The background of the cover is a light gray color, overlaid with a repeating pattern of red chromosomes. The chromosomes are depicted as X-shaped structures with two sister chromatids joined at a centromere. The pattern is scattered across the entire cover, with a higher density of chromosomes in the bottom third, where they form a dense, textured red field.

Enrique Varsi Rospigliosi

DERECHO GENÉTICO

Principios generales

Quinta edición

TÍTULO PRIMERO

FUENTES, ESTRUCTURA Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO GENÉTICO

BLANCA

CAPÍTULO PRIMERO

BIOÉTICA

“La ciencia ha dado a los hombres el dominio de la energía, la velocidad de los transportes, la instantaneidad de las telecomunicaciones, la erradicación de numerosas enfermedades y probablemente el dominio de la vida”.

JEAN DAUSSET
Premio Nobel de Medicina

En los últimos años la ciencia médica ha conocido grandes progresos, circunstancia que ha posibilitado el surgimiento de nuevas ramas, como la ingeniería genética, la biología molecular y la genómica¹, siendo necesario adecuar los criterios tradicionales a las exigencias propias de las nuevas tecnologías (confidencialidad, no discriminación, etc.) para ordenar la conducta y labor de sus profesionales. Esto se ha visto corroborado con el establecimiento de sanciones administrativas, a fin de frenar las prácticas ocultas, es decir, aquellos descubrimientos que no han traspasado los linderos del laboratorio, manteniéndose tanto en el anonimato como en el desconocimiento los efectos que producen los experimentos biológicos, motivo por el cual se promueve la publicación obligatoria, bajo moratorias, de todo descubrimiento médico. Para evitar mayores consecuencias existe una posición dentro de la normatividad médica, que sostiene que es necesario obligar bajo moratorias la publicación de todo descubrimiento médico.

En nuestra tesis de maestría² decíamos, en el capítulo 1 (“La investigación humana y la manipulación genética”), que como consecuencia de los descubrimientos en el ámbito médico como el de la anestesia (Morton, 1844), de la penicilina (Fleming, 1928), así como los exitosos trasplantes de órganos (de pulmón por Hardy, de hígado por Starzl, ambos en 1963, y de corazón por Barnard,

¹ Es el estudio de la estructura y función de los genes. Es diferente a la genética, pues esta trata del estudio de la transmisibilidad de las características físicas. La suma de ambas ciencias permitirá establecer si existe relación entre la alteración de ciertos genes y la predisposición a una enfermedad. Es, para muchos, una nueva forma de medicina.

² ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Clonación: la manipulación genética frente al derecho*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Escuela de Post Grado, Unidad de Post Grado en Derecho, 1996, págs. 15 a 19. Véase *Derecho y manipulación genética (calificación jurídica de la clonación)*, 2ª ed., Lima, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, pág. 53.

1967), y de las recientes innovaciones en el campo de la genética, puede decirse que se ha producido un progreso decisivo en el saber humano. Como consecuencia de la especialización de estos tratamientos, y habiendo surgido nuevas ramas médicas, la necesidad de fijar pautas morales y deberes básicos en el quehacer médico, ha influido en forma decisiva en la reflexión y sistematización de la bioética, encargada de fijar los patrones esenciales para la correcta aplicación de la medicina y la biología en los seres vivos.

El sustento central de la bioética es el insoslayable problema de la relación ciencia-conciencia (ciencia razonada), libertad-cautela (hacer con previsión) y desarrollo-protección (avance con resguardo). La bioética se presenta como una respuesta racional, lógica y equitativa frente a la aplicación, poder y eficacia de la medicina y de las demás ciencias de la salud. Es una rama de la ética que se encarga de los problemas generados por la aplicación y ejercicio de la biomedicina.

§ 1. ETIMOLOGÍA, DENOMINACIÓN Y DEFINICIÓN

Bioética es una palabra compuesta, integrada por las voces *bio* (del gr. ‘vida humana’ y *ethiké*³ ‘ética’). Denota no solo un campo particular de investigación, la intersección de la ética y las ciencias de la vida, sino también una disciplina académica, una fuerza política en los estudios de medicina, biología y medio ambiente y una perspectiva cultural⁴. Expresa, de alguna manera, el dilema moderno entre la libertad individual y la responsabilidad social⁵.

El *Diccionario de la Lengua Española* define dichos términos de la siguiente manera: “bio. (del gr. βιο-) elem. compos. que significa ‘vida’”⁶; “ética. (del lat. *ethica*, y este del gr. ηθικη, t. f. de -χός, ético.) f. Parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre”⁷.

El término bioética fue propuesto en 1970 por el científico y oncólogo estadounidense VAN RENSSLAER POTTER⁸. Su nombre hace referencia a un campo especial de la ética en la que se conjuga el aspecto biológico y la relación con los deberes profesionales. Puede decirse que ha nacido una nueva reflexión de la ética cuya vinculación está en directa relación con la vida, salud e integridad

³ JOSÉ A. MAINETTI, *Antropo-Bioética*, La Plata, Quirón Editora, 1995, pág. 13.

⁴ DANIEL CALLAHAN, “Bioethics”, en WARREN REICH (editor), *Encyclopaedia of Bioethics*, vol. 1, New York, Simon & Shuster MacMillan, 1995, págs. 247 a 258.

⁵ MARTA LAMAS, “La bioética. Proceso social y cambio de valores”, en *Sociológica*, Azcapotzalco, Universidad Autónoma Metropolitana, año 8, núm. 22, pág. 191.

⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Madrid, 1992, pág. 293.

⁷ *Ibidem*, pág. 924.

⁸ VAN RENSSLAER POTTER, *Bioethics. Bridge to the Future*, Englewood Cliffs, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1971 (Swanson, C. C. P., ed. Biological Science Series).

somática de todo ser vivo, sensibilizando el desarrollo social. Dada la trascendencia de la misma con la vida, los deberes y valores del hombre y la tensión generada por la intrusión de las nuevas tecnologías, se vuelve preciso la regulación expresa de situaciones que pudieran poner en peligro la dignidad e integridad de la persona, por lo que algunos autores han propuesto el término de bioderecho para referirse al área del derecho que se encarga del desarrollo y estudio de normas particulares de tutela de la vida y los actos médicos, algunos otros autores han denominado a este proceso la juridificación de la bioética⁹.

La *Encyclopaedia of Bioethics* nos dice que la bioética es “el estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias biológicas y atención de la salud, en la medida que esta conducta se examine a la luz de los valores y principios morales”¹⁰. Por su parte, LLANOS ZULUAGA precisa que es “el conjunto de conocimientos científicos que estudian la transformación tecnológica de la medicina, y es, además, la respuesta racional a los problemas morales, políticos y sociales que plantean las formas de atención a la salud humana, con la única finalidad de producir beneficio en las intervenciones biomédicas”¹¹.

ELIO SGRECCIA¹² nos dice que la bioética “es la parte de la filosofía moral que considera la licitud o ilicitud de las intervenciones sobre la vida del hombre y, de modo particular, de las intervenciones en relación con la práctica y el desarrollo de las ciencias médicas y biológicas”. En España LEÓN CORREA sostiene que “La bioética supone un intento de conseguir un enfoque secular, interdisciplinario, prospectivo, global y sistemático, de todas las cuestiones éticas que conciernen a la investigación sobre el ser humano y en especial a la biología y la medicina”¹³. Lo importante es que esta disciplina busca unir los valores éticos con los hechos biológicos, según expresión utilizada por LACADENA CALERO¹⁴.

En este sentido es una disciplina que se encarga de estudiar las relaciones de la ética con la vida, de los procedimientos y políticas vinculadas con la esencia vital y los márgenes en los cuales deben desarrollarse. Se sustenta en la influencia de la medicina y la biología en la evolución del hombre, de manera tal que, podemos decir, busca mantener, explicar y canalizar la adecuada rela-

⁹ MANUEL ATIENZA, “Juridificar la bioética”, en RODOLFO VÁZQUEZ (compilador), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, 1ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pág. 64.

¹⁰ WARREN REICH (editor), *op. cit.*, vol. 1.

¹¹ ROBERTO LLANOS ZULUAGA, “Honorio Delgado y la bioética en el Perú”, en *Extensiones*, vol. 1, núm. 1, México, Universidad Intercontinental, Tlalpan, mayo 1994, pág. 36.

¹² ELIO SGRECCIA, *Bioetica. Manuale per medicina e biologia*, Milán, 1986, pág. 43.

¹³ FRANCISCO JAVIER LEÓN CORREA, “Dignidad humana, libertad y bioética”, en *Cuadernos de Bioética*, núm. 12, 4ª ed., Galicia, España, Grupo de Investigación en Bioética de Galicia, 1992, pág. 5.

¹⁴ JUAN RAMÓN LACADENA CALERO, *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Madrid, Edit. Marino Barbero Santos, 1989, pág. 19.

ción entre el hombre, la naturaleza y las técnicas biomédicas. La bioética reflexiona sobre las prácticas de los bioprofesionales, fomentando el respeto por la vida, la salud, la integridad de las especies y la protección de la humanidad.

§ 2. CARACTERÍSTICAS

Como disciplina filosófica, se ubica dentro del campo de la ética normativa práctica que estudia la utilización de una teoría ética y métodos de análisis para examinar un problema moral concreto, prácticas diversas, políticas públicas, etc. Por este motivo, dos cuestiones centrales serán importantes: a) dilucidar cuál de las teorías éticas ofrece mejores elementos para resolver los dilemas, y b) encontrar o desarrollar la metodología para enfrentar los nuevos problemas morales, lo que representa en sí otro problema, considerado su carácter interdisciplinario, donde lógicamente confluyen distintas formas de abordajes metodológicos. Las teorías éticas que han ofrecido marco a la reflexión bioética son: el utilitarismo, las teorías deontológicas (KANT), la ética de la virtud, el casuismo y la ética del cuidado. En cuanto a los métodos posibles, un dilema ético podrá ser abordado desde los principios (BEUCHAMP, CHILDRESS, 1979); desde el caso particular (TOULMIN, JONSEN, 1988) o a través de los comités de ética hospitalaria (procedimental). El método se usará para lograr la justificación moral de la conducta en examen. A su vez, claramente, cada una de estas teorías sustentará una concepción de hombre y defenderá líneas de acción en cuanto a la relación con las tecnologías y el medio ambiente¹⁵.

Entre las principales características de la bioética tenemos:

- Se sustenta en los derechos humanos y en los derechos de la persona.
- Nace en un ambiente biocientífico para proteger la vida y su ambiente.
- Es un esfuerzo interdisciplinario en el que participan médicos, sociólogos, filósofos, teólogos, psicólogos y abogados, entre otros.
- Comprende los problemas relacionados con los valores que surgen en las profesiones de la salud en general.
- Está orientada a proteger al ser humano integralmente (física, mental y socialmente).
- No se limita al campo humano, sino que abarca cuestiones relativas a la vida de los animales (maltrato y experimentación) y de las plantas (medio ambiente), ofreciéndole una protección como elementos biológicos, es decir, protege a los seres vivientes en general.
- Busca la armonía con la naturaleza promoviendo el desarrollo sustentable y el cuidado del medio ambiente.
- Traza líneas para guiar el correcto actuar científico.

¹⁵ PAULA SIVERINO BAVIO, “Introducción a la bioética; bases para una mirada latinoamericana”, Universidad de Buenos Aires, investigación en curso.

- Aborda cuestiones de orden social (salud pública), no se limita al campo estrictamente individual.
- Busca establecer límites sociales a la ciencia y a la tecnología.
- Tiende a evitar la audacia científica en contra de la vida.
- Es una disciplina teórica, aunque eminentemente práctica.
- Se sustenta en los derechos humanos y en los derechos de la persona.
- Busca conciliar el imperativo de la libertad de la investigación con la primacía de la protección de la persona y la salvaguardia de la humanidad.

Como refería NOËLLE LENOIR la “bioética nos invita en este sentido a ser buenos, honrados y generosos, cualesquiera que sean los intereses económicos y de poder de la competición científica y, por ello, solo puede ser universal, como ética de la responsabilidad y la solidaridad”¹⁶.

§ 3. ANTECEDENTES

La trascendencia de dos siglos de la vida espiritual y el carácter naturalista de la civilización occidental es, sin duda, la base fundamental del inicio de la bioética. Es una disciplina nueva. Surge no hace más de treinta años, y se desarrolla a partir del estudio y consecuencias de la triple dimensión que tiene la medicina —científica, profesional y asistencial—, aspectos decisivos en el cambio tecnológico y axiológico de nuestra cultura. Sin embargo, RUIZ REÁTEGUI¹⁷ dice que *la bioética es un suceso epocal* (se respeta el sombreado textual) que acoge y expresa una de las características más peculiares de nuestro tiempo, esto es, una de las realidades culturales propias de la posmodernidad. SCHOLLE y FUENZALIDA-PUELMA aluden a que “la bioética es muy similar al cuestionamiento moral que surgió después de la segunda guerra mundial ante la perspectiva de armas nucleares capaces de destruir la humanidad, en cuanto a los límites que la sociedad debía imponer a la ciencia y a la tecnología”¹⁸. Así mismo, y tomando el criterio antes señalado, LAVADOS¹⁹ menciona que la bioética, y su marcada eclosión, guarda cierta semejanza con el cuestionamiento moral de los arsenales atómicos capaces de arrasarse el planeta. Esto da a entender que la bioética no se limita solamente al campo de las ciencias biológicas, sino esencialmente a la protección de la vida, como producto de cualquier tipo de actividad del hombre.

¹⁶ Entrevista realizada por Bahgat Elnadi y Afdel Rifaat, en *El Correo de la Unesco*, septiembre de 1994, pág. 5.

¹⁷ A. RUIZ REÁTEGUI, “La ciencia y la fundamentación de la ética. I: La dignidad de la persona”, en *Deontología biológica*, Navarra, Universidad de Navarra, 1987, pág. 8.

¹⁸ SUSAN SCHOLLE CONNOR y HERNÁN L. FUENZALIDA-PUELMA, “Bioética. Presentación del número especial”, en *ibidem*.

¹⁹ JAIME LAVADOS, “Bioética y derecho en la cultura contemporánea”, en *Estudios Sociales*, núm. 85, tercer trimestre, 1995, pág. 156.

No obstante, está claramente establecido que la bioética surge de las ciencias biológicas, en sus diversos aspectos y formas en las que se realizan las prácticas de laboratorio y de campo, ya que estas se encargan de estudiar básicamente la vida. De esta manera se implanta una forma especial de ver y fijar los deberes de los bioprofesionales mediante la deontología biológica (piedra angular de la bioética). Esta afirmación debe ser entendida en un sentido amplio, sin restringir la bioética como ética de la biología, ni deontología biológica.

Primero, la bioética, como disciplina autónoma, se impartía como cátedra en las facultades de filosofía y teología, luego pasa a difundirse en la medicina y recientemente en las modernas facultades de derecho. Su estudio y difusión se ha intensificado como consecuencia del desarrollo del análisis del Proyecto Genoma Humano y de la tecnología del ADN recombinante. Con estas técnicas el hombre tiene un poder casi absoluto sobre la naturaleza, ya que, actualmente, no es el azar de la leyes de la herencia, sino el hombre el que puede determinar la evolución de todos los seres vivos, y por tanto de la humanidad. Este gran desarrollo de la bioética se ve robustecido con actividades académicas, pedagógicas y la publicación de gran cantidad de trabajos relacionados con el tema.

§ 4. VINCULACIÓN CON OTRAS RAMAS

La bioética tiene como característica especial que su campo de estudio resulta de la confluencia de distintas ciencias o disciplinas. Los avances biológicos se ven determinados, de manera general, por cuestiones científicas, filosóficas, sociales, éticas, económicas, religiosas y jurídicas, suscitando un sinnúmero de interrogantes en la medida que las intervenciones atañen a los seres vivos, esencialmente al hombre. La relación más cercana, en lo referente a su aplicación técnica, la tiene con las siguientes disciplinas biológicas: medicina, genética, biotecnología, ingeniería genética y biología molecular, pero no descuida su relación con el derecho, antropología, sociología, psicología, filosofía médica, etc. Con estas disciplinas biocientíficas, cuyos progresos son diarios y por demás vertiginosos, el hombre por vez primera tiene el poder de transformar los seres vivos de manera programada y con fines predeterminados.

§ 5. PRINCIPIOS

Los principios que inspiran la protección de la vida y el fomento de los métodos de salud se sustentan en los siguientes postulados:

A) *Principio de respeto por las personas*

El hombre, por su esencia y estado natural, no puede ser objeto de la ciencia. La libertad de las investigaciones no debe atentar contra la individualidad del hombre como consecuencia de la defensa de los derechos fundamentales de

la persona, como son el derecho de todo ser humano a la vida, a la integridad física, así como a los derechos de la familia y del hijo²⁰.

Dentro de este principio se incluyen los casos de información y el consentimiento que debe permitirse al paciente. De allí que sea conocido en la doctrina también como el principio de autonomía, que consiste en tratar a las personas respetando su libertad y autodeterminación.

B) *Principio de beneficencia*

Todo procedimiento o medida médica aplicada al ser humano debe basarse en la utilidad, beneficio y solidaridad de sus resultados. Es decir, los fines que se buscan con las intervenciones médicas son positivas y de orden terapéutico. Todo acto que tienda a perjudicar la vida debe ser evitado.

C) *Principio de justicia*

No debe establecerse discriminación alguna en la aplicación y ejecución de los tratamientos médicos. Todos los seres humanos tienen igual derecho a ser asistidos clínicamente y de acuerdo con las necesidades y urgencias que requiera su salud. La igualdad en el tratamiento científico es fundamental.

D) *Principio de solidaridad*

La entrega, ayuda y trato similar es la base de este principio. La bioética sienta su base en este principio partiendo del hecho de que toda persona tiene derecho a un servicio de salud pero a la vez **?????????FALTA TEXTO.**

§ 6. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La distinción entre macro, meso y microbioética²¹ ha caído en desuso. Actualmente las áreas de clasificación temáticas reconocidas por la doctrina son la bioética general, clínica, social, cultural y política. Veamos:

²⁰ *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Respuestas a unas cuestiones de actualidad*, Ciudad del Vaticano, 1986.

²¹ ROBERTO LLANOS ZULUAGA (*Extensiones, op. cit.*) sostiene que la bioética se desenvuelve en tres niveles (Macroética: incluye lo ambiental, ecológico, biomédico y planetario. Mesobioética: regula la intervención biotécnica sobre la vida humana (concepción, nacimiento, desarrollo y muerte —aborto y eutanasia—). Microbioética: es la ética médica propiamente dicha y comprende la relación terapéutica y la atención de la salud).

- La bioética general, también llamada bioética teórica, estudia los problemas relativos a los fundamentos de la disciplina, que constituyen las raíces morales y las garantías éticas que pueden fundar los juicios morales hechos en nombre de la bioética.

- La bioética clínica se desarrolla en el campo de las decisiones éticas tomadas diariamente en el cuidado de los pacientes; se enfoca en los casos individuales, buscando determinar qué se debe hacer aquí y ahora en el cuidado de un paciente.

- La bioética social que engloba la política y la cultura, la cual entenderá especialmente en aquellas cuestiones relativas a la investigación en seres humanos, cuestiones ambientales, de biodiversidad y desarrollo sustentable, problemática aborígen y otras semejantes.

- La bioética cultural se refiere al esfuerzo sistemático para relatar la bioética en el contexto histórico, cultural, ideológico y social en que se expresa²².

- La bioética política tratará la elección, estudio y regulación de tópicos diversos que constituirán políticas de acción en problemáticas bioéticas, se ocupará también de lo relativo al derecho a la salud, la relación entre economía y salud, y principalmente la asignación de recursos.

Por su parte, MANCINA²³ manifiesta que son tres los grupos de problemas que discute la bioética:

- Temas relativos a la ética biomédica: analiza la relación médico-paciente, el diagnóstico prenatal, el trato hacia los minusválidos, el aborto y la eutanasia.

- Temas relativos al trato con otros seres vivos y el ambiente: se toman en consideración los derechos de los animales, de los vegetales y del medio para determinar la posibilidad de una relación armónica entre el ser humano y la naturaleza.

- Temas relativos a la ingeniería genética: estudia los problemas que derivan de la posibilidad de intervenir genéticamente sobre la vida.

En otro ámbito, también se habla de ética en política de la salud y de la asignación de recursos, problemas típicos en esta área, por lo que se refiere a aquellas personas que tienen derecho a un seguro médico y también a la sociedad que tiene derecho a exigir un comportamiento saludable de sus integrantes. El problema ético de la política de la salud es el balance de un eficiente uso de los recursos en busca de una distribución más equitativa para la salud.

FALTA NOTA 22

²³ “Bioetica, il campo di un conflitto”, en *Reti*, núm. 1, septiembre-octubre, Roma, 15. Citado por MARÍA LAMAS, “La bioética. Proceso social y cambio de valores”, en *op. cit.*, pág. 189.

§ 7. DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS BIOÉTICOS

La gran parte de declaraciones internacionales y documentos de bioética se sustentan esencialmente en los siguientes postulados:

- El embrión es un ser humano y posee todos los derechos necesarios para su protección.

- La ciencia y la técnica no se fundamentarán en procedimientos atentatorios contra la dignidad del ser humano.

— El matrimonio y la familia son la esencia de la transmisión y desarrollo de la vida.

- Se prohíbe la manipulación genética.

Las declaraciones en general establecen como principio básico desechar el imperativo tecnológico sustentado en que “se debe hacer siempre todo aquello que es técnicamente posible, de lo contrario se bloquea a la ciencia”²⁴. Esto en virtud de que la técnica sin la ética atropella al hombre, y el hombre no es solo una suma de componentes químicos (cuarenta kilos de agua, diecisiete de grasa, cuatro de fosfato de cal, uno de albúmina, cinco de gelatina, carbonato de calcio, almidón, azúcar, cloruro de calcio y sodio), sino que es también, espíritu, razón y libertad.

La vida no es un asunto de “calidad total” como un proceso productivo o de servicios, no es asunto de “cero defectos”. La persona humana es inviolable, y desde la concepción su vida debe ser defendida de todo atentado, degradación o menoscabo.

El Estatuto y Protocolo del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología²⁵ menciona en su preámbulo la necesidad de desarrollar y aplicar la utilización pacífica de la ingeniería genética y la biotecnología en beneficio de la humanidad.

MARTÍNEZ DORAL²⁶ plantea dos proposiciones complementarias que han sido también reconocidas:

- Por muy deseables o convenientes que aparezcan determinadas conductas, si hay imperativos éticos que las prohíben, no deben ser realizadas.

- Por muy penosos o exigentes que aparezcan determinados comportamientos es preciso realizarlos cuando así lo prescribe un deber ético.

²⁴ “No todo lo que se puede fácticamente hacer, es justo. Hay límites humanos, límites éticos, límites impuestos por las leyes objetivas de la naturaleza”. “La distinción, pues, entre lo que se puede y lo que se debe hacer, entre los comportamientos posibles y los comportamientos justos, parece clara y difícilmente discutible”. J. M. MARTÍNEZ DORAL, en la Introducción de NATALIA LÓPEZ MORATALLA y otros, *Deontología biológica*, Navarra, Universidad de Navarra, 1987, pág. 4.

