercial donde pueden surgir problemas como en todos los contratos, operaciones mercantiles y prestación de servicios con precio* (Serrano, 2006, p. 1).

En tal virtud, coincidimos con el mismo autor en que, si no se quiere replantear todo, al menos podría hacerse el sistema un poco menos absurdo, dando en primer lugar alguna relevancia jurídica al interés del embrión, pues no tiene sentido que la ley –como ocurre en Gran Bretaña– antes de admitir una solicitud de reproducción asistida considere el bien del niño que nacerá y una vez que es embrión ya no lo considere. Por otro lado, se reducirían los pleitos si el acceso a la reproducción asistida se limita a los matrimonios (así es en algunos países), y si el consentimiento fuere irrevocable desde el primer momento; ello además de permitir crear solo los embriones estrictamente necesarios para su uso y prohibiendo la posibilidad de congelarlos, a fin de evitar dar tiempo a que cambien circunstancias o voluntades (Serrano, 2006, p. 1).

CLONACIÓN TERAPÉUTICA

¿Puede aplicarse la clonación en seres humanos al amparo de la autonomía de la voluntad? Consideramos que la respuesta debe ser enfáticamente no, teniendo en cuenta el derecho a la identidad de toda persona (todos tenemos derecho a ser nosotros mismos y no a ser la réplica de otra persona), el derecho a la libertad (nadie debe tener un destino fijado, aunque sea genéticamente, por otra persona), el derecho a la vida (para llegar a la oveja Dolly hubo antes otros 276 intentos que fracasaron, con el sacrificio de decenas de embriones), el derecho a la salud (el hecho de que la edad del sujeto clonado no coincida con su identidad genética acarrearía el riesgo de un envejecimiento prematuro, como lo probaría la propia oveja Dolly al morir muy joven de artritis), entre otros argumentos, como la crítica a todo lo que tiene la clonación de capricho o vanidad,³⁰ el riesgo de la cosificación del ser humano, etc.

³⁰ "La clonación, con sus posibilidades de crear nuestros gemelos idénticos, nos devuelve a los antiguos pecados de vanidad y soberbia: los pecados de Narciso, que se amaba tanto a sí mismo; de Prometeo, que al robar el fuego, intentó adquirir los poderes de Dios. En una época en la que escuchamos los gritos estentóreos que exigen libertad reproductiva, en un tiempo de corrientes libertarias y derechos de las personas para hacer lo que deseen, que aumenta la posibilidad de que los seres humanos sean fabricados por encargo como productos mercantiles, coloca estas ideas ante el telón mayor de la dignidad humana" (Kolata, 1998, p. 15).

Siendo que existe un generalizado cuestionamiento a la clonación reproductiva, expresado rotundamente en su proscripción en diversos ordenamientos jurídicos, es interesante analizar el caso de la clonación terapéutica, que tiene más adeptos. En primer lugar, a fin de ser precisos en el lenguaje, debe señalarse que la clonación “terapéutica” es también una clonación “reproductiva” pues igual se crea un ser humano, lo que pasa es que en este caso no se tiene por objeto la implantación del embrión que se crea mediante esta técnica, sino disponer de él antes con fines médicos. Independientemente del supuesto fin altruista de la misma, no puede desconocerse que hay un ser que ya existe, de cuya vida se termina disponiendo.

Si bien parece plausible recurrir a este tipo de clonación a fin de aprovechar las células madre del embrión y contribuir con paliar (ojo, no curar) los efectos del problema de salud – por ejemplo, de Alzheimer, de ser ello factible algún día– que pudiera padecer una persona, la pregunta es ¿y qué del derecho del embrión? Siendo un ser humano, se aprovecha de su vida misma sin su consentimiento. Parece que aquí nos encontramos ante una flagrante contradicción: Si una persona no puede ceder en vida su corazón para salvar a otra, ¿cómo puede un embrión –que también es un ser humano– ser sacrificado para salvar la vida de otro cuando ni siquiera puede dar su consentimiento?

FECUNDACIÓN POSTMORTEM

Se trata de otro tema polémico. La propuesta en nuestro medio aparece en una de las propuestas para modificar el Código Civil que publicara una comisión designada hace algunos años por el gobierno en nuestro país,

y –a octubre de 2014– figuraría nuevamente en las propuestas que viene elaborando la Comisión designada por el Ministerio de Justicia a fines del año pasado para la regulación de la producción asistida.³¹ Para Marcial Rubio, como la inseminación post mortem hace que el niño nazca sin padre, quien es parte consustancial de la familia, ella debe ser prohibida; sin embargo, Morales Godo (2006, p. 423) se pronuncia a favor de aceptar la técnica entre parejas, con una regulación específica que prevea las distintas posibilidades y consecuencias, y un plazo razonable, analizando en especial el caso en que el padre difunto se hubiera manifestado a favor de ello indubitablemente.