²⁵ Suscrito en Madrid el 13 de septiembre de 1993 y en Viena el 4 de abril de 1994. Publicado en Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 8 abril 1995.

²⁶ *Op. cit.*, pág. 3.

Así vemos cómo, por una parte, hay posturas, como las sostenidas desde una posición utilitarista en el debate de la investigación en células madres de origen embrionario, que proclaman la aprobación de la clonación terapéutica en vista de las consecuencias beneficiosas que traería el desarrollo de esta tecnología; mientras que por otra, hay quienes sostienen que es moralmente inaceptable, al involucrar la manipulación genética y el descarte embrionario. Pero la concreción de la ética personalista se centra, indiscutiblemente, en una limitación, aunque se pueden hacer materialmente, y hay cosas que no se pueden dejar de hacer honradamente, aunque sí se pueden dejar de realizar fácticamente.

§ 8. RELIGIÓN Y BIOÉTICA

La *Compton's Interactive Encyclopaedia*²⁷ indica que cada grupo religioso establece sus propios principios acerca de la ética y la biología. Así, tenemos que especialmente los judíos y los católicos romanos han desarrollado sus propias posiciones, claras y precisas, mientras que los protestantes, los ortodoxos orientales, los hindúes y budistas, no tienen criterios muy desarrollados. Por su parte, el judaísmo talmúdico tiene una posición clara con respecto a la eliminación de la vida (aborto y eutanasia).

La teología moral católica romana establece cinco principios básicos referidos al tema de la bioética:

- Principio de la administración: la vida viene de Dios, siendo nosotros, única y exclusivamente, administradores y responsables por el cuidado del cuerpo.
- Principio de la inviolabilidad de la vida humana: no puede eliminarse ni variarse la esencia de la vida humana.
- Principio de totalidad: cada parte del cuerpo existe como un todo, como un universo. Como un conjunto orgánico imprescindible que no puede ser separado ni alterado.
- Principio del doble efecto: en casos extremos puede permitirse la realización de actos negativos en orden de alcanzar luego uno positivo. En estos casos la acción mala solo servirá como medio para alcanzar la buena. Debe producirse, con este criterio, cuando menos tanto bien como el mal causado (aborto terapéutico).
- Principio de sexualidad: el sexo existe por dos razones para la procreación y para la expresión máxima del amor en el vínculo matrimonial.

Por regla debe quedar claro que siendo la bioética una disciplina es por definición pluralista y laica sin perjuicio de las posiciones de máxima defensa a la vida y conservación de la unidad humana. No pueden confundirse los pos-

²⁷ *Compton's New Media Inc.*, copyright, 1993-1994 (traducción libre encargada a Mariana de las Casas, 1996).

tulados de la Iglesia, que son de los más válidos, con los presupuestos creados para canalizar las aplicaciones médicas y el bienestar de la sociedad.

§ 9. CASOS MÉDICOS DE INTERÉS PARA LA BIOÉTICA

La práctica médica, tanto diagnóstica como terapéutica, consiste en una continua toma de decisiones en condiciones de incertidumbre. La bioética desafió la creencia de que aquellos bien entrenados en medicina y ciencia estaban igualmente capacitados para tomar decisiones morales²⁸. Educar al médico en los métodos de toma de decisiones es una de las máximas responsabilidades de las instituciones médicas docentes. El proceso de toma de decisiones morales en el área sanitaria es enormemente complejo y necesita un tratamiento específico. Dentro de las distintas áreas de estudio, la bioética clínica se desarrolla en el campo de las decisiones éticas tomadas diariamente en el cuidado de los pacientes; se enfoca en los casos individuales, buscando determinar qué se debe hacer en un lugar y en un momento determinado en el cuidado de un paciente. Entonces se toma contacto directo con los problemas relacionados con la vida, de principio a fin de la misma, cuestiones relativas a la procreación, la manipulación genética, trasplantes, eutanasia, etc. El acto médico y las cuestiones relativas a los procedimientos de toma de decisiones serán debates centrales en esta área de estudio. Tarea que podrá ser igualmente asumida desde la actuación de los comités hospitalarios de ética, grupos interdisciplinarios que insertos en una institución, desarrollan tres funciones básicas: docente, consultiva y normativa en torno a dilemas éticos surgidos de la práctica hospitalaria. Pero el caso médico tiene además de su importancia individual una innegable trascendencia social que es un tema que debe trabajarse y ordenarse²⁹.

Los casos más típicos de la incidencia moral en el ejercicio de la medicina y la correspondiente repercusión bioética son: el aborto, la eutanasia, la distanasia, las técnicas de reanimación o resucitación, las técnicas de reproducción humana asistida, las investigaciones genéticas, la manipulación genética, la selección de sexo en el futuro embrión, la eugenesia, la esterilización compulsiva, la investigación de fármacos en seres humanos fuera de los protocolos de investigación, el rechazo en hospitales de enfermos terminales, con sida o que no cancelan su garantía, la deshumanización e institucionalización de la atención médica, los trasplantes en general, la implantación de piezas mecánicas, electrónicas o computarizadas en el cuerpo humano (al margen de los grandes beneficios que se han logrado con los elementos *cyborg* o *bionics*), la creación de nuevas especies, la utilización de órganos, tejidos, sustancias y productos de embriones abortados, etc. Así mismo, la ingeniería genética en microorganismos, bacterias, plantas y animales, el transporte de células modificadas, la tecno-

²⁸ CALLAHAN, *op. cit.*

²⁹ SIVERINO BAVIO, *op. cit.*

logía genética aplicada al hombre, la terapia humana por recombinación de ADN, la transferencia de genes, la creación artificial de genes, la manipulación del patrimonio genético humano con fines eugenésicos (la creación de superhombres o microhombres)³⁰.

Estos casos representan un atentado directo contra la dignidad, identidad e integridad del ser humano, por lo que deben ser regulados de inmediato. Estas intervenciones, experimentaciones o manipulaciones “pueden desencadenar una perturbación irreversible en el orden del cosmos”³¹, de allí que es importante fijar las sanciones administrativas, civiles o penales, de ser el caso, a fin de erradicar la deshumanización e imponer la institucionalización de la correcta práctica médica.

§ 10. EL JURAMENTO HIPOCRÁTICO Y LA BIOÉTICA

Como indica ALEJANDRO GOIC³², el juramento hipocrático (Cos, isla griega, 460 a. C.) establece los fundamentos seculares filosóficos de la ética y de la conducta médica. Es la carta magna de los profesionales de la salud. Como texto guía permite destacar los valores esenciales del respeto a la vida y la dignidad del ser humano. No es un código prohibitivo, sino la expresión de un ideal de conducta, una aspiración del comportamiento del médico establecido en dos postulados: *non nocere* (no causar daño) y *bonum facere* (hacer el bien al paciente). Sin embargo, es de tomar en cuenta que “La ética médica que podría pensarse como único ejemplo contrario, no tuvo ni en el juramento hipocrático ni en los posteriores códigos de ética médica un nivel de reflexión propiamente filosófico. Este será... el cambio fundamental que introduzca la bioética. Las ideas ontológicas, gnoseológicas y axiológicas siempre han estado detrás de la noción de cuerpo humano, verdad diagnóstica o buen tratamiento, pero nunca como conocimiento médico sistematizado”³³.

En esta época de adelantos y avances vertiginosos, el juramento hipocrático sigue incólume³⁴ en casi todos sus postulados:

³⁰ *Idem, ibidem.*

³¹ NATALIA LÓPEZ MORATALLA, y E. SANTIAGO, “Manipulación genética por transferencia de genes”, en *Deontología biológica, op. cit.*, pág. 311.

³² ALEJANDRO GOIC, “El juramento hipocrático veneración ciega”, en *Documenta, op. cit.*, págs. 8 a 13.

³³ JUAN CARLOS TEALDI, *La enseñanza de la bioética como nuevo paradigma en salud. “Introducción al modelo constructivista del conocimiento médico”*, Quirón, 21:3, 1990, págs. 25 a 29.

³⁴ Los mismos valores en él planteados los encontramos en los siguientes documentos que son la base actual de la bioética: el Código de Nuremberg (1947), la Declaración de Helsinki (1964), la Declaración en Ginebra (1968), la Declaración de los Médicos de Francia (1973), la Declaración de Tokio (1975), la Declaración de los Médicos de Europa (1976), la Declaración de los Médicos en Lisboa (1981) y el Código Internacional de Ética Médica (1983), la Carta de los derechos de la familia (1983), el Comité Consultivo Nacional de Ética para las ciencias de la vida y la salud (1984), entre otros.

- “Haré uso del régimen dietético para ayuda del enfermo...; del daño y la injusticia lo preservaré”.

El principio aquí esbozado es el preservar al paciente de la injusticia médica. Esto tiene como base tres elementos éticos fundamentales en la persona: Ayudar, socorrer, auxiliar, mejorar y aliviar; no hacer daño; proteger al paciente de los malos tratos médicos.

- “No daré a nadie, aunque me lo pida, ningún fármaco letal, ni haré semejante sugerencia. Tampoco proporcionaré a mujer alguna un pesario abortivo”. Este principio es, ante todo, propiciador del respeto de la vida humana.

- “A cualquier casa que entrare acudiré para asistencia del enfermo fuera de todo agravio intencionado o corrupción...”. Este principio alude al respeto de la dignidad humana en todas sus formas, partiendo de lo general que es la protección de la vida humana.

§ 11. EL COMITÉ DE BIOÉTICA DE LA UNESCO

A) *El Comité Internacional de Bioética*

También conocido por su abreviatura CIB, fue creado en septiembre de 1993 por resolución 5.15 aprobada por la Conferencia General en su XXVII reunión de la Unesco. Agrupa a cincuenta personalidades de distintos países y variadas profesiones. Esta característica interdisciplinaria le permite corresponder a la gran variedad de interrogantes que plantean las investigaciones biomédicas. Su función esencial es difundir los alcances de la bioética y la correcta aplicación de la tecnología biológica por el hombre. Entre las importantes tareas que realiza tenemos las convocatorias mundiales en las que se analizan las consecuencias sociales, políticas, culturales, éticas y jurídicas de las investigaciones biotecnológicas.

En la segunda reunión (1994) se trataron cinco temas: la detección y las pruebas genéticas, la terapia génica, la investigación fundamental, la genética de poblaciones y la enseñanza de la bioética.

En la tercera reunión (1995) los puntos fueron: el consejo genético, las neurociencias, la genética de las poblaciones y la enseñanza de la bioética en las Américas.

Así mismo, el CIB elaboró un importante anteproyecto de declaración sobre la protección del genoma humano³⁵, que fue el documento liminar de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

Según el Estatuto del Comité Internacional de Bioética estas son sus funciones:

³⁵ Unesco, *Informe del director general sobre la preparación eventual de un instrumento internacional para la protección del genoma humano*, París, septiembre 1995, 28 C.

a) Reflexionar sobre las cuestiones éticas y jurídicas que plantea la investigación sobre las ciencias de la vida y sus aplicaciones, y fomentar el intercambio de ideas e información, en particular mediante la educación;

b) Propiciar las actividades encaminadas a suscitar una mayor conciencia del público en general, de los grupos especializados y de los encargados de adoptar decisiones en materias relacionadas con la bioética, tanto en la esfera pública como en la privada;

c) Cooperar con las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales interesadas en las cuestiones que se plantean en el ámbito de la bioética, así como con los comités nacionales y regionales de bioética y organismos similares,

d) De conformidad con el artículo 24 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, denominada en adelante “la Declaración”:

i) Contribuir a difundir los principios enunciados en la Declaración y a profundizar el examen de las cuestiones planteadas por su aplicación y por la evolución de las tecnologías en cuestión;

ii) Organizar consultas apropiadas con las partes interesadas, como, por ejemplo, los grupos vulnerables;

iii) Presentar, de conformidad con los procedimientos reglamentarios de la Unesco, recomendaciones a la Conferencia General y prestar asesoramiento en lo referente al seguimiento de la Declaración, e identificar las prácticas que pueden ir en contra de la dignidad humana.

B) *El Comité Intergubernamental de Bioética*

Según el Estatuto del Comité Internacional de Bioética el Comité Intergubernamental examinará los dictámenes y las recomendaciones del CIB, incluso los referentes al seguimiento de la Declaración Universal. El Comité Intergubernamental comunicará al CIB sus observaciones. Presentará sus observaciones al director general para que las transmita, junto con los dictámenes y las recomendaciones del CIB, a los Estados Miembros, al Consejo Ejecutivo y a la Conferencia General. Podrá comunicar todo tipo de propuestas para el seguimiento de los dictámenes y las recomendaciones del CIB.

La reunión conjunta fomentará el diálogo entre el CIB y el Comité Intergubernamental en temas de interés mutuo. Sin imponer límites al carácter general de estas cuestiones, podrán considerarse propuestas como: la presentación de enmiendas a la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos; o la aprobación de otra declaración u otro instrumento internacional en las esferas de competencia del CIB.

Conclusión

La bioética, que vela por la vida, identidad, integridad y salud de los seres vivos, trata de frenar mediante normas y principios el vertiginoso desarrollo de la sociedad tecnológica. Vela, además, porque los progresos científicos y tecnológicos no se vuelvan en contra de la humanidad, asegurando que no se utilicen como arma de destrucción, sino como fuente de bienestar y progreso. En definitiva, busca dar el matiz humano a lo técnico-científico. Es prioritario comenzar a difundir los principios conservadores de la bioética, como son el respeto a las personas, la beneficencia y la justicia, con objeto de defender a la especie humana, sin perjuicio de que ello implique un freno o límite al progreso de las ciencias biológicas. Por el contrario, es necesario lograr un justo y coherente desarrollo en beneficio de la humanidad. Esta, sin ciencia, sin avances o descubrimientos científicos, se vería limitada en la satisfacción cada vez mayor de sus necesidades vitales. Ciencia con conciencia es el ideal que, como defensores de la vida y de la especialidad de la misma debemos buscar. En este aspecto las profundas transformaciones de la sociedad tecnocientífica tienen que estar acompañadas de un movimiento ético claro y exacto que proteja lo esencial, la vida.

CAPÍTULO SEGUNDO

FUNDAMENTOS BÁSICOS DEL DERECHO GENÉTICO

El derecho como fenómeno ordenador se encarga de regular conductas, vivencias y relaciones humanas, a fin de lograr la paz social y la sana convivencia. Pero el derecho no es inerte ni estacionario, es variable y dinámico, puesto que debe adecuarse a los cambios (sociales, políticos, económicos y científicos) que influyen sobre la vida del hombre. Muchas veces el derecho espera demasiado tiempo para regular un hecho o una situación, su carácter previsivo así lo exige a efectos de medir *a priori* las consecuencias sociales que genere. Mientras el derecho es paciente, las ciencias son audaces, y esto explica que algunos sostengan que el derecho cumple un rol conservador dentro de la sociedad civil, en oposición a él las ciencias en general tienen una tendencia que podría llamarse liberal. Es por ello por lo que el derecho no ha caminado a la par en su desarrollo, no ha seguido el ritmo vertiginoso impuesto por las ciencias. Hoy en día una de las ciencias que influye de manera determinante en el derecho es la ciencia médica. Así, la biología ha determinado el inicio de la vida humana, el momento del nacimiento, el de la muerte de una persona y la investigación negativa de la paternidad; la cirugía, los trasplantes de órganos y la adecuación de sexo; la procreática, las técnicas de reproducción asistida, la ingeniería genética y la investigación del genoma humano; por último, la genética ha aportado la determinación biológica de la paternidad.

Analicemos previamente algunos conceptos, con la finalidad de hallar la conexión del derecho con la genética.

El derecho, mediante una coordinación ética-imperativa, regula la vida humana recurriendo al auxilio de las demás ciencias, a fin de crear un marco eficiente de protección a la persona.

La genética es la ciencia encargada de estudiar la herencia biológica, es decir, la transmisibilidad de los caracteres morfológicos y fisiológicos de generación en generación.

La ingeniería genética es aquella ciencia que se dirige al estudio, trabajo y modificación del material genético (ADN) en los organismos vivos. Su finalidad es mejorar las condiciones de vida y las funciones biogenéticas del hombre.

Estos conceptos preliminares nos hacen prever el íntimo nexo entre el derecho y la genética. Ambos estudian al hombre y a la vida. El primero, su vida de relación; el segundo, sus mecanismos de vida. Con fundamento en estos postulados que comparto la idea de que “Si el derecho regula las relaciones humanas antes de nacer, en vida y después de la muerte, y la genética merodea los límites de la vida y la muerte como nunca hasta ahora, el encuentro entre ambos resulta inevitable”¹.

La modernidad social y científica, acompañada de la aplicación cotidiana y técnica de la genética a las necesidades de las personas, ha determinado una evolución práctica del derecho. La genética ha marcado una influencia tal que el derecho ha visto caer muchos de sus dogmas y postulados como consecuencia del avance de esta ciencia biológica.

§ 12. ORIGEN

A pesar de que la influencia de la genética en el ser humano cuenta ya con varias décadas, el tema sigue siendo novedoso, aun para el derecho, el que si bien se ha encargado de fijar muchas pautas legales tomando como base los principios de esta ciencia a la fecha debe reordenar sus estructuras y postulados. Son muchos los estudios, las obras, las leyes y la jurisprudencia que sobre materia genética existen, lo que amerita hablar académicamente de un derecho genético, al que es necesario dotarle de un esquema y metodología de desarrollo adecuado para su aplicación. En este sentido, proponemos el marco teórico sobre el cual se edifica jurídicamente el derecho genético, que a su vez nos sirva para ubicarnos en el tema tratado, a fin de superar posibles confusiones.

El derecho genético como tal es reciente. En una primera etapa se le consideró como un derecho de excepción aplicable solo a los seres humanos, en lo pertinente a su identidad, a efectos de determinar los nexos de paternidad. Luego amplió su ámbito de aplicación a las técnicas de reproducción humana asistida, siendo posteriormente utilizado para ceñir los principios del inicio de la vida humana. Finalmente, la integridad humana se vio fortalecida por las nuevas orientaciones que otorga la genética.

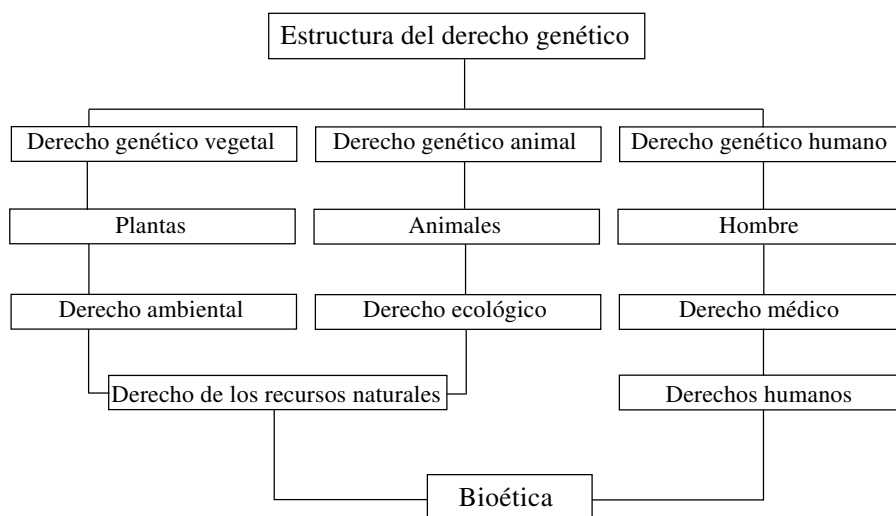
El derecho genético surge como una respuesta a los avances de la ciencia y la tecnología, así como a la necesidad de determinación de la ética que fundamenta los principios que debemos seguir, a fin de no vulnerar la esencia social. De esta manera, el derecho genético nace de la relación *ius gen*, fijando las pautas para la aplicación de las técnicas biogenéticas.

¹ JUAN BAUTISTA PARDO, “La investigación al servicio del hombre: reflexiones de un jurista”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, Universidad de Deusto, núm. 1, 1994, pág. 26.

§ 13. ESTRUCTURA

El derecho genético no se agota en el ser humano, sino que tiene una relación esencial con toda la materia viva, es decir, dentro de su ámbito de aplicación general se encuentra el estudio de las plantas y animales a los que les ofrece una protección, de allí su variada vinculación con las diferentes ramas del derecho.

El siguiente esquema nos ilustra su estructura aplicativa:



Esta obra se centra exclusivamente en el aspecto del denominado derecho genético humano.

§ 14. CONCEPTO

Es de importancia fundamental para el derecho la vida humana, la que requiere para su desenvolvimiento biológico y continuidad estable de medios asistenciales que orienten e informen su desarrollo.

Sobre este aspecto la genética ha aportado principios y conocimientos básicos para el estudio del ser humano que comprende el campo de la interioridad génica. Sin embargo, en muchos casos la aplicación de las técnicas genéticas perjudican al ser humano, sea en sus derechos como en su integridad, en tal sentido el derecho ha tenido que regular las aplicaciones genéticas con un marco legal adecuado, a fin de proteger al ser humano.

§ 15. DENOMINACIÓN

En la literatura comparada el derecho genético como disciplina jurídica ha recibido variadas denominaciones: bioderecho², biojurídica³, biotecnología jurídica, biolegislación⁴, derecho biológico, derecho de la genética⁵, derecho de las biotecnologías⁶,

² En Brasil, FRANCISCO VIEIRA LIMA NETO refiere que, el bioderecho es una rama muy reciente de la ciencia jurídica que tiene por objeto el análisis, a partir de una óptica jurídica y de variadas metodologías de los principios y normas jurídicas que crean, modifican y extinguen relaciones entre los individuos y grupos, y entre ellos con el Estado, cuando esas relaciones se vinculan con el inicio de la vida, el transcurso de la misma y su fin (traducción libre del portugués por ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI). Véase *Bioética e Biodireito, Grupo de Pesquisa e Estudos de Bioética e Biodireito*, Departamento de Direito, Universidade Federal Do Espírito Santo (UFES), en <http://200.241.23.10/cursos/direito/bio.htm> y en su obra *Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética*, Brasil, Edit. De Direito, 1997, y en especial *Temas de Biodireito*, en <http://www.ccje.ufes.br/bioetica/>, así mismo, ÉLIDA LÚCIA SÁ SÉGUIN, conforme lo demuestra en la conferencia “Bioética y bioderecho”, publicada en *I Congresso Brasileiro de Biodireito*, Comissão Especial de Biodireito da OAB/RS, octubre 2000. En Argentina, la profesora marplatense GRACIELA N. MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, en su obra *Bioderecho* (Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1998, pág. 26) utiliza por vez primera en este país el término, mencionando que CHRISTIAN LAVIALLE en la obra colectiva *De la Bioéthique au bio-droit* (LGDJ, París, 1994) afirma que el bioderecho estudia las consecuencias sociales de los avances tecnológicos, en el mismo sentido también LUIS GUILLERMO BLANCO (“Algunas consideraciones acerca del desarrollo del ‘bioderecho’ en Argentina”, en <http://www.bioetica.org/blancoter.htm>). En Italia tenemos a S. MOCCIA, “Bioetica o Biodiritto? Gli interventi dell’uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1987. MAURO BARNI, “Diritti-Doveri. Responsabilità del medico. Dalla bioetica al biodiritto”, Milano, Edit. Giuffré, 1999. En España el profesor M. CASADO, “Los derechos humanos como marco para el bioderecho y la bioética”, en *Derecho biomédico y bioética*, Carlos Romeo Casabona (coord.).