Autores como Cárdenas Quirós aceptan la posibilidad de la paternidad postmortem si el marido ha autorizado por escritura pública o testamento, bajo sanción de nulidad, que su líquido seminal pueda ser usado dentro de los 6 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su esposa, haciendo presente, con estricta lógica que, como para el derecho positivo, la muerte pone fin a la personalidad, el hijo concebido post mortem con semen de su padre, no adquiriría por vía hereditaria ningún derecho derivado de la trasmisión sucesoria pues no existía jurídicamente al momento del fallecimiento (Cárdenas Quirós, 1994, p. 104).

En Inglaterra, la justicia le negó a Diane Blood (1997) que usara el esperma de su marido muerto por cuanto este nunca había consentido por escrito la fecundación “in vitro” pero luego, apelado el caso, consiguió la autorización respectiva. A su vez, la *High Court* en el caso *Leeds Teaching Hospital NHS Trust v A* (2003), en que una mujer blanca había sido inseminada por error con esperma de un hombre de raza negra, sostuvo que el

³¹ Mediante Resolución Ministerial N° 0271-2013-JUS, del 4 de diciembre de 2013, modificada mediante Resolución Ministerial N° 0195-2014-JUS, del 3 de septiembre de 2014, se designó un Grupo de Trabajo encargado de elaborar tres proyectos de ley sobre las siguientes temáticas: 1) Las técnicas de reproducción humana asistida, 2) La constitución de la Comisión Nacional de Bioética y 3) La investigación biomédica en seres humanos. La comisión está conformada por destacados especialistas de diversas áreas, habiendo el suscrito tenido la oportunidad de haber sido invitado por la misma el 1º. de octubre pasado a fin de sustentar la propuesta de consagrar normativamente el derecho de toda persona nacida mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su origen biológico. El trabajo de la comisión es muy interesante y de alta responsabilidad, mas no incluimos en el presente artículo mayor referencia sobre las propuestas que viene evaluando debido a que todavía no se cuenta con un documento integral con sus propuestas normativas, ya que el grupo –al cual le expresamos nuestros mejores deseos en su delicada tarea- se encuentra en pleno trabajo. Instalado el 20 de diciembre de 2013, hasta setiembre del 2014 ha tenido teinta y seis (36) sesiones.

marido de ella (también blanco), no podía ser reconocido como padre legal de los mellizos, pues no había consentido por escrito la inseminación de la mujer con material genético de un tercero (Farnós, 1997, p. 8).

Ciertamente, el tema es interesante desde un punto de vista jurídico y moral. Puede descartarse con facilidad la posibilidad de denegarla cuando haya un interés económico de por medio, cuando no existiera el asentimiento previo del fallecido o quizás cuando no se trata de una pareja constituida. Hay una serie de situaciones que pueden darse, pero, podríamos preguntarnos, pensando en el mejor de los casos, ¿no debería permitirse cuando no exista un interés económico de por medio, el difunto haya dejado su autorización expresa y se trate de una pareja de esposos estable?

Al respecto, debemos tener en cuenta que, como sostiene Bossert (1995: p. 106) desde la perspectiva del interés superior del niño, con este procedimiento se estaría creando de antemano un hijo huérfano, predeterminado a nacer en un hogar que no es el óptimo para él, al carecer a sabiendas de padre.³²

En adición a ello, podemos citar a Sambrizzi, quien sostiene que la aceptación de la figura significaría privar al niño de la atención y la relación con su padre, lo que puede afectar su personalidad y desarrollo; ello considerando que no se pueden dejar de lado las necesidades afectivas del niño, para quien es fundamental la presencia de sus dos progenitores; la vivencia del vínculo paterno es un elemento estructurante de la personalidad. Además, también tiene el menor un derecho integral de asistencia moral y material exigible a sus progenitores. Siguiendo al citado autor, cualquier derecho a procrear que pretenda invocarse, acaba en el momento en el que muere el individuo. De allí que se haya dado la Recomendación contenida en el punto 13

del Informe del Parlamento Europeo de 1990 sobre fecundación artificial, donde se afirmó que no debían producirse huérfanos artificiales a través de la fecundación artificial (Sambrizzi, 2012, p. 192).

Cabe mencionar que en Francia se prohíbe la inseminación artificial como la transferencia de embriones cuando ha muerto un miembro de la pareja, cuando existe separación de hecho, divorcio o demanda de divorcio, entre otros casos que comprenden a mujeres solas (Mendoza, 2011, p. 204-205). Alemania, por su parte, también prohíbe la inseminación postmortem.