³ A. M. MARCOS DEL CANO, “La biojurídica en España”, en *Rivista di Filosofia del Diritto*, gennaio-marzo IV, serie LXXI, 1994; “¿Es necesaria la biojurídica?”, en *Bioética y ciencias de la salud*, vol. 1, 1994; J. M. MARTÍNEZ VAL, “Biojurídica: realidad y horizontes”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 4, 1986; LUIS GUILLERMO BLANCO, *op. cit.*, utiliza indistintamente este término con el de bioderecho. Por su parte, MARÍA DOLORES VILACORO BARRACHINA es directora de la Cátedra Unesco y del Doctorado en Bioética y Biojurídica.

⁴ M. PALACIOS, “Reciente biolegislación humana en España”, en *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, núm. 4, 1984.

⁵ JEAN CHRISTOPHE GALLOUX, “La préfiguration du droit par les contras de biotechnologie: la expérience nord américaine”, en *Revue Internationales de Droit Comparé*, núm. 3, 1992, pág. 584.

⁶ PAZ MERCEDES DE LA CUESTA AGUADO, “El principio penal de respeto a la dignidad de la persona”, en *Revista Jurídica del Perú*, año LI, núm. 18, enero 2001, págs. 215 y ss.) el derecho de las biotecnologías “trata de regular y dar respuesta jurídica a una realidad que le desborda por todas partes y, que muy genéricamente, tiene que ver con el acceso de la ciencia médica a la herencia genética y la reproducción humana”. Agrega que prefiere usar el término ‘biotecnologías’ en plural “para hacer referencia a la pluralidad de técnicas y ciencias que pueden verse implicadas. Sí nos encontraremos con que desde diversas ciencias se generan necesidades de regulación. Por ejemplo, desde la microbiología, con la reduplicación del ADN; desde la medicina, con la manipulación de preembriones, etc.” (véase nota 108).

derecho y genoma humano⁷, derecho genómico⁸, derecho médico⁹, derecho tecnológico¹⁰, iusgenética¹¹, entre otros.

Incluso, esta rama especializada del derecho ha sido relacionada con el término bioética. Como refiere LUIS GUILLERMO BLANCO¹², si bien no podemos negarle que la bioética es una disciplina cosmopolita, un fenómeno cultural, un movimiento social y un estilo intelectual, no es menos cierto que, dada su naturaleza eminentemente interdisciplinaria, el contexto normativo de la bioética no es solo ético-filosófico, sino también jurídico, constituyendo el bioderecho o biojurídica, una dimensión insoslayable para configurar la bioética, en la cual el derecho no se limita a realizar un simple aporte o contribución, sino que su rol es dar una respuesta jurídica. De esta manera, es claro que el bioderecho importa la institucionalización jurídica de la bioética, en otras palabras, el primero es parte integrante del segundo. Por ello, no corresponde efectuar una dicotomía entre derecho y bioética, ya que esta parcialización atenta contra la naturaleza interdisciplinaria de la bioética y puede conducir a marginar al derecho de su ámbito, lo que a nadie beneficia.

Vemos así que en la bibliografía comparada especializada no existe todavía uniformidad en la utilización de la denominación derecho genético¹³, mientras que en la bibliografía nacional existe una tendencia más o menos uniforme¹⁴.

⁷ Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV - Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, Bilbao, España, dirigida por Carlos María Romeo Casabona.

⁸ Reunión Internacional de Expertos sobre Derecho Genómico, México, marzo 1999. Dirigido por la profesora Marcia Muñoz de Alba Medrano.

⁹ D. P. T. PRICE, "Teaching medical law to undergraduates: Possibilities and Embryo Experiments", en *The Law Teacher*, vol. 26, núm. 1, 1992.

Es de precisar que esta nueva rama del derecho es mucho más amplia que el derecho genético, incluso podemos decir que esta está subsumida en aquella. Mayor referencia en la *International Encyclopaedia of Law, Medical Law*.

¹⁰ L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *Derecho tecnológico. La nueva inseminación artificial*, Madrid, Central de Artes Gráficas, 1989.

¹¹ R. MARTÍN MATEO, "Iusgenética", en *Autonomías*, núm. 15, 1992; GRACIELA MEDINA, "Modernas cuestiones biotecnológicas y flexibilidad del Código Civil Peruano", en Ponencias al Congreso Internacional Los diez años del Código Civil peruano: Balance y perspectivas, Universidad de Lima, nota 7, 1ª ed., 1995, pág. 188.

¹² *Loc. cit.*

¹³ MERCEDES ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, *La clonación y selección de sexo, ¿derecho genético?*, Madrid, Centro Universitario Ramón Carande, Dykinson, 1998; A. ESER, "¿Genética, 'Gen-Ética', derecho genético?" (trad. de C. M. Romeo Casabona), en *La Ley*, núm. 1397, 1986; fuente: Base de Datos y Archivo Documental de la Cátedra Interuniversitaria de derecho y Genoma Humano, en <http://www.deusto.es> (13 diciembre 2000).

¹⁴ ROSARIO RODRÍGUEZ-CADILLA PONCE, *Derecho genético: Técnicas de reproducción humana asistida. Su trascendencia jurídica en el Perú*, Lima, San Marcos, 1997; MANUEL MIRANDA CANALES, *Derecho de familia y derecho genético*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1998;

§ 16. DEFINICIÓN

Podríamos dar dos definiciones de derecho genético.

Una general o amplia, en la que entenderíamos que el derecho genético es la rama del derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano. Es decir, se encarga de estudiar y normar todas aquellas actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición génica del hombre.

Y una especial o dirigida, mediante la que definiríamos al derecho genético como la rama del derecho que se encarga de regular la influencia de las bioéticas procreática, genómica y transcriptómica en el ser humano.

La limitación de esta última definición está dada en el hecho de que la ciencia médica, y en especial la genética y la ingeniería genética, avanza a pasos tan agigantados que una definición técnica puede quedar desfasada muy fácilmente.

En lo que sí debemos estar de acuerdo es en que el derecho genético ha surgido como un área del derecho especial que brinda una protección y seguridad jurídica al ser humano y a las relaciones sociales que se derivan de aquellos avances de la ciencia genética.

§ 17. CARACTERÍSTICAS

El derecho genético reviste un conjunto de características que lo diferencian de otras ramas del derecho.

- En especial podemos considerar las siguientes:
- Es una rama del derecho esencialmente técnica, en otras palabras, es un derecho biotecnificado.
- Estudia los efectos de los avances biocientíficos sobre el hombre a efectos de predeterminar la relación jurídica biotecnológica.
- Reglamenta la relación y consecuencias que surgen entre el ser humano y la ciencia biológica.
- Está influenciado de forma determinante por la tecnología, por ideas morales, religiosas y éticas.

ROSARIO RODRÍGUEZ-CADILLA PONCE, *Intimidad, banco de datos y derecho genético*, Tesina presentada al Colegio de Abogados de Lima para obtener el diploma de Fedatario Juramentado en Informática, Lima, 2001; RICARDO VALVERDE MORANTE, *Derecho genético. Reflexiones jurídicas planteadas por las técnicas de reproducción asistida*, Lima, Editorial Gráfica Horizonte, 2001; CLARA MOSQUERA VÁSQUEZ, *Temas de derecho genético (ideas y propuestas sobre una nueva vertiente del derecho contemporáneo)*, Lima, Edit. Gráfica Horizonte, 2001.

- Norma de manera sustantiva, adjetiva, administrativa y punitiva las relaciones humanas con la genética.
- Está en constante y rápida evolución, acorde con el desarrollo científico.

§ 18. ELEMENTOS

Cuando hablamos de los elementos del derecho genético nos referimos a los factores indispensables que se requieren para el surgimiento de las relaciones jurídicas que, vinculadas entre la genética y el derecho, sirven de protección al ser humano.

Los elementos del derecho genético son:

A) *Sujetos*

Estos están constituidos por el elemento personal y se dividen en:

- *Sujeto activo*. Es esencialmente aquella persona técnica o profesional que con conocimientos biomédicos (calidad propia) realiza intervenciones genéticas en otra.

- *Sujeto pasivo*. Puede ser cualquier ser humano (concebido o persona natural), sin distinción alguna, en el que recae la acción.

Indiscutiblemente puede darse el caso de que el mismo sujeto pasivo sea el activo (el científico que experimenta en sí mismo, caso de LOUIS PASTEUR —Francia, 1822-1895— y DANIEL ALCIDES CARRIÓN —Perú, 1859-1885—).

Sucedan casos realmente especiales en la manipulación genética, cuando se realiza en elementos celulares somáticos (células) o en elementos celulares germinales (espermatozoides y óvulos), así como en cadáveres. Estos casos, que si bien se apartan de las consideraciones expuestas, deben ser considerados como una excepción, es decir, merecen, también, de una consideración jurídica.

B) *Objeto*

El derecho genético regula la aplicación de los procedimientos genéticos y su relación con el ser humano. En este sentido su fin es dar pautas de protección legal evitando perjuicios en el hombre y su correspondiente repercusión en la humanidad.

Pongamos algunos casos:

- Un sujeto desea ceder sus espermatozoides a una joven mujer cuyo marido es estéril. ¿Quién es el padre?

- Se requiere que una persona se someta a un examen genético para determinar su futura contratación. ¿Es válida esta exigencia?

- Un experimentado biólogo desea investigar sobre un embrión inviable. ¿Es factible la manipulación genética?

Al derecho genético le incumbe directamente resolver todas aquellas técnicas biotecnológicas que se aplican en el ser humano, orientándolas con una regulación esencialmente humanista.

§ 19. VINCULACIÓN CON OTRAS DISCIPLINAS

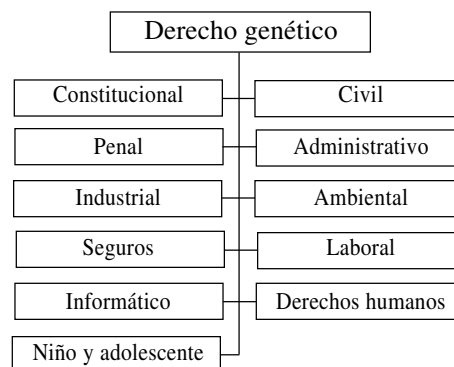
El derecho genético se enlaza directamente con el ser humano al tratar de establecer procedimientos tendentes a mejorar las condiciones de vida. Así, esta rama del derecho se nutre de diversas disciplinas que le sirven de sustento para enmarcar sus postulados y principios, tales como la filosofía, la estadística, la matemática, la informática y la religión.

Sin embargo, el derecho genético no se ha limitado únicamente a vincularse con otras ciencias del saber humano, sino que también ha llegado a tecnificarse con disciplinas especiales como es el caso de la bioinformática y la bioética.

§ 20. RELACIÓN CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO

Existe estrecha relación entre el derecho genético y las demás ramas del derecho por la circunstancia de que al estar vinculado directamente al ser humano es insoslayable su carácter jurídico interdisciplinario. Esta relación, que como veremos es múltiple, permite la mayor protección del ser humano frente al avance de la biociencia. Es más, podríamos decir que el derecho genético se ha venido desarrollando como una ciencia invasora de otras áreas jurídicas que se han visto en la urgencia, como disciplinas invadidas, de tomar sus instituciones y regularlas sobre la marcha, algunas veces sistemáticamente y otras de forma asistemática.

Por lo tanto, la relación estaría dada de la siguiente manera:



A) *Derecho constitucional*

De los principios y normas del derecho constitucional surgen los postulados del derecho genético. El primero se encarga de crear las instituciones propias de cada país, así como de establecer mandatos genéricos, siendo la tendencia normativa actual la tutela integral de la persona humana como fin supremo de la sociedad. El segundo, encauza el avance biocientífico y su correcta aplicación en el hombre. Como en todas las ramas del derecho, el derecho constitucional está ínsito en el derecho genético. Esto ha llevado a que en muchas Constituciones se regulen los principios bioéticos y del derecho genético.

B) *Derecho civil*

El derecho genético está íntimamente vinculado con el derecho civil, puesto que su aplicación tiene como fin a la persona humana. De allí que el derecho de las personas (el inicio de la vida, la teoría del concebido, los actos de libre disposición del cuerpo humano), el derecho de familia (el parentesco, la filiación) y el derecho de sucesiones (la transmisión hereditaria del hijo póstumo en la inseminación *post mortem*) se hayan visto influenciados por esta parte de la ciencia biológica. Producto de esta relación ha surgido el llamado derecho genético civil.

C) *Derecho penal*

El derecho penal, como aquella parte del derecho compuesta por normas dotadas de sanción, se vincula con el derecho genético en la medida que cautela, vigila y reprime aquellos actos ilícitos contrarios a la integridad y dignidad de la persona.

En la doctrina ha surgido una nueva clasificación de los delitos, los llamados delitos biológicos o delitos por manipulación genética, que son aquellos generados como consecuencia de la aplicación irresponsable y desmedida de la genética sobre el ser humano. El actor de un delito biológico puede ser condenado y aplicársele una pena (privativa de la libertad, restrictiva de la libertad, limitativa de derechos o multa), según sea el caso. A esta rama especial del derecho se le conoce como derecho genético penal.

D) *Derecho administrativo*

Entre ambos hay una estrecha relación, puesto que el derecho genético debe normar la operatividad y funcionamiento de los servicios biomédicos, los que, al estar dirigidos al ser humano, son cautelados por el Estado.

Para ejemplificar esta vinculación tenemos, entre otros casos, los siguientes: el establecimiento de los requisitos técnicos y funcionales para la autorización y homologación de los centros sanitarios y equipos biomédicos en los que

han de realizarse las técnicas genéticas, la creación y composición de comisiones que autoricen investigaciones, la creación de registros especiales como los de las parejas o personas beneficiarias, de los cedentes y de los establecimientos y profesionales autorizados, las historias clínicas, los protocolos de estudio de los cedentes y usuarios de las técnicas de reproducción humana. Esta rama es denominada derecho genético administrativo.

E) *Derecho industrial*

Específicamente la vinculación está dada en la protección directa que determinan los principios generales y las normas jurídicas de la propiedad industrial, respecto a que las materias que componen el cuerpo humano y la identidad genética no pueden ser objeto de patente ni titularidad por acto administrativo industrial alguno.

F) *Derecho ambiental*

Las normas que regulan la acción del hombre sobre el medio ambiente y el uso de los recursos naturales establecen una protección a la biodiversidad, a la diversidad genética y a los ecosistemas, de manera tal que, este derecho, preserva la población y conservación de todas las especies animales y vegetales, salvaguardando sus ambientes básicos y el mantenimiento de su diversidad, de sus ecosistemas y del germoplasma de las especies domésticas nativas.

Con fundamento en el principio de la preservación se regula la reproducción de las especies de la fauna silvestre en zoológicos o áreas de manejo. De esta forma, los recursos genéticos de las especies que habitan en el territorio nacional serán conservadas y aprovechadas en beneficio de las generaciones presentes y futuras, prohibiéndose la exportación de recursos genéticos en los casos que se crea conveniente.

El objetivo sustancial es promover el desarrollo y utilización en el lugar de origen de los recursos genéticos como medio para conservar su existencia, mediante el fomento y apoyo, de igual manera, de la investigación de los recursos genéticos para determinar su potencial y posibilidades de uso sostenido. La conservación de los recursos genéticos en el lugar deberá desarrollarse mediante la organización de bancos genéticos, herbarios, jardines botánicos, zoológicos y otros medios adecuados.

Es obligación del Estado proteger y conservar los ecosistemas que comprende su territorio, entendiéndose estos como las interrelaciones de los organismos vivos entre sí y con su ambiente físico. El aprovechamiento sostenido de los ecosistemas debe garantizar la permanencia de estos procesos naturales.

G) *Derechos humanos*

Dentro de la jerarquización de los derechos humanos se encuentran los derechos de tercera generación como son los derechos al desarrollo, progreso

y calidad, es el caso de la manipulación genética y la defensa del patrimonio genético de la humanidad, que son protegidos como la esencia de la vida. Al respecto se han dictado normas internacionales que tienden a proteger al hombre y a la humanidad de estos avances biotecnológicos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las generaciones futuras, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, Convenio de Bioética, entre otros.

La nueva tipología de los derechos humanos antes mencionada es la siguiente:

Los de *primera generación*: derechos de defensa contra el Estado y están referidos a la Libertad Individual (a la libertad, a la vida, integridad, propiedad) y,

Los de *segunda generación*: derechos de participación o derechos económicos, sociales y culturales, referidos a la igualdad (derecho al trabajo, a la vivienda digna, a la salud).

Los de *tercera generación*: derechos al desarrollo, progreso y calidad de vida (derecho a la paz, calidad de vida, protección frente a la manipulación genética, medio ambiente, libertad informática, consumo, protección del patrimonio histórico o cultural, a la autodeterminación, la defensa del patrimonio genético de la humanidad) y,

Los de *cuarta generación*: derecho a ser diferente (homosexualidad, cambio de sexo, aborto, al rechazo de tratamientos médicos que lleven a la muerte).

H) *Derecho del niño y del adolescente*

Basado en las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño este derecho se ha encargado de brindar una protección expresa a la vida contra la manipulación genética, tomando en consideración que las prácticas eugenésicas o las tendentes a satisfacer intereses económicos o de avance científico no benefician al ser humano en su vida, integridad e identidad, sino que están relacionados con objetivos pecuniarios.

I) *Derecho de seguros*

La previsión es una de las características de la institución del seguro, esto lleva a que la contratación permita satisfacer una eventualidad (accidente, enfermedad, etc.) a cambio de una prima. Es justamente este hecho el que ha llevado a pensar, y en algunos casos a exigir, que la contratación de un seguro pueda ser realizada previo examen genético del futuro asegurado, a fin de determinar si este es, o será, portador de un defecto o deficiencia somático-genética. Si esto sucede, se le limitaría la suscripción del contrato.

J) *Derecho laboral*

En el caso de este derecho, que se encarga de regular las relaciones trabajador-empleador. Por medio de los diagnósticos y terapias de la genética se

puede obtener una mayor efectividad y productividad en las labores, lo que se ha tendido a denominar el sondeo genético en la empresa¹⁵. Así, cada trabajador podría ser ubicado en el área o sector que genéticamente le corresponda (compatibilidad genético-laboral) o se le brindará las seguridades necesarias de acuerdo con su labor (prevención genético-laboral).

Un mal uso de la información genética obtenida puede implicar procesos de discriminación, sea en la selección, capacitación o ascenso en los puestos de trabajo. Es más, pueden presentarse casos de despidos cuando una persona sea considerada genéticamente inepta para proseguir en el puesto.

K) *Derecho informático*

Las comunicaciones son la base del desarrollo. Cada vez los medios utilizan mayor cantidad de tecnología para lograr sus fines: el comunicar, almacenar e informar. La genética no ha sido ajena a este avance y viene empleando las comunicaciones y sobre todo a la informática para mejorar sus investigaciones.

La bioinformática es una rama de las ciencias de la comunicación, y se presenta como un programa informático que sirve para apoyar las actividades de investigación y desarrollo de la ingeniería genética y biotecnología¹⁶. Dentro de sus objetivos tenemos que busca el desarrollo comercial de bases de datos de información y software para análisis.

Además, hoy ya se habla de la necesidad de crear un registro público de genes, la posibilidad de incluir en bases de datos las huellas genéticas y la creación de bancos de datos genéticos. Las novísimas tecnologías de la información y comunicación permiten acumular ingente información y acceder a ella en forma instantánea y convenientemente procesada, como la que se viene aplicando en el proyecto del genoma humano.

Las técnicas de secuenciación del genoma requieren contar con tecnología informática de punta, automatización de procesos y alta capacidad de respuesta y exactitud de resultados, de allí que “las mayores inversiones se han dedicado a desarrollar tecnologías automatizadas de cartografía y secuenciación y al perfeccionamiento de sistemas informáticos capaces de manejar el caudal de información obtenida”¹⁷.

¹⁵ D. NELKIN, *Sondeo génico en la empresa*, Arbor, abril 1991.

¹⁶ IBM anunció en Nueva York que vendió la computadora más poderosa del mundo para fines comerciales a Nutec Sciences que la utilizará en investigaciones sobre el genoma humano. Véase “IBM vende una supercomputadora para investigar el genoma humano”, en <http://cnnenespañol.com/2000/tec/12/18/genoma/index.html> (18 diciembre 2000).

¹⁷ Véase a ANTOINE DANCHIN, “La secuenciación de pequeños genomas: hacia la descripción completa de un organismo vivo”, en *Mundo Científico*, núm. 134, vol.13, 1993, págs. 376 a 386, cit. por MIGUEL MORENO MUÑOZ, “Aportaciones epistemológicas al debate sobre las implicancias jurídicas del Proyecto Genoma Humano”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 6, 1997, pág. 203.

L) *Derecho mercantil*

El derecho genético, al igual que el derecho empresarial, es multidisciplinario, porque, dentro de su contenido temático, involucra varias disciplinas jurídicas, algunas de las cuales no denotan un acercamiento académico tan obvio como sucede en otros casos. Así, puede afirmarse que el derecho genético se vincula también con el derecho Mercantil. Una amplia visión socioeconómica de la genética refleja diversos temas como la comercialización de embriones, el vientre de alquiler, la venta de órganos, las patentes genéticas y otros negocios que, de una u otra manera, involucran y afectan la estructura somática del ser humano y el futuro de la especie humana. Todas estas prácticas suelen traducirse en mecanismos de contratación, en los cuales se adjudica una valoración económica a lo que, por definición y por esencia, se encuentra fuera del tráfico patrimonial. Resulta entonces interesante analizar la biotecnología como actividad empresarial. No se trata de una actividad económica como cualquiera otra, sino de una actividad más económica con repercusiones presentes y futuras en la humanidad, a las cuales el derecho no puede (ni debe) ser ajeno. El respeto de los derechos de la persona (identidad genética, individualidad genética, procreación dentro de una familia y conocimiento del propio origen biológico, entre otros) y la protección de las generaciones futuras condicionan los avances biomédicos mediante parámetros éticos y jurídicos.

§ 21. TERMINOLOGÍA PROPIA

La comunicación y el lenguaje son la esencia de la información. Todas las ciencias tienen un lenguaje propio, especial para designar sus actos y operaciones. El lenguaje jurídico connota y denota. Sin embargo, muchas veces el lenguaje es utilizado de manera inadecuada.

Como consecuencia de ello, LILIANA MATOZZO¹⁸ refiere que muchos avances científicos son informados o publicitados por medio de noticias manipuladoras o con términos tergiversados, y entonces surge un lenguaje críptico, que responde a determinados intereses y que de por sí lleva un significado oculto. Por ejemplo, los especialistas en fertilización asistida hablan de ‘reducción embrionaria’ para evitar los riesgos de un embarazo múltiple. Utilizan la palabra ‘reducción’ para no decir ‘aborto’ o en todo caso ‘homicidio’. Se habla de ‘depuración étnica’ para evitar el término ‘genocidio’, o cuando se dice ‘mejorar la calidad de vida del neonato’ para evitar hablar de ‘eugenesia’. Así mismo, se habla de ‘políticas de control demográfico’ con respecto a la difusión de los métodos anticonceptivos o abortivos. Las palabras crípticas se han vuelto comunes en estos tiempos, es como una nueva diplomacia que disminuye las confrontaciones de valores frente a un público desprevenido.

¹⁸ LILIANA MATOZZO DE ROMUALDI, “¿Qué guerra ganaron los muertos del vencedor?”, en *Derecho*, núm. 9457, año XXXVI, 6 marzo 1998.

En el caso de las técnicas genéticas, estas han influido de tal manera en el derecho que se han creado neologismos biojurídicos y una nomenclatura especial a efectos de ofrecer una regulación clara y precisa. El lenguaje jurídico es insuficiente para expresar y dar seguridad a los actos genésicos sobre el ser humano, circunstancia que explica que se hayan estructurado nuevas expresiones y locuciones para referirse a los hechos, actos, negocios y relaciones biojurídicas que son creados por la tecnología reproductiva y la genómica.

Entre los términos más comunes que se utilizan actualmente en el ámbito jurídico tenemos: anidación, daño genético, el concebido *ex utero*, embrión, fecundación *post mortem*, material genético, maternidad genética, maternidad subrogada o madre de alquiler, multipaternidad, parentesco genético, preembrión, terapia genética, transgénesis, viabilidad, etc.

Los propios avances biotecnológicos dejan sin sustento a conceptos institucionales del derecho, como concepción, persona, sujeto de derecho, bien jurídico protegido, cosa, propiedad; es más, con ello “la norma ha perdido su capacidad de expresión y de interpretación de la realidad”¹⁹.

Esto nos da un elemento fundamental y necesario para esbozar la independencia o autonomía de esta nueva rama del derecho, cuya terminología es, sin duda, importante.

§ 22. IMPORTANCIA

Los procedimientos genéticos pueden ser terapéuticos o eugenésicos, es decir, pueden servir para curar una enfermedad o para mejorar las calidades o cualidades de vida del ser humano. En tal sentido, el derecho genético es importante en cuanto sus normas estructuran un marco de regulación acorde con la protección del ser humano, fijando pautas para la aplicación y estableciendo sanciones contra aquellos procedimientos contrarios a la integridad, individualidad o identidad humana.

§ 23. AUTONOMÍA

El derecho genético es un apéndice del derecho médico y de la bioética. Es decir, estudia una parte muy especializada de dichas ramas: la referida a la repercusión jurídica de la biotecnología, la procreática y la genómica.

Si bien no existe uniformidad de criterios en lo referente a la autonomía del derecho genético²⁰, por nuestra parte no dudamos de ello, ya que, pedagógica y académicamente, su estudio, análisis y aplicación supera el ámbito de otras

¹⁹ TEODORA ZAMUDIO, “Los conceptos de *persona* y *propiedad*, la necesidad de su revisión jurídica ante las nuevas realidades genéticas”, en *Cuadernos de Bioética*, núm. 0, Buenos Aires, Edit. Ad-Hoc, 1996, págs. 87 y 98.

²⁰ GRACIELA N. MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ (*Bioderecho*, *op. cit.*, págs. 26, 27 y 29) en Argentina y VÍCTOR GUEVARA PEZO (*¿Derecho genético?*, Lima, Instituto del Ciudadano, boletín núm. 30, 1997, pág. 15) en Perú, niegan su autonomía.

ramas del derecho tradicional, requiriendo, por tanto, de la formación de especialistas con el objeto de lograr el máximo servicio al ser humano.

Tomando en cuenta su singular importancia, así como su estrechísima relación con las variadas ramas del derecho, cabe preguntarnos si estamos o no dentro de una nueva rama autónoma de las ciencias jurídicas.

Siendo conscientes de que nuestro derecho positivo no cuenta aún con normas autónomas para este derecho, es claro que, doctrinaria y dogmáticamente, contamos con material bibliográfico solvente que otorga al derecho genético una razón propia de ser.

Desde este punto de vista doctrinario, y tomando en consideración otros derechos perfectamente diferenciados en su perspectiva, consideramos que el derecho genético merece una independencia jurídica, pues reúne los elementos necesarios para adjudicarle la correspondiente autonomía.

Así mismo, la especialidad y tecnicismo del derecho genético hace de él una rama singular que merece normas apropiadas que tengan en cuenta la modernidad de las técnicas y la protección del ser humano. Esto se logrará con un estudio detallado “preparando abogados que enfrenten en el próximo milenio los retos que plantean las ciencias biológicas en el campo del derecho”²¹.

§ 24. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El derecho genético humano se encarga de regular cinco aspectos fundamentales de la vida, como se muestra en el cuadro que sigue:

Derecho genético

| Individualidad biogenética | Integridad genética | Identidad genética | Intimidad genética | Procreación asistida |
|----------------------------|--|--------------------------------|--|--|
| Inicio de la vida | Genoma humano | Determinación de la paternidad | Reserva y protección del genoma humano | Técnicas de reproducción humana asistida |
| Fin de la vida | contratación comercialización industrialización patente Microtrasplantes Experimentación humana terapéutica diagnósticos y terapias: preconceptivos, preimplantatorios prenatal y posnatal Manipulación genética | Identificación | Privacidad del genoma humano Consejo genético Derecho a no saber Derecho a la imagen genética | inseminación fecundación ICSE |

²¹ CLARA MOSQUERA VÁSQUEZ, “Fundamentos para un curso de derecho genético”, Ponencia presentada a la *IV Convención nacional académica de derecho*, Trujillo, Universidad Nacional de Trujillo, octubre 1995 (obtuvo primer puesto).

Este recuadro es meramente enunciativo; en esta obra tratamos en su integridad y de manera esquemática y detallada cada uno de los ámbitos reseñados.

Conclusión

Es por demás importante definir la estructura teórica y práctica del derecho genético en nuestro medio. En la actualidad, las biotécnicas de asistencia tienen una aplicación continua, y su influencia sobre la persona es clara y determinante, circunstancia que explica la necesidad de contar con un marco jurídico y un derecho propio. Más aún, debemos proyectar nuestros conocimientos y experiencias a un esquema concreto que, teniendo como objeto central la protección de la persona, sirva de punto de referencia para la futura biolegislación.

Debemos estar preparados para aceptar o rechazar con fundamentos el ejercicio de procedimientos genéticos que, aplicados o dirigidos al ser humano, puedan mejorar o dañar su integridad, de manera tal que podamos jurídicamente sopesar sus consecuencias.

BLANCA

TÍTULO SEGUNDO

PERSONA, GENÉTICA Y DERECHO

BLANCA

CAPÍTULO TERCERO

INDIVIDUALIDAD BIOGENÉTICA

Todos los hombres somos, en apariencia física y conformación biológica, iguales por nuestro patrimonio cromosómico, pero nos diferenciamos genéticamente, porque, con la fecundación surge siempre un ser con una configuración o patrimonio genético inédito y jamás repetible, es decir, el azar de la naturaleza (la ruleta genética) crea la combinación propia y especial del nuevo ser, que es obtenida de las células sexuales parentales.

Sección I. *El inicio de la vida humana y la existencia de la persona*

§ 25. GENERALIDADES

“La vida tiene una historia muy larga, pero cada uno de los individuos tiene un inicio bien determinado: el momento de la concepción”.

JÉRÔME LEJEUNE (genetista)

Una de las interrogantes básicas en el derecho es la determinación del inicio de la vida humana. Este problema no ha sido ajeno a otras ciencias y ha pasado a ser un punto técnico-científico que conjuga diversas disciplinas, como la embriología, la fisiología, la biología y la genética, habiendo incluso surgido una ciencia, la ontogénesis¹, que estudia el fenómeno de la concepción.

El genetista JUAN RAMÓN LACADENA² empieza un interesante ensayo sobre el tema planteando que respecto al problema del comienzo de la vida humana

¹ “La ontogenia, es decir, el desarrollo, es un conjunto de fenómenos que, desde que se disparan, en el momento de la fecundación, no se interrumpirán hasta el momento de la muerte... La ontogénesis es un proceso continuo, homogéneo, sin fisuras..., los términos de cigoto, mórula [*sic*], blástula, embrión, feto, neonato, niño, joven, adulto, anciano, son lo de menos..., de hecho, el anciano tiene menor vitalidad que el cigoto... Hace tiempo quedó desechada la antigua hipótesis según la cual la ontogenia es una recapitulación de la filogenia” (J. L. VELAYOS y L. SANTAMARÍA, “Consideraciones en torno al comienzo de la vida humana”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. VII, núm. 25, Galicia, España, Grupo de Investigación en Bioética de Galicia, 1996, págs. 6 y 7).

² “El comienzo de la vida”, en <http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden> (3 mayo 1999).

existen dos cuestiones fundamentales, 1) cuándo empieza esta, dirigiendo el análisis al aspecto meramente biológico (el surgimiento de la vida), y 2) cuándo, esta vida que se ha iniciado, es individualizada, concretando el tema al aspecto netamente filosófico, ontológico (el ser).

Al derecho, como ciencia social, le interesa sobremanera la determinación del origen de la vida, pues su función básica es la regulación normativa del sujeto de derecho, cuando exista un conflicto de intereses. Sin embargo, no hay un criterio biomédico definido acerca de este fenómeno, siendo para algunos un misterio, mientras que para otros no es problema sostener que *la vida no se inicia, sino simplemente se transmite*. Quienes sostienen esta última posición alegan que la vida es una prolongación del proceso de generación, de modo tal que el embrión es una prolongación de la vida presente en el óvulo y en el espermatozoide³. En efecto, “son cualidades propias de todo ser vivo, la absorción, asimilación, excreción, excitabilidad, reproducción y otras, como es la continua e ininterrumpida renovación de los materiales fisicoquímicos que lo constituyen. Dada esa renovación, ese sorprendente dinamismo biológico, al cabo de cierto tiempo los materiales componentes de ese viviente van a ser otros, y a pesar de ello, ese ser vivo concreto sigue siendo el mismo”⁴.

No se sabe cuándo ni en qué momento exacto se produce la concepción; de ahí que el derecho nacional, para dotar de seguridad jurídica a las relaciones personales y familiares, haya creado los principios y presunciones de paternidad establecidos en los artículos 361, 363, incisos 1º a 3º y 402 del Código Civil, de donde deducimos que “la concepción se produce dentro de los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento”⁵.

³ Un criterio bien definido es aquel plasmado por JOHN HARRIS (“*In vitro*” Fertilization: *The Ethical Issues*, 33 *Philosophical Quarterly*, 1983, págs. 222 y ss.) que dice: “Los gametos son portadores de vida mucho antes que la concepción. El óvulo femenino y el semen del varón, son ambas células vivas, células humanas. El óvulo, por ejemplo, sufre un proceso continuo e ininterrumpido que se desarrolla de generación en generación. No es, pues, la vida la que comienza con la concepción”. Por su lado, CLIFFORD GROBSTEIN (*The Early Development of Human Embryos* 10, *J. Med. & Phil.*, 1985, págs. 234 y ss.) concluye que: “La concepción da origen a una nueva generación desde el punto de vista genético, pero no al comienzo de la vida”. Véase a BEATRIZ BOZA DIBOS, “Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del derecho: Reflexiones en torno a la ‘reproducción asistida’”, en *Derecho*, Lima, PUCP, 1991, núm. 45, pág. 96.

Así mismo, indica ÁLVAREZ GARDIOL “que si de vida se trata, deberíamos pensar que vida también hay antes de la concepción, ya que cada uno de los gametos individual y separadamente antes de la unión que hace al momento de la concepción, están vivos y son, por tratarse de células genéticas, portadoras cada una de células necesarias para que en la unión reproduzcan un ser humano desarrollado y completo”. Véase a ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL y PEDRO RAMÓN FIGUEROA CASAS, *Anteproyecto de ley. Procreación humana médicamente coadyuvada*, Rosario, fotocopia facilitada por el primer autor, pág. 25.

⁴ J. L. VELAYOS y L. SANTAMARÍA, “Consideraciones en torno al comienzo de la vida humana”, en *op. cit.*, pág. 1.

⁵ MARCIAL RUBIO CORREA, *El ser humano como persona natural*, Lima, PUCP, 1992, pág. 19.

Esta inquietud acerca del inicio de la vida humana no es reciente, ha sido una preocupación constante, no solo de las ciencias biomédicas, sino también de otras disciplinas como la filosofía⁶, la sociología, la religión⁷, la antropología y ni qué decir del proceso de reproducción, que como hecho incógnito, ha estado cargado de misterio y sustentado en creencias y leyendas⁸.

⁶ La discusión surgida en la Antigüedad y en la Edad Media derivada de las escuelas filosóficas y teológicas acerca de la animación del hombre tuvieron como punto de discusión la determinación del momento exacto en que se podía considerar la existencia de persona. Surge la teoría de la animación inmediata que refiere que ello ocurre desde el momento de la concepción, mientras que la teoría de la animación mediata sostiene que cuando el cuerpo adquiere un mayor desarrollo. SÓCRATES y PLATÓN consideraron que el hombre es una realidad exclusivamente espiritual, mientras que ARISTÓTELES (*el Estagirita*, al parecer es el primer naturalista y filósofo que se plantea el problema del origen de la vida), quien estudia a través de la observación científica la teoría de la animación mediata o retardada, decía que el embrión humano pasa por fases morfológicas en la que es muy parecido a otros seres inferiores (la ontogenia es una recapitulación de la filogenia) y que podemos hablar de hombre cuando se aprecia un cuerpo organizado que podemos llamar humano (esto lo determinaba por el aspecto externo de los genitales, 40 días para el hombre y 80 para la mujer). Véase a ANTONIO PARDO, “Panorama histórico en torno a las diversas teorías sobre el comienzo de la vida humana”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. VIII, núm. 31, Galicia, España, Grupo de Investigación en Bioética de Galicia, 1997, págs. 1108 y ss.

⁷ Por ejemplo, citando pensadores de la Iglesia cristiana, SAN AGUSTÍN sostenía que la vida humana comenzaba con los primeros movimientos fetales intrauterinos, mientras que santo TOMÁS DE AQUINO, por su parte, establecía que la vida humana se iniciaba a los 40 días del retraso menstrual. En general, en el cristianismo la animación inmediata consagra al huevo humano fecundado y le confiere todos los derechos del ser humano. El cristianismo nos habla de la encarnación del Verbo, aparición de Jesús hombre en este mundo, que se da desde el mismo momento en que la virgen María accede a su misión de madre del Redentor, es decir, 9 meses antes de la Navidad. De esta manera, la animación sucede en el mismo momento en que hay cuerpo humano sea el aspecto que tenga (ANTONIO PARDO, “Panorama histórico en torno a las diversas teorías sobre el comienzo de la vida humana”, en *Cuadernos de Bioética*, *op. cit.*, pág. 1108).

⁸ Bien refiere VILA-CORO BARRACHINA que “Cuenta Torquemada, apoyado entre otros en el testimonio de Luis Vives, que Margarita de Irlanda parió de un parto trescientos sesenta y seis hijos todos vivos y tamaños como unos ratones muy pequeños; los cuales en una fuente o vasija de plata, que hoy día está en la iglesia de aquella isla, fueron bautizados por mano de un obispo, y nuestro invictísimo César Carlos Quinto la tuvo en sus manos, y averiguó ser esto verdad por muchos y muy claros testimonios. Más adelante pone en boca de Plinio que una mujer llamada Alcipe parió un elefante, otra una serpiente y otra un centauro. Es muy famosa la leyenda que se entronca con la genealogía que la avalen. (Entre ellos se encuentra el docto testimonio de autoridades tales como el historiador danés Juan Saxo; Juan Magno, arzobispo Upsalense en el reino de Suecia; y su sucesor el arzobispo Olao Magno). Torquemada apela y se apoya en su prestigio, al contar la historia: «En un pequeño pueblo cerca de una frondosa montaña, un oso bravo llevó a su cueva a una hermosa doncella que no se atrevió a resistir su ferocidad. Allí estuvo retenida, aunque bien cuidada por el animal, que tuvo ayuntamientos libidinosos con ella. Al fin unos cazadores le dieron muerte permitiendo a la joven volver al poblado. Al poco tiempo parió una criatura que no sacó del padre más que exceso de vello. Convertido en valiente muchacho dicen las crónicas que engendró, por línea directa, el linaje del que descenden todos los reyes de Dacia y de Suecia». Cit. por MARÍA DOLORES VILA-CORO BARRACHINA, *Huérfanos biológicos*, Madrid, Edit. San Pablo, 1997, págs. 44 y 45.

Esta mentada inquietud se ha intensificado recientemente con la aparición y práctica de las técnicas de reproducción asistida y sobre todo con la manipulación genética. En este sentido, y para lograr entender el principio de la vida, es necesario definir algunos lineamientos biológicos referentes al proceso vital, estos son: fecundación, concepción, anidación, gestación, inicio de actividad cardíaca, inicio de la actividad cerebral, parto y nacimiento. Es preciso mencionar que no fomentamos el gradualismo biológico, es decir, establecer etapas definidas en la aparición de la vida, sino solo esquematizar ilustrativamente el desarrollo de la vida prenatal.

§ 26. FECUNDACIÓN

“14. Porque Tú formaste mis entrañas;
Tú me hiciste en el vientre de mi madre...
16. Mi embrión vieron Tus ojos, Y en Tu libro
estaban escritas todas aquellas cosas
que fueron luego formadas,
sin faltar una de ellas”.

Salmos, 139: 14, 16

La fecundación es el inicio del ciclo vital del ser humano. Esta no se limita a un acto, sino que es resultado de todo un proceso biológico a partir del cual se inicia un desarrollo constante en la que cada fase de la vida humana creada conduce sin solución de continuidad a la siguiente (*teoría de la continuidad del desarrollo*). Es decir, a partir de la fecundación se inicia un proceso de desarrollo vital y de interacción biológica inexorable el que acabará con la muerte del individuo.

La fecundación ha sido confundida con la concepción, siendo esto erróneo, ya que son dos momentos biológicos distintos y perfectamente identificables. El segundo es consecuencia del primero. Pero conforme dice VIDELA ESCALADA, “la rapidez de la fecundación implica ya la concepción instantánea”⁹.

La reproducción de la mayoría de los metazoarios se realiza por la fecundación y es el primer período de la vida prenatal del ser humano. Puede ser natural o asistida, corpórea o extracorpórea. Esta última ha sido llamada *penec-togénesis* (HERBERT BREWER, 1935), entendida como la fertilización en un tubo de ensayo o *eutelegenesis* (vocablo de radicales griegos) que significa engendramiento selecto a distancia.

Para que se produzca de manera natural, es necesario la presencia de un promedio de 300 millones de espermatozoides en la vagina de la mujer, de los que solo un pequeño número llegará al óvulo y no todos tendrán la misma ca-

⁹ VIDELA ESCALADA, “Principio de la existencia de la persona”, en *Tutela de las personas*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1993, pág. 25.

pacidad para fecundarlo. Para que se produzca de manera asistida o técnica, basta la presencia de un solo espermatozoide y la misma se logra mediante el revolucionario método ICSE.

Analicemos el proceso natural que nos da más elementos de juzgamiento para determinar el inicio de la vida.

Depositados los espermatozoides en la vagina de la mujer y antes que el espermatozoide penetre en la célula sexual femenina, han de sufrir todo un proceso de capacitación que denominaremos el *proceso biológico prefecundatorio*. En los espermatozoides se produce: 1) la preparación de su cabeza para la penetración, y 2) una calibración y ejercitamiento de la cola para permitirse la adecuada movilidad. Esto se produce en el interior del tracto genital femenino. Viene a ser un proceso transicional, pues el espermatozoide pasa de una situación estable producto del almacenamiento en el interior del tracto genital masculino, a una circunstancia en la que sufre cambios biológicos en sus cubiertas para fecundar.

La fecundación se da cuando el espermatozoide hace contacto con el óvulo, iniciándose el proceso denominado *cascada de fecundación*. De inmediato las células germinales reconocen sus membranas celulares, a fin de determinar que son de la misma especie y el espermatozoide se une a la zona pelúcida del óvulo, el cual "... contiene receptores exclusivos para los espermatozoides de su especie, funcionando como un sistema de seguridad contra fecundaciones *contra natura*. Así mismo, los espermios se unen a la zona pelúcida de óvulos no fertilizados, nunca a los cigotos [...]. La adhesión a la zona pelúcida es muy fuerte y dura unos 15 minutos. A continuación, el espermio se abre paso a través de esta, la atraviesa, por acción de sus lisinas, en concreto de la acrosina, y otras proteinasas que, junto con otras enzimas, son componentes de la membrana acrosómica interna. Esta penetración dura unas 7,5 horas, la cual se realiza, bien por la propia fuerza propulsiva del espermio, o bien unido ello a la acción de las lisinas espermáticas. Una vez atravesada la zona pelúcida, contacta con la membrana vitelina, donde también existen zonas de fijación para el espermio, siendo en este caso menos clara la especificidad. Se forma un cono de fertilización en la superficie ovular y sucede una progresiva fusión de las membranas de las dos células. Es la membrana de la porción posterior de la cabeza del espermatozoide la que se une a la membrana ovular. A partir de estos momentos los procesos que acontecen vienen desencadenados de forma necesaria: no es posible la vuelta atrás. Posiblemente, la fusión de las membranas sea el momento más importante en la transmisión de la vida humana"¹⁰.

En este momento el óvulo comienza a generar la membrana de fecundación¹¹, la cual impedirá que los demás espermatozoides ingresen. Luego, el espermatozoide penetra al interior del óvulo valiéndose de una enzima (hialu-

¹⁰ VELAYOS y SANTAMARÍA, "Consideraciones en torno al comienzo de la vida humana", en *op. cit.*, pág. 3.

ronidasa) para perforar la pared ovular. Tan pronto como la cabeza del espermatozoide (desprendido de su cola, que se desintegra) penetra se produce en la célula fecundada un bloqueo absoluto que impedirá la poliespermia, "... lo que no es más que una despolarización rápida (paso de un potencial de -70 mV a 10 mV); este fenómeno se produce en 2 ó 3 segundos, y dura unos 60 segundos. Así, la membrana vitelina se transforma en membrana de fecundación, formándose una capa hialina que impide el paso de nuevos espermatozoides, pues expele proteínas espermecidas, se produce un endurecimiento de la 2p [membrana ovular], y se desactivan los receptores espermáticos. Se da, por lo tanto, un proceso de despertar del óvulo, la llamada activación ovular"¹². Para autores como SERANI MERLO¹³, aquí se inicia la vida humana. Después se realiza la primera fusión celular, la de las membranas que envolvían la cabeza del espermatozoide y el óvulo.

Sobre esta etapa biológica JÉRÔME LEJEUNE indica que "... si quisiéramos poner un límite al momento en que empieza el ser humano, no veo más que uno solo, dado por la ciencia actual, y es el siguiente: si se admite la definición genética del ser humano, decimos que un ser humano empieza cuando está reunida toda la información necesaria y suficiente para definir este ser humano, y sabemos que esta información está reunida en el momento de la penetración de la cabeza del espermatozoide, que cierra la zona pelúcida, volviéndose hermética a toda penetración de una información genética ulterior. Este es el único punto de partida que nos da la ciencia moderna, cuando se cree en la biología molecular..."¹⁴.

§ 27. CONCEPCIÓN

Ana y Joaquín tuvieron a María. Ana era estéril y pidió la oportunidad de concebir. Dice la leyenda que el Espíritu Santo le dijo a Ana: concebirás, y tu hija será conocida en todo el mundo, esto es lo que se conoce como la inmaculada concepción¹⁵.

De la concepción de María
María de Nazareth, "Biografías", en HBO Olé
(cable canal).

¹¹ Ello lo logra: expeliendo proteínas espermecidas, endureciendo la zona pelúcida y desactivándose los receptores espermáticos.

¹² VELAYOS y SANTAMARÍA, "Consideraciones en torno al comienzo de la vida humana", en *op.cit.*, pág. 3.

¹³ ALEJANDRO SERANI MERLO, "El estatuto antropológico y ético del embrión humano", en *Cuadernos de Bioética*, vol. VIII, núm. 31, Galicia, España, Grupo de Investigación en Bioética de Galicia, 1997, pág. 1073.

¹⁴ JÉRÔME LEJEUNE, en el resumen del coloquio-debate entre los participantes en *Biotecnología y futuro del hombre: La respuesta bioética* (Conversaciones de Madrid), 1ª ed., Madrid, Edit. Eudema, diciembre, 1992, pág. 122.

¹⁵ La inmaculada concepción (*the virgin birth*) es tomada por los cristianos como una cuestión de fe. Como tal no le quita humanidad a Jesús, solo lo relaciona con el Espíritu Santo.

El arcángel Gabriel le dijo a María, esposa de José, bendita eres entre todas las mujeres, no temas porque has hallado gracia delante de Dios. Concebirás en tu vientre, y darás a luz un hijo, y lo llamarás Jesús, ¿cómo será esto? Pues no conozco varón, contestó María; el Espíritu Santo vendrá sobre ti, y el poder del altísimo te cubrirá con su sombra.

De la concepción de Jesús
Lucas 1: 28-35

La concepción (fertilización o impregnación), donde se van a producir diversos momentos biológicos, es el resultado de todo el proceso biológico anterior.

Sucede que el óvulo ya no es tal. Ha sido fecundado y está sufriendo grandes cambios. Es una célula muy especial, la más grande del cuerpo humano femenino, pero independiente genéticamente de él. Es un organismo unicelular que da origen a otras células, gracias a una serie de divisiones producidas rápidamente. Es una célula única, puesto que contiene dos núcleos con 23 cromosomas cada uno, el del hombre y el de la mujer, con diferente información genética. Ambos núcleos diferenciados pueden ser vistos al microscopio. A este estado se le denomina *ovocito pronucleado* y dura unas cuantas horas (de 2 a 4 aproximadamente), lapso en el cual los pronúcleos también se reconocen. Para algunos autores en este estadio se inicia la vida, al formarse el ovocito (preembrión)¹⁶.

Sin embargo, ha ocasionado un sinnúmero de creencias y problemas esto del parto virginal, los que se han desenvuelto en dos aspectos: uno el teológico y otro el biológico. Al parecer, los cristianos toman de la mitología el acendrado misticismo por el parto virginal, que fue el caso de Rómulo y Remo (criados por una loba), hijos del dios Marte nacidos de una virgen. *Cit. El nacimiento de Jesús*, “Misterios de la Biblia”, en *HBO Olé* (cable canal).

¹⁶ También llamado embrión preimplantatorio, embrión temprano, células viables (Austria), óvulos fertilizados (Noruega) y ovocitos fertilizados (Dinamarca y Suecia), embrión de dos células, embrión de dieciséis células, concepto (cierto sector norteamericano), etc. Es el conjunto de células que resultan de la división del óvulo desde que es fecundado hasta los 14 días más tarde, cuando se anida en el útero y aparece la línea primitiva. Es un neologismo que trata de justificar la no existencia o no humanidad al inicio de la vida (preembrión, antes de ser embrión), justificando su destrucción y experimentación. Es aproximadamente en 1986 en que se crea el término preembrión para que diera expresión verbal a una nueva realidad científica que se da entre la concepción y la animación. Este truco semántico (como lo llama GONZALO HERRANZ) que intenta dar una validez biológica y establece un plazo administrativo de 14 días para el inicio de la vida humana. En un interesante estudio estadístico FERRER COLOMER y PASTOR GARCÍA (“Génesis y usos del término ‘preembrión’ en la literatura científica actual”, en *Persona y Bioética*, Cundinamarca, Universidad La Sabana, núm. 2, octubre-enero, 1998) concluyen que este término: 1) Es poco utilizado en documentos y legislaciones, 2) no ha tenido éxito en la literatura científica, ya que se prefiere utilizar el término embrión, o bien añadirle los adjetivos de lugar o de tiempo, 3) su uso se ha estancado, 4) es utilizado solo en las revistas especializadas de reproducción humana asistida. En la reproducción animal su uso es escaso y, 5) es un término inútil científicamente y hasta perjudicial. Por su parte, VELAYOS y SANTAMARÍA

Luego viene la *singamia*, es decir, el intercambio de información genética y la fusión de los dos pronúcleos de las células germinales, dando lugar a la formación del cigoto, célula diploide con 46 cromosomas. Esta fusión se realiza en un proceso que dura de 22 a 23 horas contadas desde la concepción. GUSTAVO BOSSERT, alega que es posible sostener que “... la ‘concepción’ del nuevo individuo, y el inicio de su vida como ser humano, no sucede en el instante de la rotura de la membrana que envuelve al ovocito y la penetración del espermatozoide, sino que se produce con la singamia”¹⁷.

Así mismo, las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, determinaron en su Acuerdo I, Despacho A, que “A los diversos efectos atinentes a la procreación asistida, incluidos el congelamiento y tratamiento de embriones, es insuficiente e impreciso aludir a la ‘concepción’ como momento del comienzo de la existencia del ser humano. Debe considerarse que dicha existencia no comienza antes de la ‘singamia’. Ello sin perjuicio de que resulte factible considerar que tal existencia tiene inicio posteriormente, desde la anidación definitiva del embrión en la pared del útero”¹⁸.

Entendemos claramente este criterio. El sentido está en que la clave genética del individuo (*DNA fingerprint*), que es el resumen o compendio de la clave genética de sus progenitores, se origina justamente en el momento en que se intercambia dicha información, creándose entonces un cigoto único, original e irrepetible, con un código biogenético individualizado, un genotipo perfectamente establecido y con un genoma en actividad (derecho a la individualidad biológica).

Sin embargo, existe un criterio doctrinario tomado por ROBERTO ANDORNO que refiere “que no es totalmente exacto decir que el ser humano comienza siempre su existencia con la fusión de los dos gametos, ya que él puede también acceder al ser por escisión natural (gemelación) o artificial (clonación) de un embrión uni o pluricelular”¹⁹. Teniendo en cuenta este fenómeno, el mismo

refieren que “La idea de preembrión es un concepto surgido hace unos años en el Reino Unido, que abarca a los 14 primeros días del desarrollo, viniendo a coincidir su terminación con la aparición de la línea primitiva. El término en sí sería aséptico, sino llevase consigo ninguna connotación extrabiológica e, incluso, extracientífica; pero, en general, los usuarios del término preembrión lo consideran como no humano” (VELAYOS y SANTAMARÍA, “Consideraciones en torno al comienzo de la vida humana”, en *op. cit.*, pág. 6). La legislación que ha dado especial uso a este término es la Ley española 35 de 1988 sobre Técnicas de reproducción asistida, al indicar que “el grupo de células resultantes de la unión progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente 14 días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero —acabado el proceso de implantación que se inició días antes— y aparece en él la línea primitiva”, se le denomina preembrión.

¹⁷ GUSTAVO BOSSERT, “Fecundación humana asistida”, en *El derecho civil de nuestros tiempos*, Lima, Universidad de Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1995, págs. 115 y 116.

¹⁸ Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán, *El derecho privado en la Argentina*, parte segunda, Tucumán, 1993, pág. 71.

¹⁹ ROBERTO ANDORNO, “El embrión humano ¿merece ser protegido?”, en *Cuadernos de Bioética*, núm. 15, Santiago de Compostela, 1993, pág. 41.

autor señala en nota final que «El congreso de la Sociedad Suiza de Bioética (1986) proponía reemplazar la expresión ‘la vida humana comienza con su concepción (ordinariamente por fecundación, y extraordinariamente por un proceso equivalente)’»²⁰.

A continuación de la singamia se genera una multiplicación celular²¹, existiendo la posibilidad de que sea la propia célula germinada la que se divida en 2 ó en 3 y consiga continuar su desarrollo completo (*totipotencialidad*) o que, existiendo esas 2 ó 3, procedan a fusionarse en una sola²². Por estas razones algunos científicos no comparten la opinión en cuanto a que en este estado no exista vida individualizada, autorizando la manipulación genética²³; otros, por el contrario, refieren que el embrión es *un individuo humano dotado de su propia información genética* y que por lo tanto debe evitarse el reduccionismo que conduciría a identificar la *individualidad biológica* con la *unicidad de la información genética*²⁴. Se ha dicho, incluso, que hasta el cuarto día del desarrollo no se da la expresión genética del padre al nuevo ser, por lo que solo estaría actuando el material genético materno, y, por lo tanto, no se podría hablar propiamente del comienzo de la vida humana hasta ese cuarto día²⁵.

Sin embargo, en los casos comunes el cigoto se desarrolla según una “ley de unidad y de totalidad”²⁶ y, conforme va efectuando su recorrido, a fin de llegar al útero —cuyas paredes están listas para recibirlo—, se va reproduciendo, segmentando y aumentando celularmente de tamaño²⁷ (mórula), haciendo contacto con la pared uterina entre los 7 a 9 días de realizada la concepción (blastocito).

²⁰ *Op. cit.*, pág. 47, nota 13.

²¹ “La primera división se realiza a las 24-30 horas; después habrá una división cada 10-12 horas”. VELAYOS y SANTAMARÍA, “Consideraciones en torno al comienzo de la vida humana”, en *op. cit.*, pág. 4.

²² A este proceso biológico anormal suele denominársele quimeras o mosaicos humanos y, como aclara GUSTAVO BOSSERT, esto “indica la existencia de personas cuyo origen fue la fusión de dos cigotos o embriones distintos”. Véase del autor citado “Fecundación asistida”, en *Derecho civil*, Lima, Universidad de Lima, 1989, pág. 251.

²³ EMANUELE LAURICELLA refiriéndose a los estadios primarios de la vida humana dice: “Ahora bien, 8 células no son una singularidad son sustituibilísimas, se pueden dividir, se pueden hacer de ellas 4 individuos, se pueden hacer 8, se pueden además unir entre ellas (se dice ‘mosaicar’) y por ello se puede hacer con más de ellas un solo individuo, ¡¡con 4-8 patrimonios genéticos!!” (EMANUELE LAURICELLA, “Sterilità e procreazione: l’opinione di un medico”, en *Quaderni di Diritto Comparato, La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura de Gilda Ferrando, Padova, Editorial Cedam, 1989, pág. 332.

²⁴ ANDORNO, *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, Edit. Tecnos, 1998, pág. 95.

²⁵ VELAYOS y SANTAMARÍA, *ibidem*.

²⁶ A. SERRA, “La realtà biologica del neoconcepito”, en *La Civiltà Cattolica*, 126/III, 1975, págs. 22 y 23.

²⁷ GÜNTER RAGER refiere que la *Ley fundamental de la biogenética* postula que el embrión no es humano desde el principio, sino que solo lo será al final de su desarrollo. Así, en cada proceso individual de desarrollo (ontogénesis) se recapitula el desarrollo de toda la especie (filo-

Así, desde la concepción el embrión está en constante interacción con la madre.

Pero detengámonos un momento en este recorrido para analizar objetivamente qué es la concepción. ¿Acaso no es un proceso biológico en el que se desarrolla una vida, una vida humana; y que por su importancia y trascendencia merece un reconocimiento y una protección legal plena? Efectivamente. En este sentido lo han entendido muchos autores, quienes le han otorgado una categoría jurídica a este proceso biológico. Por ejemplo, BORDA, LLAMBÍAS, ARÁUZ CASTEX y CIFUENTES expresan que se es persona después de la concepción. SANTOS CIFUENTES, aclarando, sostiene su plena conformidad con la teoría de la concepción, “pero de la concepción de persona, no de la mera fecundación”²⁸. CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO establece que como producto de la concepción surge un sujeto de derecho: el concebido²⁹. Por último, JOHN HARRIS³⁰ sostiene que varias cosas pueden comenzar con la concepción, esta puede dar lugar a un quiste, a un tumor³¹, a dos individuos o a un futuro ser.

Los chinos reconocen la concepción como fecha para calcular la edad, de esta manera un recién nacido tiene un año desde que nace.

Algunos textos legales internacionales no tienen dudas en afirmar que la vida humana comienza en la concepción³², mientras que otras normas otorgan una plena protección al ser humano³³, entendiendo dentro de este término al concebido.

génesis), en otras palabras, como lo afirmó el naturalista *Ernst Haeckel*, que en pocas semanas de desarrollo cada embrión reproduce billones de billones de años que su especie necesitó para evolucionar desde las primeras formas acuáticas de vida. El embrión recorre en su desarrollo las distintas etapas de las formas animales inferiores a él antes que llegue a su apariencia humana. En resumen, “las especies de animales superiores recorren los estadios de desarrollo de las especies inferiores en su ontogénesis, antes de que retornen a sí mismos; es decir, ellos reproducen en su ontogénesis la filogénesis” (véase “Embrión-Hombre-Persona. Acerca de la cuestión del comienzo de la vida personal”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. VIII, núm. 31, Galicia, España, Grupo de Investigación en Bioética de Galicia, 1997, págs. 1053 y 1054).

²⁸ SANTOS CIFUENTES, “Principio de la existencia de la persona”, en *Tutela de las personas*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1993, pág. 23.

²⁹ CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas*, 8ª ed., Lima, Grijley, 2001, pág. 39.

³⁰ Citado por BEATRIZ BOZA DIBOS, *loc. cit.*

³¹ Agrega JOAQUÍN HUARTE (“La individualidad biológica del embrión humano”, en *Cuadernos de Bioética*, núm. 11, 3ª; Galicia, España, Grupo de Investigación en Bioética de Galicia, 1992, pág. 18) que “Existen ciertos tumores, llamados teratocarcinomas, en los que se puede encontrar células capaces de diferenciarse en gran variedad de ‘tejidos normales’: tejido epitelial, óseo, en fibras musculares, cabellos e incluso dientes. Estos tumores forman así una masa de tejidos humanos sin organización. Es una especie de pequeño monstruo de donde (el gr. *teratos*, ‘monstruo’). CIFUENTES, *op. cit.*, pág. 22.

³² Pacto de San José de Costa Rica (art. 1º), Consejo de Europa a través de su Comité directivo de Bioética (CDBI).

³³ Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre (Preámbulo, arts. I, II y ss.), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Preámbulo, arts. 1º y 6º), el Pacto

§ 28. ANIDACIÓN

A los catorce días de la concepción se produce la *anidación* (embrión)³⁴ en la matriz endometrial a través de una serie de enzimas y de pequeñas prolongaciones tentaculares denominadas *villi*, que se insertan en el útero.

Juristas como JEAN CARBONNIER, ROBERTO DE RUGGIERO y ARTURO VALENCIA ZEA, alegan que se inicia la vida, ya que el concebido pasa a ser una porción u órgano de la madre (*portio mulieris*³⁵), pero no individualizado, sino dependiente. Otros, reconociendo la existencia de un nuevo código genético en esta etapa, se suman a esta teoría sosteniendo que durante el proceso previo a la definitiva anidación el cigoto puede, también, fisionarse, “y en vez de ser 1, ser 2 ó 3”³⁶, fusionarse “esos 2 ó 3 juntarse en 1”, o puede ser expulsado, por lo que carece de una expectativa plena y segura de vida.

Dentro de esta misma corriente SIMO SEVILLA³⁷ afirma que aquellos que se suman a la teoría de la anidación, no les importa establecer si las células del cigoto son humanas y que representan una nueva vida, sino que lo importante para ellos es determinar en qué momento aparece un nuevo individuo, la individualiza-

Internacional de Derecho Civiles y Políticos (Preámbulo, (arts. 3º y 16), Convención de los Derechos del Niño (art. 1º).

³⁴ También llamado embrión posimplantatorio, se caracteriza por ser el segundo momento biológico del desarrollo uterino del ser humano, y se considera como tal desde la anidación. Su duración es de 70 a 80 días ó 2 meses y medio. Esta etapa biológica corresponde a la fase de organogénesis, en la que se forman los órganos humanos.

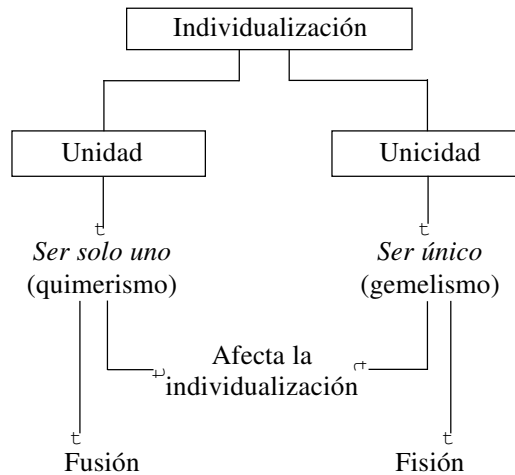
³⁵ “El hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus vísceras” (ULPIANO, D. 25.4.1.1). Tenemos que la teoría de la *portio mulieris* mantiene aún su vigencia, a propósito de promover el aborto, según nos lo explica ROBERT SPAEMANN: “Desde hace algunos años se ha ido desarrollando, con una gran arrogancia teórica, un nuevo ataque contra el derecho a la vida. Su principal abanderado es PETER SINGER. En el debate jurídico alemán, sus ideas han sido difundidas por NORBERT HOERSTER (“Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht?”, en *Juristische Schulung*, núm. 29, 1989, págs. 172 y ss.). Estos autores difunden la insostenible afirmación de que el hombre es, en los primeros meses de la gestación, una parte del organismo materno y que solo al nacer se convierte repentinamente en un individuo humano. Este punto de vista, basado en el eslogan: ‘mi vientre es mío’, es erróneo desde su base (...). Según ellos, tal derecho debería atribuirse, más bien, a quienes poseen ciertas cualidades y capacidades que son relevantes en este contexto, a saber, la autoconciencia y la racionalidad. Solo tales seres son personas, y solo las personas son titulares del derecho a la vida. Los embriones no son personas, tampoco lo son los niños en el primer año de vida, los que padecen una grave invalidez mental o los que sufren demencia senil en los asilos” (SPAEMANN, “¿Son todos los hombres personas?”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. VIII, núm. 31, 3ª ed., Galicia, España; Grupo de Investigación en Bioética de Galicia, 1997, pág. 1029).

³⁶ CIFUENTES, *op. cit.*, pág. 22.

³⁷ DIEGO SIMO SEVILLA, “La medicina moderna de la procreación en el derecho de familia y en el derecho sucesorio”, España, Consejo General del notariado, 1995. Ponencia presentada al XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín, 1995, pág. 43.

ción. LACADENA CALERO indica que “la individualización viene avalada por dos propiedades: la unicidad (ser único e irrepitable) y la unidad (ser una sola cosa)”³⁸.

El gráfico puede ilustrar la diferenciación:



Como quiera que hasta el décimo cuarto día se pueden formar gemelos monocigóticos (genéticamente idénticos, producto de la fisión de un cigoto) o de quimeras (individuos procedentes de dos fecundaciones distintas, por fusión de los cigotos), que contradicen los principios de unicidad y unidad (*teoría de la individuación*), respectivamente, es entonces con la anidación cuando está definitivamente individualizado el ser humano³⁹. Sin embargo, al decir que “un individuo humano no lo es si se puede dividir se está confundiendo individualidad con indivisibilidad ... En todo caso, siempre habrá una individualidad con una potencialidad de divisibilidad cada vez menor, lo que no invalida el que en todo momento, antes y después de una división con separación de células, se pueda hablar de individuo/individuos”⁴⁰.

Entonces, hay quienes sostienen que aparte de la fusión nuclear debe exigirse la pérdida de totipotencia del germen (transformación en individuo) para poder establecer la existencia de vida humana⁴¹, la que entonces se adquiere con la anidación.

³⁸ *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados*, II Legislatura, núm. 357, págs. 10.919 y ss., citado por SIMO SEVILLA, *loc. cit.*

³⁹ SIMO SEVILLA, *loc. cit.*

⁴⁰ VELAYOS y SANTAMARÍA, “Consideraciones en torno al comienzo de la vida humana”, en *op. cit.*, pág. 7 y 8.

⁴¹ LANZ-ZUMSTEIN, *La situación jurídica del germen humano sin fecundar*, Hamburgo, 1990, pág. 281; COESTER-WALTJEN, Peritaje B en ocasión de la 56ª Convención Alemana de Juristas,

Con fundamento en estos últimos argumentos, ZIMMERMAN y BECKER indican que “según el estado actual de la teoría alemana del derecho y según la opinión reinante, el embrión como *nasciturus* está provisto de capacidad jurídica limitada en el sentido civil, recién a partir de la anidación”⁴². Sin embargo, recientes descubrimientos han llegado a determinar que la pérdida de totipotencia se da a partir de las primeras divisiones celulares, ya no con la mera anidación⁴³.

Por último, y para rebatir las tesis reinantes de la anidación, otros añaden que hasta el indicado decimocuarto día el preembrión puede degenerar y formar una *mola hidatiforme*⁴⁴, “estructura premaligna de células indiferenciadas”⁴⁵, por lo que no podemos hablar de la existencia de un individuo ni mucho menos de vida humana. También se argumenta que la condición humana se adquiere conforme se va desarrollando, ya que al principio se trataría de una masa amorfa, hasta que al final adquiere una forma humana, y, en consecuencia, hasta el final no sería persona humana. Sin embargo, no existe límite claro entre

pág. B 103. Citado por STEFAN ZIMMERMANN y MICHAEL BECKER, “La medicina reproductiva moderna y sus efectos en el derecho familiar y hereditario”, Berlín, Bundesnotarkammer, 1995, pág. 133. Ponencia presentada al *XXI Congreso Internacional del Notariado Latino*, Berlín, 1995.

⁴² *Op. cit.*, pág. 135.

⁴³ Hasta hace muy poco se creía que el embrión en sus primeras fases estaba constituido por una masa uniforme de células, todas las cuales eran totipotentes (células de las cuales se puede desarrollar un embrión completo). Sin embargo, investigadores de la Universidad de Cambridge, han comprobado que las células embrionarias de ratón empiezan a especializarse ya desde la segunda división celular. Unas células irán a formar el cuerpo del embrión, incluyendo la sangre, los huesos, las células nerviosas, y otras darán lugar a tejidos destinados a nutrir al embrión en las primeras etapas de su vida. Por qué las células se especializan tan rápidamente es un misterio (*Nature News Service*, 2 octubre 2001). Sin embargo, estos resultados aportan nuevos e importantes datos para conocer mejor cuando se desarrolla la identidad embrionaria Gran Bretaña: nuevos datos sobre el inicio de la vida animal (Provida Press) 16 noviembre 2001.