CONCLUSIONES

- 1.- El principio de autonomía de la voluntad extiende sus alcances a todo el Derecho Civil, incluyendo el ámbito del Derecho de las Personas. Siendo un principio general del Derecho, no es un principio cualquiera, sino uno de carácter fundamental y hasta fundacional del sistema jurídico.
- 2.- La libertad no es solo un derecho fundamental del hombre, sino también un valor, una condición inherente a su naturaleza humana. El ser humano no solo tiene "libertad", sino que "es" libertad, que es su vocación, su destino natural, así como expresión de su dignidad.
- 3.- Empero, la libertad no es un derecho absoluto, pues, como todo derecho, tiene límites. Es así, por ejemplo, que la libertad de una persona termina donde empieza la libertad del otro, del mismo modo en que los derechos de uno terminan donde empiezan los de los demás. El ejercicio ético de la libertad implica actuar pensando en el otro.
- 4.- Existen ciertos límites a su ejercicio que puede exigirse a efectos de proteger otros derechos fundamentales como el derecho

³² "Rechazamos las técnicas de reproducción humana post mortem por cuanto el deseo no es fuente de derechos, y el hijo no puede ser objeto del deseo de los padres. Es valor supremo de todo niño nacer en una familia constituida, por ello este valor debe prevalecer sobre el de la mujer sola, viuda, separada o divorciada, que no le puede ofrecer al hijo un grupo familiar completo" (Rodríguez-Cadilla, 1997, p. 245). Para mayores argumentos contra la inseminación post mortem, véase también Mendoza (2011, p. 222).

a la vida, a la identidad, al honor, a vivir en un medio ambiente sano, etc., teniendo en cuenta asimismo que no hay libertad sin responsabilidad, ni viceversa.

5.- Es importante delimitar, en términos generales, la naturaleza, alcances y límites de la autonomía de la voluntad, no significando ello en modo alguno frenar el desarrollo tecnológico ni pretender una limitación exhaustiva sino meramente genérica y con cargo a su posterior desarrollo por la jurisprudencia.

6.- El desarrollo de la bioética permite ponderar mejor los alcances del principio jurídico de la autonomía de la voluntad; interrelacionándolo con el principio de autonomía ampliamente tratado en la Bioética.

7.- Puede sostenerse con certeza que, así como el principio de autonomía de la voluntad está en la base del Derecho de los Contratos, también lo está en el ámbito del Derecho de las Personas, sin perjuicio de las normas de orden público que contiene. Empero, existen aspectos vinculados con la vida humana que, no siendo parte del Derecho o no pudiendo ser controlados suficientemente por éste, ponen de relieve la importancia de la moral para que exista un debido orden social.

8.- No puede formularse en forma acabada, integral y definitiva una teoría general de la autonomía de la voluntad que sirva de sustento a todo el Derecho de las Personas, pero sí pueden plantearse algunas pautas para orientar su consideración.

9.- La persona es libre de tener hijos al amparo de la autonomía de la voluntad, mas debe tener en cuenta que, una vez concebidos, ellos tienen derecho a su propia autonomía, que,

como vida independiente, merecen respeto absoluto.

10.- Puede invocarse la autonomía de la voluntad para recurrir a las técnicas de reproducción asistida; sin embargo, su uso debe ser prudente y solo en casos expresos. Tener hijos no es un “derecho”, ni un capricho, ni un mero deseo personal. Sin perjuicio de ello, es necesaria una regulación más específica de la materia.

11.- Consideramos que es válido recurrir a estas técnicas, en caso de no tener la posibilidad de recurrir a otras vías y siempre que no se afecten derechos fundamentales, particularmente los derechos a la dignidad, a la identidad y a la integridad, así como al orden público y las buenas costumbres, además de tener siempre presente el principio del respeto del interés superior del niño.

12.- Es fundamental que la aplicación de esta técnica vaya aparejada de una adecuada información a quienes recurren a las mismas, a fin de garantizar un efectivo consentimiento informado, derecho que si bien no aparece expresamente consagrado en el libro de Derecho de las Personas, es subyacente al ordenamiento jurídico.

13.- El artículo 7 de la Ley General de Salud impide el contrato de vientre de alquiler; ello aparte de las objeciones que desde la Constitución, el Código Civil, la jurisprudencia y la doctrina se pueden plantear a dicha figura, pudiendo observarse aquí entonces un ejemplo de un límite claro a la autonomía de la voluntad, en donde podría postularse incluso objeciones desde la perspectiva del orden público y las buenas costumbres.