⁴⁴ Cita VILA-CORO BARRACHINA que “En el siglo XVI TORQUEMADA, en su libro *Jardín de flores curiosas*, señala que «en lugar de criaturas paren algunas mujeres unos pedazos de carne, que los médicos llaman molas. Yo vi una que una mujer había parido, que era de la hechura de una molleja grande de pato: tenía a un cabo una señal de cabeza malformada, y dijéronme [*sic*] que cuando acababa de nacer se meneaba, y que, como una criatura animada, le habían echado agua y dicho las palabras que para el bautizo se requieren, en estas cosas parece la naturaleza haberse mostrado tibia en el engendrar, y por ventura el defecto estuvo en el sujeto de la mujer, o en la simiente genital del padre, que con su imperfección no bastó a engendrar criatura más perfecta”. ANTONIO DE TORQUEMADA, *Jardín de flores curiosas*, Madrid, Edit. Castalia, 1982, pág. 121, cit. por MARÍA DOLORES VILA-CORO BARRACHINA, *Huérfanos biológicos*, Madrid, San Pablo, 1997, pág. 42.

⁴⁵ *Loc. cit.*, nota 110. Este autor pone como referencia bibliográficas las obras de MARCELO PALACIOS ALONSO, *Biogislación española y Consejo de Europa. Analogías*, 1989, pág. 50 y *Reproducción asistida. Discurso y recurso*, Gijón, 1990, págs. 93 y 109.

las sucesivas fases del desarrollo, y, además, “el individuo humano es el todo que fenomenológicamente se puede constatar como tal, genoma más fenoma, aunque en ese todo exista una jerarquía funcional donde el genoma determina al fenoma, y a su vez este modula, activa o desactiva al primero. También se dice que un individuo no es persona hasta que no es aceptado por los demás, argumento exclusivamente sociológico, sin ninguna base científica”⁴⁶.

Así tendríamos en estas teorías que se es persona desde una perspectiva psicológica cuando se adquiere la capacidad de razonar; desde un aspecto morfológico, cuando se tiene forma humana y desde la óptica sociológica, cuando es aceptada por la sociedad.

§ 29. ACTIVIDAD CEREBRAL

Como bien refiere CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO⁴⁷, cierto sector médico hace depender el surgimiento de la vida humana a partir del instante en que se inicia la actividad cerebral, esto es, entre los 43 y 45 días contados desde la fecundación. Este criterio, en cierta forma, parece coincidir con la posición sentada por el judaísmo y el islam, religiones estas que no le confieren al embrión los derechos al ser humano existente antes de 40 días, por tanto, pueden realizarse intervenciones médicas directas.

Como criterio biomédico podemos identificarlo en dos grandes grupos: uno, que determinan el inicio de la vida con la aparición de la cresta neural o línea primitiva, que significa la aparición del sistema nervioso central como estructura esencial para el despliegue espiritual y relacional⁴⁸. El otro grupo, más radical, sustenta que puede hablarse de vida humana solo cuando aparece el sistema nervioso central (tercera semana de gestación) o el comienzo de la fusión del tubo neural (día 36), cuando aparece la reacción al dolor⁴⁹.

Quienes sostienen este criterio lo alegan con fundamento en un argumento deductivo y lógico: *si el fin de la persona se da con el estado irreversible de las funciones cerebrales (encefalograma chato, lineal o plano) entonces la vida humana se inicia con la actividad cerebral.*

⁴⁶ VELAYOS y SANTAMARÍA, “Consideraciones en torno al comienzo de la vida humana”, en *op. cit.*, pág. 9.

⁴⁷ Véase a FERNANDEZ SESSAREGO, “Tratamiento jurídico del concebido”, en *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Lima, Universidad de Lima, 1990, pág. 65, nota 3.

⁴⁸ Véase a PALACIOS ALONSO, *Biolegislación...*, *op. cit.*, pág. 50, citado por SIMO SEVILLA, *op. cit.*, pág. 44.

⁴⁹ Este es un criterio ético reciente que va extendiéndose y desplazando a la dignidad humana por el hecho de la sensibilidad vital. Ejemplificando, hay quienes contemplan con indiferencia la destrucción de embriones humanos insensibles y que se estremecen por el apaleamiento de un perro o la lidia de un toro (véase a FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, “Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española”, II Congreso Mundial Vasco, en *La filiación a finales del siglo XX*, Madrid, Edit. Trivium, 1988, págs. 99 y ss.

Sin embargo, la neurobiología se ha encargado no de desmentir, sino de amenguar los ánimos de quienes siguen esta corriente, al poner en conocimiento que en las primeras fases del desarrollo embrionario existen células con actividad nerviosa, y aún más, determinado grupo de células son las que llevarán el mensaje para formar, a los pocos días de la concepción, el sistema nervioso y, posteriormente, el cerebro. Con criterio firme DOMINIQUE FOLSCHEID, sostiene que la noción de muerte cerebral no puede aplicarse sin más a un ser que aún carece de actividad cerebral, pero que la tendrá si se le deja desarrollarse⁵⁰; similar criterio expone la profesora argentina GRACIELA MESSINA DE ESTRELLA GUTTIÉRREZ⁵¹ al decir que no puede existir un trato analógico entre la muerte cerebral (que es proceso de muerte) con el embrión (que es proceso de vida).

Los partidarios de estas corrientes afirman que el hecho de que el nuevo ser (feto)⁵² cuenta ya con una individualidad mental y una inteligencia potencial que lo hace acreedor de considerársele un ser humano en formación. En efecto, si decimos que el hombre no es tal sino hasta que desarrolla totalmente su sistema nervioso central, tendríamos que “hasta los seis o siete años de edad no habrá persona humana, pues hasta entonces no se ha completado el desarrollo de las conexiones nerviosas. Tampoco sería persona un individuo en coma; ni sería persona humana un individuo dormido o un sujeto afectado por una patología degenerativa del sistema nervioso en fase avanzada, si definimos a la persona humana como aquella que puede realizar operaciones intelectuales”⁵³.

A apoyando este último punto de vista, expone SPAEMANN que “De acuerdo con una concepción bien fundada filosóficamente desde el punto de vista de la tradición, es persona todo ser de una especie cuyos miembros poseen la capacidad de alcanzar la autoconciencia y la racionalidad. Por tanto, si solo fueran personas aquellos seres que, en efecto, poseen dichas cualidades en acto, en ese caso a cualquier hombre dormido podría serle impedido despertar vivo, pues mientras duerme, claramente no es persona... La personalidad es, por tanto, el elemento constitutivo del ser humano, no una cualidad suya”⁵⁴. Este criterio es concretado por HANS THOMAS⁵⁵ cuando dice que en el argot médico americano

⁵⁰ Citado por ANDORNO, *Bioética y dignidad de la persona*, *op. cit.*, pág. 103.

⁵¹ GRACIELA N. MESSINA DE ESTRELLA GUTTIÉRREZ, *Bioderecho*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1998, págs. 38 y 41.

⁵² Es el tercer momento biológico del desarrollo uterino del ser humano, y se considera como tal desde el comienzo de la novena semana o 3 meses, después de la fecundación, hasta el nacimiento.

⁵³ Véase a VELAYOS y SANTAMARÍA, “Consideraciones en torno al comienzo de la vida humana”, en *op. cit.*, pág. 8. Estos autores no comparten esta teoría, pero la esbozan clara y precisamente.

⁵⁴ SPAEMANN, “¿Son todos los hombres personas?”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. VIII, núm. 31, 3ª ed., Galicia, España; Grupo de Investigación en Bioética de Galicia, 1997, pág. 1030.

⁵⁵ “El compromiso con el diseño ético”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. X, núm. 39, 3ª, 1999, julio-septiembre, pág. 418.

se viene considerando a los nacidos y no nacidos que no han llegado al uso de razón, algo como pacientes comatosos —*human being, but not a human person*— lo que trae efectos letales a los principios de protección de la vida. En consecuencia, la maduración del sistema nervioso no termina con el nacimiento.

§ 30. TOLERANCIA INMUNOLÓGICA

LACADENA CALERO⁵⁶ indica la existencia de otra teoría según la cual el inicio de la vida depende de la adquisición de la identidad o mismidad genética, es decir, cuando el individuo es capaz de distinguir inmunológicamente lo propio (su bioconformación) de lo extraño (factores extrabiológicos), lo cual es adquirido biológicamente alrededor de la octava y duodécima semana de gestación.

Esta teoría biológica está relacionada con el pensamiento filosófico de la *suficiencia constitucional*, el cual busca determinar la constitución (es decir, la naturaleza o estructura) de una realidad viva y cuándo llega esta a surgir. Para ello, tomando como base el criterio de ZUBIRI, quien estudia de mejor manera el concepto de “constitución”, debemos partir de la definición del término realidad como un campo estructurado, cuando esta estructura es coherente alcanza la suficiencia constitucional y, por ello, sustantividad. En otros términos: realidad es a sustantividad, así como sustantividad es a suficiencia constitucional⁵⁷.

Ahora bien, analizando este razonamiento filosófico desde una perspectiva biologicista, diremos que un ser vivo obtendrá su suficiencia constitucional en la medida que se constituya íntegramente como un nuevo ser, un *todo genético*, en la que el organismo funcione de manera conjunta, individual. Esta situación se da al parecer entre la séptima y octava semana, lo que coincide con el tema de la adquisición de la tolerancia inmunológica.

§ 31. NACIMIENTO

“Quisiera abolir las pompas fúnebres. Hay que llorar a los hombres cuando nacen y no cuando mueren”.

MONTESQUIEU

⁵⁶ “El comienzo de la vida”, en <http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/> (3 mayo 1999).

⁵⁷ Mayor referencia en DIEGO GRACIA, “Problemas filosóficos en genética y en embriología”, en *La mediación de la filosofía en la construcción de la bioética*, Abel y Cañón (editores), Universidad Pontificia de Comillas, págs. 215 y ss., citado en “El comienzo de la vida”, en <http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/> (3 mayo 1999).

La profecía del nacimiento de Jesús: “Por tanto, el Señor mismo os dará señal: He aquí que la virgen concebirá y dará a luz un hijo, y llamará su nombre Emmanuel”.

Isaías 7:14

Nuevo Testamento: “... ha nacido hoy, en la ciudad de David, un Salvador, que es Cristo Señor” (Lucas 2:11). “... Dios envió a su Hijo, nacido de mujer y nacido bajo la ley”.

Gálatas, 4:4

“Nacer no es sino como comenzar a morir”

Palabras de Juan a Jesús

Como parte final del proceso de evolución intrauterina⁵⁸ y dando cumplimiento al ciclo vital, “nace un ser humano estructurado aproximadamente por doscientos billones de células, que se han multiplicado y especializado a un promedio de cinco mil millones de células por semana”⁵⁹.

El nacimiento, como etapa biológica del parto⁶⁰, determina el hecho de la separación del feto del cuerpo de la madre.

Autores como JOSSERAND, MESSINEO, TRABUCCHI, BARBERO, CASTÁN TOBEÑAS, ALBADALEJO, RIPERT, BOULANGER, MAZEAUD y LACRUZ BERDEJO, siguiendo a los antiguos griegos y a los preceptos de la religión judía, sostienen que el nacimiento es el punto de partida de la vida humana; antes el concebido se confunde biológicamente con la madre (*pars viscerum matris*); por tanto, se es persona a partir del nacimiento.

Si bien es del todo cierto que el cigoto depende biológicamente de la madre (incluso *post partus*) esta dependencia es solo extrínseca y relativa, no pudiéndose negar que el nuevo ser tiene, desde la concepción, una autonomía genética que sí es absoluta. Este es el criterio seguido por ORGAZ⁶¹, quien establece que es un error significativo confundir vida humana con persona humana y acepta que la vida comienza en el momento de la concepción, pero la persona comienza su existencia con el nacimiento. Al parecer, la discusión acerca del origen de la vida terminaría aquí, con el nacimiento, pero no es así. A todo lo anterior-

⁵⁸ Dicho proceso, comúnmente conocido como gestación, es de 40 semanas (280 días ó 10 meses lunares), plazo que se cuenta desde la fecha del inicio de la última menstruación de la gestante. Normalmente la ovulación se presenta 14 días después del inicio del período menstrual, fecha aproximada en que se produce la fecundación, por ello es que algunos consideran que la gestación dura 38 semanas.

⁵⁹ ÁLVAREZ GARDIOL y FIGUEROA CASAS, *op. cit.*, pág. 20.

⁶⁰ El proceso biológico del parto se compone de las siguientes etapas: contracciones musculares, dilatación de la cervix, nacimiento y, finalmente, expulsión de la placenta, también llamada “alumbramiento”.

⁶¹ Véase a ALFREDO ORGAZ, *Personas individuales*, 2ª ed., Buenos Aires, 1961.

mente indicado podemos agregar una pregunta: ¿en qué momento se produce el nacimiento? Aquí surgen distintas posiciones.

Algunos sostienen que el nacimiento se produce con las contracciones, mientras que otros alegan que es con la dilatación. Este último punto de vista, incluso, tiene fuertes adherentes; así lo ha reconocido la sala de lo penal del Tribunal Supremo español, el 29 de noviembre de 2001, que ha recordado que el feto se convierte en persona desde el momento de la dilatación. Para el alto tribunal, el comienzo del parto pone fin al estadio fetal, en este sentido dice que “el nacimiento surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión, pues en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado”⁶².

Sector distinto indica que es con la aparición del feto por las entrañas de la madre, o cuando ha salido totalmente; algunos alegan que una vez cortado el cordón umbilical o cuando el recién nacido lanza su primer gemido. Todos y cada uno de estos momentos fueron discutidos tanto por científicos como por juristas, a fin de determinar el momento preciso del nacimiento.

Una vertiente de la Iglesia, en especial del Seminario Rabínico Latinoamericano, manifiestan que “La vida humana comienza en un momento de difícil

⁶² Esta ha sido la tesis que ha llevado a *José Aparicio Calvo-Rubio*, magistrado ponente del fallo, a condenar a un ginecólogo a que pague a los padres de un niño una indemnización de 48.080,97 euros (8.000.000 de pesetas) como responsable de una falta por imprudencia leve. El Supremo Tribunal español ha estudiado el caso de una mujer que ingresó en una clínica para dar a luz. El especialista que asistió el parto aplicó una técnica de extracción mediante ventosa que provocó la muerte del feto porque estaba situado muy alto, en primer plano de Hodge, y la dilatación de la madre era incompleta. La Audiencia Provincial de Murcia absolvió al ginecólogo de los delitos de aborto por imprudencia profesional y lesiones culposas al feto. El tribunal murciano argumentó que para condenar al facultativo era necesario que hubiera causado la muerte a otra persona, ya que a su juicio el feto a punto de nacer no era persona. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha mostrado su desacuerdo con esta doctrina y ha considerado que “el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto”. Así, las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, de tal manera que hay ya un intento de expulsión del cuerpo materno que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión y que coincide con la fase terminal del nacimiento. El fallo ha recordado que el Tribunal Constitucional tiene declarado que la vida humana es un proceso que comienza con la gestación creando una realidad biológica que va tomando cuerpo. La gestación ha generado un estadio existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de esta. *Calvo-Rubio* ha proclamado que “el ser humano cuyo nacimiento se ha iniciado constituye un bien jurídico protegido”. Esto quiere decir que cualquier acción u omisión que sufra se considere como un delito de homicidio o lesiones. Por tanto, no es la vida, integridad o salud del feto, lo que se pone en peligro, sino la vida e integridad de una persona. El fallo ha explicado que de acuerdo con esta doctrina la muerte de un niño que vivió varias horas y murió a consecuencia de una desacertada técnica utilizada constituye un homicidio por imprudencia leve (“Al feto se le protege como persona desde la dilatación, insiste el Tribunal Supremo Español”, *Diario Médico*, 13 febrero 2002).

precisión y el producto de la concepción, de acuerdo con autoridades rabínicas legales, adquiere *status* jurídico de persona en el momento de su nacimiento”⁶³.

A mi entender el nacimiento se produce cuando la criatura ya no se encuentra unida fisiológicamente a su madre, esto es, en el momento exacto en que se realiza el corte del cordón umbilical. En nuestra legislación nacional, el nacimiento determina una categoría jurídica fundamental. Por el nacimiento el sujeto de derecho, denominado concebido, pasa a ser persona. Específicamente persona natural.

Indiquemos, finalmente, que existe una corriente estricta y exigente en cuanto al atributo de vida que requiere la posibilidad de desenvolvimiento vital fuera del útero.

§ 32. AUTOCONCIENCIA

“Pienso, luego existo”.

DESCARTES

Con criterio aún más extremo un sector de la doctrina científica afirma que se hablará de persona cuando existe discernimiento, razón y capacidad, es decir, cuando el sujeto tiene una conciencia acerca de los efectos de sus actos y realiza una evaluación volitiva de su destino; así, el niño comienza a ser autoconsciente de su propia existencia, cuando adquiere un juicio moral. Normalmente, o como siempre se ha entendido, cuando alcanza los 7 años de edad.

Esta teoría es sustentada por H. TRISTAM ENGELHARD en su obra *Los fundamentos de bioética* (Barcelona, Edit. Paidós, 1995), quien, incluso, hace una distinción o doble categorización del ser humano, según su capacidad de entendimiento y grado de desarrollo intelectual: 1) la *persona en sentido estricto*, es aquel ser humano autoconsciente, racional, libre en sus elecciones y capaz de un juicio moral, y 2) la *vida biológica humana*, en la que se comprenden aquellos que no reúnen las características anteriores (p. ej., los fetos, recién nacidos, enfermos terminales y los comatosos) a quienes se le protege solo por el principio de beneficencia. Esta es una teoría *intelectualista*, pues reduce al ser humano a su capacidad intelectual lo que supone un *reduccionismo antropológico* que ha sido criticado por DOMINIQUE FOLSCHER, quien afirma que si bien tenemos el derecho de deducir que un hombre que ya ha perdido todas sus funciones cerebrales no es más un hombre, no podemos concluir que el cerebro *constituye* al hombre⁶⁴.

⁶³ *Palabras de vida*, Unión de entidades por una vida más humana, Mendoza, Argentina, año 1, núm. 24, <http://www.vidahumana.org>, (24 agosto 2000).

⁶⁴ Véase ANDORNO, *Bioética y dignidad de la persona*, op. cit., págs. 67, 68, 69, 102 y 103.

Análisis conclusivo

Omne vivum ex ovo
(Toda vida se origina del huevo)

WILLIAM HARVEY (1578-1659),
médico inglés.

La persona es un todo, su existencia en sociedad no depende de su capacidad ni de funciones biológicas determinadas (tesis sustancialista de la persona), de allí que todas y cada una de las etapas vitales anteriormente indicadas son hechos biológicos y a la vez jurídicos. Es en este sentido que el derecho le presta especial importancia a dos de los momentos biológicos indicados: a la concepción y al nacimiento, habiendo creado hipótesis legales y supuestos de hecho para su protección y seguridad.

El primero, la concepción, otorga una calidad, ser sujeto de derecho especial y, el segundo, el nacimiento, condiciona la existencia de una relación jurídica patrimonial con el concebido (el que para su atribución debe nacer con vida).

De lo expuesto hasta aquí, debemos concluir que lo que suceda luego de la fecundación es el desarrollo de enormes potencialidades o simplemente un proceso único e irreversible, sustentado en la evolución y continuidad de un desarrollo vital que termina exclusivamente con la muerte de la persona, y es a esta, como protagonista y animadora principal del derecho, a la que debemos reconocer y proteger desde su inicio y formación. Esta es la denominada tesis sustancialista de la persona que en resumen indica que “el ser persona no depende del ejercicio de ciertas funciones en el ser vivo”⁶⁵, sino su esencia y sustancia natural que es la de ser humano. Desde la fecundación surge un individuo totalmente humano que autónomamente, momento tras momento, instante tras instante, sin discontinuidad alguna, actualiza su propia esencia realizando un designio presente en su mismo genoma. El embrión muestra desde el inicio como protagonista de su existencia biológica. El embrión humano es uno de nosotros.

Si hacemos un análisis pragmático del inicio de la vida, tenemos que “la medicina y la embriología se mueven en el ámbito de la metodología de las ciencias biológicas, por lo que, para poder afirmar que el cigoto es ya un ser personal, hay que pasar a otro plano metodológico y echar mano de una afirmación filosófica: el hombre no posee otra modalidad de existencia que la de ser persona (ser individual de naturaleza humana), y si esa primera célula, el cigoto, tiene una naturaleza humana, porque su organización, su estructuración y su carga genética son humanas, se deduce que debe ser persona. Esas son sus señas de identidad”⁶⁶.

⁶⁵ *Idem, ibidem*, pág. 104 y en especial el cap. II.

⁶⁶ VELAYOS y SANTAMARÍA, “Consideraciones en torno al comienzo de la vida humana”, en *op. cit.*, pág. 8.

Sección II. *El fin de la vida humana*

§ 33. LA MUERTE GENÉTICA

“Pues polvo eres y al polvo volverás”.

Génesis 3: 19

“La muerte es la posibilidad más propia del existir”

Teoría existencialista (HEIDEGGER)

No existe en el mundo un culto tan arraigado a la muerte como en el antiguo Perú, pues 7.000 años antes de Cristo se practicaban procesos de momificación para preservar a sus muertos. Pero estos no solo eran adorados, sino también consultados. En los tiempos del imperio incaico los muertos eran alimentados, aseados, vestidos y halagados con ofrendas y sendos banquetes. A ellos se les solicitaba consejo antes de proceder a cualquier acto, de manera tal que las relaciones familiares, económicas y de la tierra eran regidas por el patriarca muerto, quien, prácticamente, dirigía la vida de los vivos⁶⁷.

Es una realidad científica que las células del cuerpo humano permanecen activas después de muerta la persona, es decir, no con la cesación irreversible de la actividad cerebral el cuerpo en su plenitud acabará con su proceso de biogización, sino que mantiene algunos signos de vida que son parciales, concretos y determinados por cada región corpórea. La vida celular se mantiene después de producida la muerte, porque la muerte es todo proceso en el que cada órgano y sus funciones van extinguiéndose uno a uno. Jurídicamente, la falta de respuesta cerebral (cesación absoluta) extingue a la persona, pasando de sujeto de derecho a objeto de derecho especial, digno de la más alta protección.

Sin embargo, podemos decir, según nuevos criterios científicos, que la muerte ya no se produce en la zona cerebral, sino que una vez comprobada la inexistencia de respuesta vital en la última célula del cuerpo entonces se produce la muerte total de la persona. Este criterio avasalla todas las corrientes biojurídicas. De ser así, podemos hablar de una vida inerte, de una vida sin movimiento, ni pensamientos, ni sentimientos, solo de una vida celular indicativa, que puede ir regenerándose o extinguiéndose de a poco. Este estado puede durar semanas, meses, años, y hasta siglos, una *vita quasi ad infinitum*.

Tomando en cuenta los momentos que establecieron la muerte de la persona, como en un inicio fue la cesación de la respiración, seguida de la paralización de la actividad cardíaca y finalmente —criterio rector asumido legalmente—, la cesación irreversible de la actividad cerebral, podemos hablar a la fecha

⁶⁷ *Las momias perdidas de los incas*, en “Misterios ancestrales”, HBO Olé (cable canal).

de una muerte genética, como aquella que se concreta con la verificación asintomática de cualquier respuesta genésica en un organismo.

Este criterio se aduce bajo el pretexto de las restricciones a la manipulación genética *post mortem* que establece que el cuerpo humano —sin vida completa, como comúnmente se ha entendido, pero que sigue aún con vida parcial— no puede ser materia de experimentación, ya que sus procesos biogénicos no se han paralizado.

De allí que el adagio latino *mors certa, hora incerta* quedaría sin fundamento, pues la muerte sería de clara identificación, pero no el momento en la que la misma se produciría.

ROBERTO ANDORNO señala que la teoría de la muerte genética es un absurdo, agregando que el hecho de que haya algunos tejidos (cabellos, uñas, etc.) que se mantengan vivos durante horas o días después de la muerte de la persona no tiene ninguna relevancia jurídica. Además, esto llevaría al absurdo de considerar que un tejido (v. gr., un órgano) que se puede mantener con vida después de la muerte sigue “conteniendo” a la persona (lo que haría imposibles los trasplantes de órganos). Piensa el autor argentino que hay otras formas más sensatas de criticar las manipulaciones genéticas.

Si bien para la teoría existencialista la muerte es la posibilidad más propia del existir, no podemos esperar científicamente el dictamen bíblico (Génesis 3:19) de convertirnos en polvo para poder tramitar la expedición de nuestro certificado de defunción. Pongamos límites coherentes a las investigaciones científicas, pero tampoco lleguemos al absurdo.

Sección III. *La genética y la vida eterna*

¿§ 34. LA GERONTOGENIA

Un centurión romano se bañó en un río que le dio la vida eterna. Cien años después, desesperado, va en busca del río que le dará la muerte.

JORGE LUIS BORGES

La gerontogenia es un tema de actualidad. La gerontogenia es la búsqueda de los genes de la longevidad, teniendo en cuenta que existen células que están programadas para dividirse solo 50 veces⁶⁸, de allí que el envejecimiento de las personas sea irreversible.

El gerontogen es el gen ligado a la longevidad. La búsqueda del mismo implica hallar la predisposición genética a la longevidad (ilusión hacia la vida

⁶⁸ Este proceso biológico se llama *apoptosis*, que es la muerte biológica programada.

eterna). Dada las causas del deterioro de la capa de ozono y a las reacciones contra la biodiversidad de las especies ya no vivimos, sino sobrevivimos, este es un mal natural de toda la humanidad. Esto ha motivado a los biocientíficos que busquen no solo alternativas para la buena vida, sino soluciones para lograr la permanencia del hombre en la tierra.

Nacer, crecer, desarrollarnos y morir es todo un ciclo natural que puede ser cambiado por la genética.

Entramos a la era de la preservación del cuerpo por medio de la criogenia, a fin de salvarlo de una enfermedad que hoy no tiene cura.

Congelarlo, a fin de ir investigando su cura. Descongelarlo, a fin de aplicar el tratamiento encontrado. Estos son los ideales de la medicina (llamémosla, solo durante esta lectura, futurista) que intentará impedir la descomposición del cuerpo de un ser humano, producto de su muerte, mediante la biorrefrigeración, lo que irá unido a estudios para hallar la devolución de la actividad vital.

En fin, todo un tratamiento de manipulación *post mortem* aplicado a la preservación del individuo, y, quién sabe, de una colectividad basada en ideales de perpetuidad y de un existencialismo *in perpetuum*.

Sección IV. Sujetos de derecho y bienes jurídicamente protegidos

§ 35. GENERALIDADES

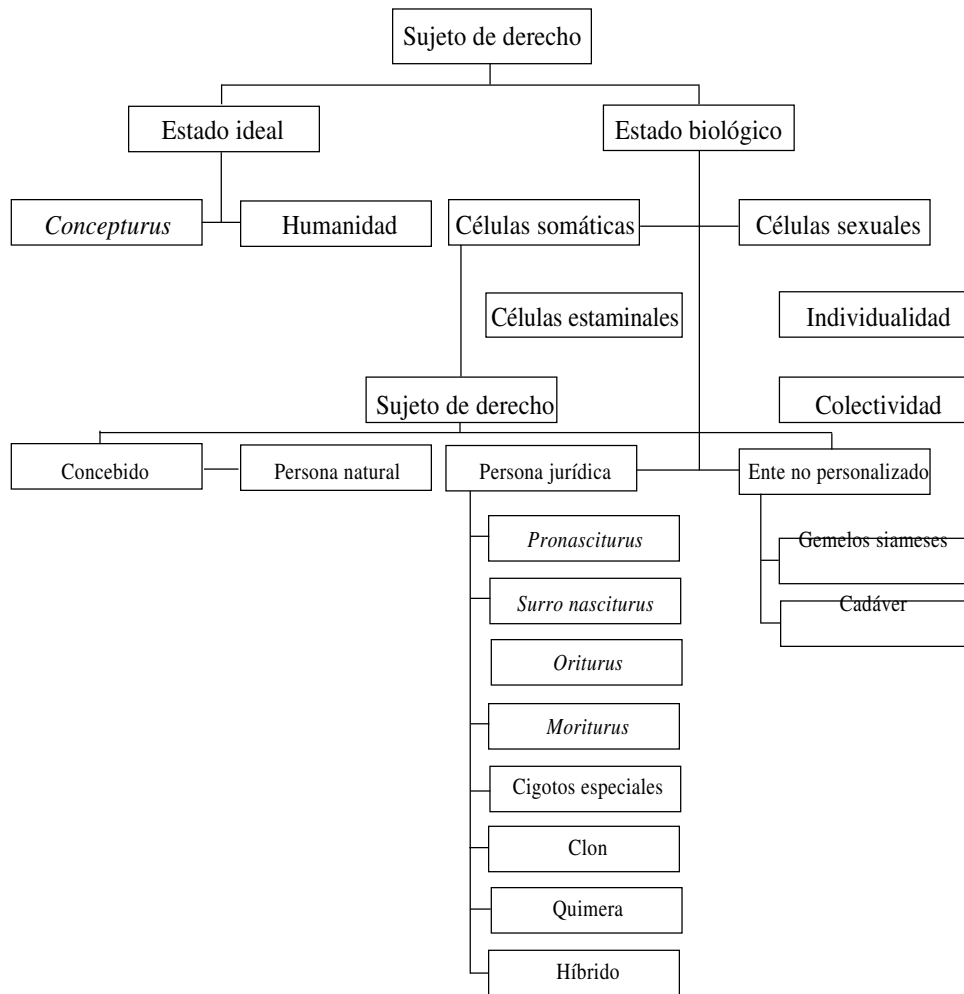
El avance, más que desmesurado, relampagueante, de la genética ha llevado a tratar de buscar respuestas a la pregunta, ¿qué elemento o estructura del cuerpo merece protección jurídica?

El cuerpo humano de por sí es protegido, pero sus partes o sustancias merecen ser resguardadas. En todo caso, ¿cuáles ameritan una protección preeminente?

Cuando la ciencia entra a experimentar fuertemente sobre los elementos genéticos, ya no solo sobre el cuerpo o sus órganos, sino en su interioridad, se ve la preocupación jurídica de brindar seguridad, allegarse a la realidad de dichas investigaciones que no solo están orientadas a diagnosticar y curar, sino que buscan variar la esencia de las leyes naturales. De allí que las normas legales que regulan esta materia utilicen expresiones como *material biológico* o *estructuras biológicas* para referirse a los gametos, embriones y fetos.

El sujeto de derecho es aquel a quien le corresponden facultades y deberes, derechos y obligaciones, es aquella categorización jurídica de la vida humana la que, según sea como se presente o desarrolle en sociedad, merece una protección especial por parte del derecho.

Nuestra normativa y dogmática nacional clasifica de manera tradicional al sujeto de derecho de la siguiente manera:



Sin embargo, la teoría del sujeto de derecho ha quedado disminuida frente a nuevos estados biológicos que merecen una protección, tal es el caso de las células (somáticas y sexuales), el embrión no implantado, el embrión carente de signos vitales que ameriten una vida futura, y aquel embrión que realmente no generará un proceso biológico teniendo una denominación distinta como es la de bienes jurídicamente protegidos.

Un diagrama nos puede ilustrar la nueva estructura que el derecho genético quiere presentar a efectos de brindar una mayor seguridad a la vida humana:

Veamos cada caso:

§ 36. CÉLULAS SOMÁTICAS

Las células de este tipo son aquellas que conforman los tejidos y órganos humanos. Su finalidad es regenerarse, a fin de permitir la conservación de la

vida. Sin embargo, el avance de la ciencia ha permitido que estas células puedan cumplir funciones que no le son propias, como su utilización con fines reproductivos o la readquisición de la totipotencialidad.

Esto explica que estas células requieren un tratamiento jurídico especial, a fin de evitar su manipulación. Si bien no son vida humana (individual) son elementos humanos y, como tales, dignos de protección.

§ 37. CÉLULAS ESTAMINALES

Las células del cuerpo humano cumplen una función especial, es decir, su objetivo está claramente establecido, lo que permite diferenciarlas de acuerdo con sus características y finalidades biológicas. Las células, que en grupos forman los órganos, tejidos y otros, tienen una función predeterminada pues su estructura y capacidad está preparada para realizar una labor concreta, de allí que se diga que las células son diferenciadas.

Sin embargo, existen células indiferenciadas, es decir, que tienen todos los elementos necesarios para generar los diversos órganos o tejidos de un ser humano y podrían —vía inducción especial— generar un ser humano en su integridad, ya que, al no estar diferenciadas, contienen toda la información necesaria para dirigir un desarrollo completo. Estas células todo potenciales resultan atractivas para la biociencia, pues de ellas pueden extraerse tipos especiales de células (cardíacas, nerviosas, musculares, cerebrales, sanguíneas, cartilagosas, etc.) y utilizarlas con fines terapéuticos.

También llamadas células madres, troncales, totipotenciales o primitivas, conociéndoseles en la terminología anglosajona como *stem cells*, vienen representando un debate incontrolable en el ámbito jurídico y ético.

Como refiere la Academia Pontificia para la Vida en su “Declaración sobre la producción y uso científico y terapéutico de las células estaminales embrionales”, estas células tienen dos características:

- La capacidad de autorrenovación ilimitada o prolongada, esto es, de reproducirse muchas veces sin diferenciarse.
- La capacidad de dar origen a células generadoras de transición, con capacidad limitada de proliferar, de las cuales descienden gamas de células altamente diferenciadas (nerviosas, musculares, hemáticas, etc.).

Vemos así que las células madre son únicas, y a diferencia de las demás células son capaces de generar cualquier tipo celular, cualquier órgano y cualquier tejido del organismo. Si se estimulan adecuadamente, son capaces de ejecutar cualquier función vital: sintetizar insulina, formar conexiones sinápticas, metabolizar grasas e hidratos de carbono, detoxificar, producir anticuerpos o eliminar células tumorales. Además, se dividen sin límite, manteniendo indefinidamente su capacidad de diferenciación; son atemporales, no envejecen de manera que los tejidos generados a partir de ellas tienen todas las características de tejidos jóvenes.

Existen dos tipos de estas células estaminales:

A) *Células estaminales embrionales*

Son aquellas células de embriones que normalmente son totipotenciales al encontrarse en un estado de preorganogénesis, es decir, al no estar definida su función cualquiera de dichas células puede orientar su desarrollo a la obtención de determinado tejido humano. Se les conoce también como células fetales.

Se obtienen mediante los siguientes pasos:

- Producción de embriones o utilización de embriones sobrantes.
- Desarrollo embrional hasta la fase de blastocito.
- Ablación de su masa celular interna (ICM).
- Cultivo de dichas células.

El problema esencial de estos procesos es que producen una vida con la única finalidad de que sirva de repuesto, ya que extraídas las células embrionales del caso, el daño que se le ocasiona al embrión es irreparable, a tal punto que lo lleva a una muerte irremediable. La Academia Pontificia para la Vida considera tres problemas éticos fundamentales:

1) ¿Es moralmente lícito producir y/o utilizar embriones humanos vivientes para la preparación de células estaminales embrionales?

2) ¿Es moralmente lícito realizar la llamada “donación terapéutica” mediante la producción de embriones humanos y su sucesiva destrucción para la producción de células estaminales embrionales?

3) ¿Es moralmente lícito utilizar las células estaminales embrionales, y las células diferenciadas de ellas obtenidas, proporcionadas eventualmente por otros investigadores o disponibles en el comercio?

En los tres casos propuestos la respuesta de La Academia Pontificia para la Vida es negativa. Dada las razones confesionales y de máxima protección a la vida.

B) *Células estaminales adultas*

Tipo de células adultas que son capaces de producir determinados tejidos.

En este sentido pueden reprogramarse a efectos de que generen tejidos especiales por medio de técnicas de clonación celular con finalidad de investigación terapéutica.

El objetivo es obtener células madre, indiferenciadas, que adecuadamente estimuladas se convertirán en tejidos (óseo, muscular, nervioso, etc.), que sirven para el tratamiento de enfermedades muy comunes y de mayor o menor gravedad (Alzheimer, Parkinson, diabetes, e incluso cáncer) y para trasplantes en general.

Se obtienen mediante los siguientes pasos:

- A una célula se le somete a un proceso de enucleación.
- Se desnúclea un óvulo.
- Transnucleación al óvulo del núcleo de la célula que queremos duplicar.

Cuando se introduce el núcleo de una célula diferenciada de un individuo en un óvulo previamente desnucleado, la célula resultante de esta verdadera clonación (paraclonación), que no es el resultado de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide, aunque es susceptible de desarrollarse a continuación como un embrión, en un momento determinado puede obtenerse de ella células madre o troncales de su núcleo interno. A esta célula resultante MARCELO PALACIOS la denomina *nuclóvulo*⁶⁹ e indica que teniéndose en cuenta el distinto origen biológico del mismo se establecen sutiles diferencias con el embrión.

A este proceso que es una clonación parcial se le conoce como paraclonación, como veremos más adelante.

La Academia Pontificia para la Vida considera este último proceso como “el camino más razonable y humano que se ha de recorrer para un correcto y válido progreso en este campo que se abre a la investigación y a prometedoras aplicaciones terapéuticas”.

La Declaración Bioética de Gijón 2000 (Gijón, España, 24 junio 2000) indica en su numeral 10 que “La utilización de células troncales con fines terapéuticos debe permitirse, siempre que la obtención de esas células no implique la destrucción de embriones”.

§ 38. CÉLULAS SEXUALES

Este tipo de células son el espermatozoide y el óvulo. La naturaleza jurídica de las células sexuales es la de ser bienes o frutos naturales.

- Bienes, porque tienen una utilidad, pues es la esencia y base de la procreación.
- Fruto, porque son sustancias renovables, y natural porque es esencial y parte de la naturaleza.

Se les denomina también, células germinales o gametos. Estas contienen (al igual que las somáticas) el código genético individual, un genoma que es, por su naturaleza, fácilmente transferido en el momento de la fecundación. Según CORNÚ, estas células sexuales son fuerzas genéticas cuya finalidad es generar vida, es decir, cuentan con la capacidad de reproducción de la especie humana, por lo que así resultan indisponibles⁷⁰. Como sustancias o secrecio-

⁶⁹ “Una revolución con múltiples posibilidades”, en *El País Digital*, núm. 1567, 17 agosto 2000.

⁷⁰ Véase a JAIME VIDAL MARTINEZ, *Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde la perspectiva del Derecho civil español*, Madrid, Edit. Civitas, 1988, pág. 81, nota 86.

nes que contienen el germen de la vida destinado a la procreación humana están fuera del comercio, de allí que se les deba proteger (como sucede con los órganos y tejidos) no solo en su *materialidad*, sino principalmente en su *potencialidad pasiva* (a diferencia del embrión que es protegido por su *potencialidad activa*).

Su estructura genética ha sido determinada como una célula haploide, es decir, que solo cuenta con la mitad del número de cromosomas (23) que tienen otras células del cuerpo humano (46). Su función de lograr la procreación de una célula sexual complementaria implicará que entre ambas intercambien y fusionen su información genética, logrando la totalidad de cromosomas.

El hecho está en determinar el tipo de protección, el momento y las circunstancias en el que se resguardarán. Frente a esto, es necesario deslindar dos claras situaciones que se presentan con las células sexuales:

— *Individualidad*. Si se trata de células sexuales en individualidad (es decir, técnicas aplicadas solo a espermatozoides o solo a óvulos) la seguridad estará dada en que las mismas no pueden ser materia de ningún tipo de experimentación dirigida a la línea germinal, en otras palabras, no estaría permitida la manipulación de su composición genética, como son los casos de transferencia o extracción de genes.

— *Colectividad*. Más claro se ha presentado el caso de experimentar con las células sexuales en conjunto o en interacción, ya no con una de un solo tipo, sino con una o varias de cada género (espermatozoides y óvulos). Sucede que en este caso se está atentando directamente con el proceso de fecundación en sus momentos preliminares. El caso puede ser el siguiente: estando en una misma probeta espermatozoides y óvulos se experimente (en o con ellos), a fin de lograr un tipo de fecundación no natural.

Como principio, es claro que la protección debe estar dada tanto en la *individualidad* como en la *colectividad* de las células sexuales. Tomando en cuenta su potencialidad de crear vida. Sin embargo, puede esto resultar ontológicamente controversial pues en el mismo sentido “... todos estamos potencialmente muertos y, no obstante, nadie supone que este hecho pueda constituir una razón para ser tratados como si ya hubiéramos muerto”⁷¹.

Sin duda criterios encontrados, pero que ameritan una indefectible reflexión legal real, objetiva pro vida, dejando de lado criterios absurdos o inconsecuentes⁷².

⁷¹ Filósofo JOHN HARRIS (Universidad de Manchester, 1990).

⁷² “Una universitaria, de periodismo-imagen audiovisual, claro está, insistía en una idea muy extendida: “Si un chico va al *water* y se masturba —aducía— cuando tire de la cadena, deberá decir: adiós, vida humana. La gracia es muy mala, sí, pero tremendamente ilustrativa del sentimiento, me temo que mayoritario, actual. Porque, en efecto, el «pajero» del ejemplo debería decir «adiós vida», pero no «Adiós, persona». Vida hay en el arbusto de la esquina y en los virus que recorren el cuerpo, la hay en los espermatozoides masculinos y en los óvulos

§ 39. CIGOTOS ESPECIALES

Son producto de la pseudofecundación.

Tenemos los siguientes casos: espermatozoide con espermatozoide⁷³, óvulo con óvulo⁷⁴ o del óvulo con la espermatogonia (proceso primario del espermatozoide)⁷⁵. Estos son típicos casos de pseudofecundación.

En el caso de espermatozoide-espermatozoide con técnicas de ingeniería genética se podrán fabricar “huevos masculinos” que sean fertilizados por el esperma de otro hombre, de manera tal que las parejas masculinas podrán tener hijos. La fabricación del “huevo masculino” se realizaría eliminando el núcleo de un huevo femenino y sustituyéndolo por el de un espermatozoide, con lo cual tendría el ADN de un hombre y podría ser fertilizado *in vitro*, de manera que el

femeninos. Pero persona, con su identidad genética propia, que se transformará en un adulto si una fuerza externa no lo impide, solo existe tras la fusión del espermatozoide y el óvulo, en el embrión, distinto al espermatozoide y al óvulo que lo forjaron”. Citado por EUGENIO LÓPEZ, “La blasfemia de *Advanced*”, en *Hispanidad*.

⁷³ A diferencia del óvulo el espermatozoide no tiene las reservas nutritivas para permitir el desarrollo del cigoto, por lo que es imprescindible contar con un óvulo enucleado que albergue a los dos núcleos de los espermatozoides. La técnica de fecundación con gametos masculinos se realizaría con los siguientes pasos: 1. Se toma un óvulo y se le somete a un proceso de enucleación. 2. Se introducen los dos espermatozoides (uno de cada miembro de la pareja) por microinyección. 3. El óvulo, que contiene los dos núcleos masculinos, empieza el proceso de división. 4. Se transfiere a un útero para su completo desarrollo. Véase a ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Derecho y manipulación genética (Calificación jurídica de la clonación)*, 2ª ed., Lima, Universidad de Lima, Fondo de Editorial, 1997, pág. 112, nota 35.

⁷⁴ A diferencia del espermatozoide el óvulo es una célula sexual más completa. Cuenta con un núcleo que contiene la información genética y con un citoplasma que le permitirá al nuevo ser alimentarse y desarrollarse. Dado que una pareja homosexual femenina no dispone de espermatozoides, y a fin de permitir la procreación entre ambas, procederemos a fecundar un óvulo con otro. La técnica de fecundación con gametos femeninos se realizaría con los siguientes pasos: 1. A los óvulos obtenidos se les retiran las zonas pelúcidas protectoras. 2. Se ponen en contacto los núcleos. 3. Se les coloca en una zona pelúcida vacía. 4. Se transfiere a un útero para su completo desarrollo. Véase a ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Derecho y manipulación genética (Calificación jurídica de la clonación)*, *op. cit.*, pág. 112, nota 36.

⁷⁵ LUIS MIGUEL ALICANTE SÁNCHEZ, “Nacen los primeros gemelos españoles de un padre sin espermatozoides”, en <http://www.abc.es> (23 mayo 2000). En Alicante (España) se ha conseguido con éxito el primer nacimiento de gemelos con una técnica que permite tener hijos a varones que carecen totalmente de espermatozoides. Víctor y Adrián se han convertido en los primeros gemelos de España nacidos de la utilización de espermátides, células precursoras de espermatozoides. Otros investigadores trabajan en esta línea, pero utilizan espermatozoides primarios, que son todavía más inmaduros que los espermátides. El objetivo es asegurar la paternidad genética del varón sin espermatozoides. El método utilizado por estos especialistas permite a los varones, con anomalías en el proceso de maduración de los espermatozoides, tener hijos con su dotación genética. De esta forma, los expertos afirman que se abre una nueva esperanza para muchas parejas que presentan problemas de fecundación por la carencia de espermatozoides en el varón.

embrión resultante tendría dos padres genéticos masculinos y una madre biológica que sería a quien se le implantaría el mismo. Esta técnica podría llamarse transferencia del núcleo ovular⁷⁶.

§ 40. CLON

El clon es producto de la moderna tecnología reproductiva, pero no por ello deja de ser un sujeto de derecho⁷⁷.

La clonación⁷⁸ es una forma de reproducción asexual mediante la cual se crean individuos idénticos tanto biológica como genéticamente, es decir, que comparten el mismo genoma. El hecho es que el clon no surge de una fecundación directa, de allí que se discuta acerca de su naturaleza jurídica.

Los tipos de clonación son:

- La natural, es producida por el propio organismo viviente. Se da cuando una célula se divide (se fisiona), formando 2 ó más embriones. Es el caso de los gemelos univitelinos.

- La artificial, es producto de la voluntad del hombre. En este caso la fecundación se realiza de manera asistida, extracorpórea y atípicamente, logrando engendrar de forma asexual un ser cuya característica es tener un código genético compartido con su genitor.

A su vez, la clonación artificial se presenta como:

La autorreproducción, tiende a reproducir a un ser humano ya existente. Este proceso consiste en la enucleación de un embrión y sustitución de su núcleo por el de otro embrión o de alguna otra célula.

La reproducción gemelar, busca engendrar individuos genéticamente idénticos entre sí. Este método se basa en seccionar el ovocito fecundado *in vitro*, a fin de obtener embriones iguales.

La partenogénesis, este método permite el desarrollo del ovocito mediante técnicas de estimulación nuclear, sin la presencia de espermatozoides. En este proceso no hay fecundación.

Los casos en los que se ha utilizado, o se ha pensado aplicar la clonación, han sido los siguientes:

⁷⁶ “La clonación permitirá que dos hombres tengan un hijo”, en *La Vanguardia Digital* (26 septiembre 2000). “Las parejas masculinas podrían concebir hijos, dice científico británico”, CNN en Español, 25 septiembre 2000.

⁷⁷ Un juez de un alto tribunal de Londres sentenció el 15 de noviembre de 2001 que un organismo creado con técnicas de clonación no es un embrión y no puede estar incluido en la Ley de Fertilización Humana y Embriología, modificada para autorizar la clonación terapéutica. Véase *ABC.ES*, 16 noviembre 2001.

⁷⁸ Véase a VARSÌ ROSPIGLIOSI, *Derecho y manipulación genética*, *op. cit.*, págs. 85 y ss.

Con fines de investigación no reproductivos: el cultivo de embriones idénticos, estudio y conocimiento de la célula y avances en la investigación terapéutica.

Con fines reproductivos: para suplir la infertilidad, creación técnica de gemelos y crioconservación de ovocitos clonados, para permitir a las parejas homosexuales tener descendencia.

Con otros fines no reproductivos: estudio del desarrollo embrionario, creación de un banco de órganos clónicos para trasplantes, crear vida para salvar otra vida y con fines eugenésicos para mejorar las razas. Los casos de trasplantes han sido los más justificativos respecto de esta técnica y se aduce que el medio embrión o hemiembrión podrá ser congelado y en su momento producir tejidos del mismo, a fin de trasplantarlos a su gemelo (clon de repuesto).

Si estos casos se presentan, se generaría un irreversible desfase biológico y social, aparte de representar un atentado directo contra la persona y la humanidad.

Según los tipos de clonación que pueden realizarse, la manipulación estaría dada en el caso de: la autorreproducción, en la enucleación del embrión y transferencia o sustitución del referido núcleo. En la reproducción gemelar, en la vivisección del embrión. En la partenogénesis, en la activación y desarrollo del óvulo por medios técnicos.

Así mismo, la mayoría de estos casos son acompañados con transferencias de los embriones clonados para su gestación en mujeres portadoras, surgiendo otra forma de manipulación genética en la etapa de la gestación (la cesión de útero).

La clonación vulnera los siguientes principios naturales:

- El principio del origen natural de la vida, en el sentido de que la vida humana surge de una manera directa mediante la fecundación.
- El principio de selección biológica y de heterogeneidad, por el cual el ser humano se presenta como único, singular e irreplicable desde el momento de la singamia. La clonación ocasionaría una transfiguración de la antropología, que como consecuencia generaría uniformidad y empobrecimiento genético por pérdida de variedad en la especie humana, lo que originaría una monotonía genética. Como método de reproducción, contraría normas morales, éticas y naturales, el orden público, las buenas costumbres y la paz social. Es un ilícito que pueda ser considerado como delito biológico al atentar directamente contra la individualidad y unidad del ser humano.

§ 41. QUIMERA

Es el embrión producto de la unión (de la fusión) de otros embriones, es decir, su proceso de surgimiento no es propiamente la fecundación directa, sino que ha sido generado como consecuencia de la conjunción de dos o más em-

briones. Su paternidad es indeterminada, puesto que su código genético es, como su propio nombre lo indica, un mosaico de líneas generacionales de los progenitores (bipaternidad o multipaternidad) que participaron en la fecundación de los embriones padres.

Al igual que el clon, en los procesos de quimerización se discute la naturaleza jurídica de la vida creada partiendo de la idea de que no siendo consecuencia de una fecundación directa no se puede hablar de un inicio jurídico de la vida humana.

§ 42. HÍBRIDO

Es el intercambio de material genético de diferentes especies y se le conoce también como transespeciación. Los híbridos, conjuntamente con los procesos de clonación y las quimeras, representan otras desviaciones en el uso de las técnicas de reproducción asistida mediante procesos de manipulación genética.

Un ejemplo sería introducir material genético procedente de monos antropoides en un embrión humano y conseguir así seres híbridos de gran fuerza física y que estarían en la frontera de ambas especies.

Estos procesos de hibridación han sido utilizados para la creación de células estaminales, en el sentido de que existiendo un déficit y dificultad para conseguir óvulos humanos se ha recurrido a óvulos enucleados de cerdos en los que se ha insertado el núcleo de una célula humana a efectos de conseguir de dicho embrión (casi humano) los productos biológicos necesarios⁷⁹.

Es necesario considerar en el proyecto genoma humano, la investigación genética asociada con el mismo y el nuevo Proyecto de Diversidad del Genoma Humano, como oportunidades para avanzar en los derechos humanos, alertán-

⁷⁹ Tokio, "Un científico desata la polémica al fusionar células humanas y de vaca". Un experimento realizado por un investigador de la Universidad de Tokio, que ha fusionado una célula humana y un óvulo de vaca, provocó ayer críticas del gobierno de Japón, que considera poco ético este estudio y muy similar a las manipulaciones utilizadas en clonación. El profesor Setsuo Iwasaki asegura que solo pretendía estudiar las células sanguíneas involucradas en la leucemia, en <http://www.abc.es> (9 noviembre 1999). A. AGUIRRE DE CÁRCER, "Dos empresas crean una técnica de clonación que fusiona óvulos de cerdo y células humanas", en <http://www.abc.es> (10 julio 2000). Dos empresas, *Stem Cells Sciences* (Australia) y *BioTransplant* (Estados Unidos) reconocieron el 8 de julio de 2000, tras una denuncia pública de la asociación ambientalista Greenpeace, que solicitaron en Europa la patente de una técnica de clonación terapéutica destinada a obtener tejidos para trasplantes, en la que se fusionan óvulos de cerdo y células humanas. Sin embargo, estas compañías niegan la acusación de que pretenden crear seres vivos que sean híbridos de cerdos y humanos, solo buscan mecanismos para obtener células madres para lograr tejidos para trasplante. Un artículo interesante y precursor en nuestro medio fue "El zancudifante y la choriirafa", escrito por el profesor de química RAÚL OLIVARES ÁNGELES, en *Antorcha*, revista de los cadetes del Colegio militar Leoncio Prado, 1976, pág. 26.

dose contra la producción de híbridos, que debido a los avances de la biotecnología ha llevado a la creación de verdaderos monstruos, y eso es algo que atañe a toda la humanidad.

§ 43. EMBRIÓN “EX UTERO”

El caso del embrión no implantado ha implicado la postulación de diversas opiniones acerca de su naturaleza jurídica, habiéndose argüido que:

- No estando anidado, carece de las condiciones necesarias para permitir el desarrollo del ser humano, de allí que no deba ser considerado jurídicamente aún como vida humana.
- Es un estado biológico que se encuentra paralizado, y como tal no indica ninguna probabilidad de vida.
- Es una vida humana que, independientemente de la forma como ha sido creada y la espera de su traslado a la pared uterina, merece la protección jurídica como sujeto de derecho.

La situación es clara. Si partimos del criterio general de que la vida humana se inicia con la concepción, desde dicho momento debemos garantizarla. No puede permitirse diferenciaciones acerca de la forma, medio o situación biológica del embrión para atribuirle su categoría natural, ser un sujeto de derecho.

Sin mayor trascendencia en cuanto a la directa protección que debe tener la vida humana desde su inicio, resulta interesante la denominación y clasificación que ensaya el profesor griego ISMENE ANDROULIDAKIS DIMITRIADIS⁸⁰, quien indica que, no es correcto referirse como embrión al ser humano no nacido, lo más conveniente es utilizar la terminología de *nasciturus*, es más, debe tenerse en cuenta los diversos estadios de la vida, de manera tal que la terminología que propone es:

- *Nasciturus*, para el embrión *in utero*.
- *Pronasciturus*, para el embrión *ex utero* (caso especial de los crioconservados).
- *Surro nasciturus*, para el embrión transferido a tercera persona (caso de la maternidad subrogada).

§ 44. “ORITURUS”

Es un término creado para restringir la naturaleza jurídica de la vida humana, permitiendo la manipulación genética sobre aquellos embriones que no

⁸⁰ Tercer Simposio sobre Bioética, Comunidad Europea (Strasbourg, 15-18 diciembre 1996). Véase “Bioética: Persona por nacer: tutela jurídica; alcances; condición del ovocito pronucleado”, en *El Derecho*, 2000, t. 185, pág. 436.

cuentan con las características necesarias, ni suficientes para permitir una vida. En términos definidos, *oriturus* es aquel embrión que carece de viabilidad, de los elementos biológicos necesarios que le aseguren su desarrollo.

La doctrina se refiere al *oriturus* como aquel embrión o feto que es clínicamente no viable, es decir, una potencialidad humana que no tiene posibilidades de desarrollo embriológico, que carece de elementos genéticos suficientes para permitir la continuación y desarrollo de la vida. Concretamente, aquella vida que adolece de una inviabilidad relativa. Puede nacer, sí, pero con deformidades (esperanza de vida defectuosa).

Este término es utilizado en la jurisprudencia constitucional española así: “Solo autoriza la donación y utilización de embriones o fetos que sean clínicamente no viables (*id est*, potencialidades humanas que no tienen posibilidad de desarrollo embriológico y, por tanto, no son en estricto sentido *nasciturus*, sino *oriturus*) o estén muertos”⁸¹.

§ 45. “MORITURUS”

Es aquel embrión que carece de signos vitales reales, lo que derivará en una muerte inevitable. Adolece de una inviabilidad absoluta, produciéndose como consecuencia lógica un aborto natural y necesario (esperanza de muerte).

En estos casos estamos frente a un ser humano que solamente espera su deceso, su muerte ante la ineptitud fisiobiológica de que adolece, la que se producirá a los pocos momentos de nacer.

Este estado o defecto biológico no implica una devaluación de la calidad de *ser humano* y de *ser jurídico*. Por el contrario, esta vida es consecuencia de una concepción y, por tanto, digna de protección. No podemos adelantarnos o justificar atentados sobre la misma bajo la excusa de que la misma va a extinguirse por su inaptitud para desarrollarse *per se*.

Es de indicar que científicamente se producen embriones inviables, que no tienen ninguna condición para llegar a crecer y formarse, so pretexto de justificar experimentaciones. Tal es el caso de embriones creados mediante procesos de poliespermia, es decir, óvulos fecundados por más de un espermatozoide, cuya consecuencia natural será indefectiblemente su aborto, o los embriones anencéfalos (sin cerebro)⁸². Estos embriones especiales o productos

⁸¹ S. T. C. 212 de 1996, de 19 de diciembre (Pleno). *Recurso de inconstitucionalidad* núm. 596 de 1989 referida a la ley 42 de 1988 sobre “Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos”. Ponente: magistrado don Pedro Cruz Villalón (B. O. E. de 22 enero 1997).

⁸² Esta es una alteración congénita cuyo resultado es la ausencia de hemisferios cerebrales y estructura ósea del cráneo. Se ha calculado que en 1990 en Alemania nacieron cerca de 500 niños con este defecto.

biológicos (como se les llama médicamente) representan un extraordinario potencial para la *bio* y las técnicas de trasplantes.

§ 45 A. ANENCÉFALOS

Muy aparte de todo, el caso de los anencéfalos tiene una connotación. Un importante portal jurídico⁸³ puso en conocimiento de la opinión pública un fallo trascendental en pro de la vida. El caso era determinar si es admisible la inducción al parto de un bebe anencéfalo. Las decisiones en Argentina no eran homogéneas, pues en enero de 2001, la Corte Suprema de Justicia de la Nación autorizó la inducción al parto de una mujer que venía gestando un feto con anencefalia. El alto tribunal resolvió la cuestión con cinco votos a favor y tres en contra.

Recientemente se presentó un caso idéntico en la provincia de Buenos Aires. El Tribunal de Familia número 2 del Departamento Judicial de La Matanza admitió el pedido y autorizó a la dirección del Hospital Italiano para que procediera a la inducción del parto. Esta resolución fue recurrida por la Asesora de Incapaces mediante la interposición de un recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley. En este estado el expediente llegó a la Suprema Corte de la provincia.

Esta máxima instancia bonaerense hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto. Revocó la sentencia impugnada y desestimó la autorización solicitada, en una sentencia que contó con el acuerdo de los jueces Pettigiani, de Lázari, Negri, San Martín, Ghione y Laborde; y la disidencia de los ministros Pisano, Hitters y Salas.

La posición de los magistrados de la mayoría se sustentó en las consideraciones formuladas por el doctor EDUARDO JULIO PETTIGIANI:

“a. ... Lamentablemente, sin duda como producto de la angustia, dolor y frustración que le ha producido la situación en que se ha visto inmersa, la propia madre de la criatura cuyo destino se ha colocado en manos de esta Corte, ha perdido conciencia —a pesar de percibir sus movimientos fetales— de que lo que lleva en su seno es un ser humano vivo, refiriéndose a él despectivamente como “eso”... Sentimiento por cierto contrapuesto al que explicó haber experimentado otra madre ante un caso en el que se advierte una marcada analogía con el presente donde habiendo decidido aguardar el tiempo del parto natural, refirió encontrarse ante “... una beba que estaba viva, en la panza se movía y pateaba como cualquier otra persona. Así quedamos muy contentos por haber vivido con alegría el momento del nacimiento, junto a la tristeza de que muriera...”

”b. Puede concluirse, en consecuencia, de todo lo expresado que en definitiva, induciendo y de tal manera anticipando el curso natural del proceso de

⁸³ Sentencia obtenida de <http://www.diariojudicial.com> (4 julio 2001).

parto, no estamos haciendo otra cosa que provocando la muerte precoz de un ser humano por el solo hecho de ser diferente a la mayoría de sus congéneres... Condenándolo a muerte y ejecutándolo por una suerte de delito que creamos: el de padecer anencefalia. ¿Con qué autoridad podemos después negar la procedencia de la pena de muerte para los autores de delitos aberrantes, si la estamos imponiendo para seres inocentes que ningún mal han hecho a la sociedad salvo el de haber sido generados con anomalías por aquellos que ahora piden su exterminio?

”c. ¿En qué se diferencia esta cosmovisión de aquella que sustentaba que había razas superiores e inferiores? El ser humano enfermo, el supuestamente ‘inviabile’, el que tiene una enfermedad incurable, o dicho en términos que hemos visto repetidos en la sentencia traída a conocimiento de esta Corte, el que se encuentra transitando ‘un proceso de muerte’ podría ser eliminado sin más trámite que el de constatar la aflicción que provoca a sus congéneres (obviamente los ‘sanos’) el tener que soportarlo.

”d. Entonces nos encontraríamos con dos clases de hombres: los ‘sanos y los enfermos’ —la raza buena y la antirraza en el *Mithus (Der Mithus des XX Jahrhunderts*, de ALFRED ROSENBERG, 21ª/22ª ed., München, Hoheneichen, citado por el presbítero doctor ENRIQUE RAU, en *El racismo nacionalsocialista y el cristianismo*, Buenos Aires, Ed. Gladium, 1939, pág. 21)—, de las cuales únicamente la primera merecería preservarse, de tal manera que en palabras de Adolfo Hitler ‘solo hay un derecho sagrado y este derecho es al mismo tiempo el más sagrado de los deberes: cuidar de que la sangre se conserve pura’, para así asegurar que sean solamente los ‘sanos’ quienes conformen la población humana (la cita, recogida en la obra de ENRIQUE RAU, pág. 20 pertenece a la obra *Mein Kampf*, ed. 97-101, 1924, Verlag Franz Eher Nachfolger, Munchen)”.

Los votos de la disidencia se sustentan en los fundamentos del ministro Juan Carlos Hitters. quien, entre otras cosas, expresó lo siguiente:

“a. Debe computarse que en el fallo recurrido se ha tenido por acreditado, en conclusión fáctica irrevisable —como se dijo— en principio que la queja no logra conmover, que: el feto es portador de una anencefalia...; en el presente caso las malformaciones que presenta son letales e irreversibles para él, tanto intrauterinamente como extrauterinamente; la vida posnatal se encuentra reducida a minutos u horas, y solo en pocos casos puede prolongarse solo por días...; existe daño psicológico en la madre, y se incrementan los riesgos durante el embarazo y proceso de parto...; consecuentemente, la salud de la peticionante de autos está amenazada en forma grave y actual, teniendo en mira los dictámenes médicos obrantes en la causa.

”b. Entiendo necesario destacar, además, que no le asiste razón a la recurrente cuando afirma —en la conclusión de su queja— que ‘la inducción del parto no conduce a la vida del feto, sino a su muerte’. Porque en el *sub examine*, como ha quedado explicado, el fallecimiento del *nasciturus* no sería una consecuen-

cia de ninguna acción humana, sino de su trágica condición que, por la patología que porta, no le permite subsistir con autonomía.

”c. Por último —y a modo de síntesis—, quiero dejar en claro dos pautas fundamentales que son la pilastra de mi decisión: por un lado, que no se autoriza a matar, solo a adelantar —en no más de 15 a 25 días— el parto; y por otro que desde la perspectiva ética el Comité de Bioética del Hospital Italiano ha considerado que esta práctica —en el especialísimo y particular caso de autos— es moralmente aceptable”.

Indiscutiblemente el tema de la viabilidad está presente en el fallo. La situación real es determinar si los elementos biológicos, estructurales o genéticos de un ser humano son indispensables para otorgarle la calidad de sujeto de derecho. En estos casos de anencefalia estamos frente a un ser humano que solamente espera su deceso, ante la ineptitud fisiobiológica que adolece, la que se producirá a los pocos momentos de nacer. Debemos tener presente siempre que ha de protegerse la vida como tal y no limitarla su a su calidad.

§ 46. “CONCEPTURUS”

De acuerdo con el derecho de las personas es sujeto de derecho el concebido.

La doctrina nacional denomina como tal al *nasciturus*, que es el que está por nacer. Sin embargo, es preciso determinar que existen subcategorías como el *conceptus*⁸⁴, que es propiamente el concebido y el *concepturus* o *concepturi* que es aquel que será, que habrá de ser concebido. Es parte de la idealización de la persona, todavía no existe física ni biológicamente, pero puede atribuírsele relaciones jurídicas válidas sujetas a determinada modalidad.

El *concepturus* es una institución propia del derecho sucesorio y en la actualidad se ha llegado a zanjar en la doctrina y en la jurisprudencia en el derecho comparado, que el mismo tiene vocación sucesoria, es decir derecho a ser heredero o legatario. Tal es el caso contemplado por los Códigos Civiles de Alemania, Bolivia (arts. 1108, III, y 1122), Italia, y en especial el de Colombia (art. 1019) al indicar que es sujeto de derecho sucesorio, estableciéndose un plazo máximo de treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión para su existencia física. Como bien analiza LOHMANN LUCA DE TENA⁸⁵ nuestro Código Civil ni admite ni rechaza la posibilidad de instituir a un *concepturus* como heredero o legatario, siempre y cuando exista un plazo para superar la incertidumbre del momento a ser engendrado y que se produzca su nacimiento con vida.

La institución del *concepturus* ha adquirido mayor relevancia jurídica como consecuencia general de las técnicas de reproducción asistida, y en especial de

⁸⁴ En la terminología biológica se le conoce como *conceptus* al embrión de 4 células.

⁸⁵ GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA, *Derecho de sucesiones*, vol. XVII, t. I, Lima, PUCP, 1992, pág. 49.

la crioconservación de gametos, pues implican un atentado contra la existencia vital y el correspondiente *status* jurídico.

En este sentido, el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 considera que pueden suceder (art. 2229, inc. c) quienes nazcan dentro de cuatrocientos ochenta (480) días de la muerte del causante a consecuencia de una procreación médicamente asistida con gametos crioconservados del causante o de la crioconservación de un embrión tomado con gametos de aquel, procediéndose una vez ocurrido el nacimiento con vida, a la modificación de la transmisión de la herencia con efecto retroactivo al momento de la muerte del causante. Esta norma propuesta rescata la esencia protectora respecto del *concepturus*, pues a pesar de que en los gametos no existe una nueva vida, individualizada que merezca especial protección, la técnica utilizada sobre ellos, esto es, la crioconservación, ha tenido como finalidad una futura fecundación, es decir, la creación en tiempo esperado de un ser humano al cual le corresponde por derecho natural su vocación sucesoria. Pero el Proyecto unificado de Código Civil y Código de Comercio argentinos (1 noviembre 2001) que regula en el artículo 2193 a las personas que pueden suceder, no ha considerado este inciso referido a la calidad de heredero de los embriones crioconservados.

§ 47. GEMELOS SIAMESES

Las nuevas técnicas de intervención quirúrgica para lograr la separación de los siameses han hecho surgir el viejo dilema acerca de la naturaleza jurídica de los siameses. En otros tiempos su deformidad o carácter teratológico llegó a implicar procesos de marginación e incluso de exterminación.

Determinado el tipo de siamés, debemos preguntarnos si se trata de dos personas o de una sola.

Analicemos algunos casos:

— Si son dos cuerpos completos, pero que se encuentran unidos y comparten órganos elementales hablaremos de dos sujetos de derecho.

— Si es un solo cuerpo con dos cabezas, partiendo del análisis existencial de la vida, diremos que serán dos seres humanos, cada quien con su mundo interior.

— Si son dos cuerpos que nacen de una misma cabeza, será un solo ser humano.

El tema es complicado, más aún si para salvar la vida de un siamés debe sacrificarse al otro, sea porque tiene menos esperanza para sobrevivir, o sea porque carece de órganos propios. La discusión ya se ha planteado⁸⁶, incluso

⁸⁶ “Sacrificarán a una niña siamesa para salvar a su hermana (*Los médicos debaten cuál tiene más posibilidades de vivir*), <http://www.elmundo.es> (13 diciembre 2000).

“La siamesa Milagros debe morir para que sobreviva Marta”, <http://www.el-mundo.es> (26 mayo 2000). Ya se ha opinado al respecto “Me han interesado los artículos que Juan Manuel

ha llegado a los estrados judiciales⁸⁷ y las decisiones que pueden tomar los padres para llegar a dicho momento no son unánimes⁸⁸.

§ 48. CADÁVER

Si bien para el derecho el cadáver es un objeto de derecho especial, digno de la más amplia protección, respeto y consideración, debe tenerse en cuenta que los procesos biotecnológicos están incursionando sobre este elemento humano, de allí que la