REFERENCIAS

Aparisi Millares, Angela (2004). En torno al principio de la dignidad humana (a propósito de la investigación con células troncales embrionarias). En: *Cuadernos de Bioética*. Madrid.

Bossert, Gustavo (1995). Fecundación humana asistida. En: Varios autores. *Derecho Civil de nuestro tiempo*. Lima, Universidad de Lima – Gaceta Jurídica, pp. 89-117.

Cano, María Eleonora (2008). Diagnóstico preimplantatorio. En: *Revista Aequitas*. Año II. No. II. Buenos Aires: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, pp. 63-71.

Cárdenas Quirós (1994). *Estudios de Derecho Privado (Reflexiones de un tiempo)*. Tomo I. Lima: Ediciones Jurídicas.

Casado, María (2003). Implicancias ético-jurídicas de las patentes biotecnológicas. En: Mayor Zaragoza, Federico y Carlos Alonso Bedate (coords.). *Gen-ética*. Madrid: Editorial Ariel, pp. 187-206.

Coronel Aquino, Nancy (2013). Los derechos del niño en el marco de la Bioética. En *Ius Inkarri*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Ricardo Palma, Año 2 No. 2. Lima: enero 2013, pp. 59-66.

Diario El País, edición digital. Madrid. Varias ediciones (se mencionan en el contenido).

Diario La República, Lima. Varias ediciones (se mencionan en el contenido).

Espinoza Espinoza, Juan (2012). *Derecho de las Personas*. Tomo I. 6ª. Edición. Lima: Grijley.

Farnós Amorós, Esther (1997). ¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida. En: *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, pp. 1-16.

Kolata, Gina (1998). *Hello Dolly, el nacimiento del primer clon*. Buenos Aires: Planeta.

López Barahona, Mónica y José Carlos Abellán (2009). *Los Códigos de la Vida*. Madrid: Homolegens.

López Guzmán, José (2013). La bioética personalista en los planes de estudio universitarios. En: *Cuadernos de Bioética*, Madrid: 2013/1ª, pp. 79-80.

Mendoza, Héctor (2011). *La reproducción asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*. México: Editorial Fontamara y Universidad Autónoma de Nuevo León.

Morales Godo, Juan (2006). El status del concebido y la problemática de la fecundación asistida. En: *Revista Derecho* No. 58. Lima, PUCP, pp. 409-432.

Morán de Vicenzi, Claudia. (2008). La Filiación y la Fecundación Artificial. En: Varios Autores. *Temas de Bioética y Derecho*. Lima, Facultad de Derecho de la Unifé – Cátedra Unesco de Bioética y Biojurídica, pp. 151-160.

Petrovich Hurtado, Aleksandar (1997). Derecho al consentimiento informado. Una historia jurisprudencial angloamericana. En: *Revista Española del Daño Corporal*. Año III, No. 5. Madrid, pp. 37-44.

Rodríguez Cadilla-Ponce, María del Rosario (1997). *Derecho Genético: Técnicas de Reproducción Asistida. Su trascendencia jurídica en el Perú*. Lima: Editorial San Marcos.

Sambrizzi, Eduardo. (2012). Apuntes varios sobre distintos aspectos de la procreación asistida en el Proyecto de reformas. En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año IV. No. 11. Buenos Aires: La Ley, Diciembre 2012, pp. 187-193.

Serrano, Rafael (2006). Conflictos que genera la reproducción asistida. En: *Aceprensa* 031/06 (15.03.2006), tomado de: <http://www.aceb.lorg/tvh06/Evans.htm> (Consultada el 01.06.2013).

Siverino, Paola (2011). ¿Mater Semper certa es? Comentarios a propósito de una sentencia de maternidad subrogada en el Perú. En: *Gaceta Registral. Revista de Jurisprudencia Institucional del RENIEC*. Año V, No. 5. Lima: Nazca Estudio Gráfico, p. 75 y ss.

Vásquez, Rodolfo (1993). Ética, Derecho y Fecundación Asistida. En: *Revista Doxa-14* (1993), pp. 457-464.

Vega, Ana María (03/07/1996). El derecho a un hijo. En: <http://www.aceprensa.com/articles/el-derecho-a-un-hijo/>. Consultada el 15 de noviembre del 2013.

Vila-Coro, María Dolores (1995). *Introducción a la Biojurídica*. Madrid: Universidad Complutense.

Warnock, Mary (2004). *Fabricando bebés. ¿Existe un derecho a tener hijos?* Barcelona: Editorial Gedisa.

Zurriarain, Roberto Germán (2009) (coordinador). *Células madre. Ciencia, Ética y Derecho*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias.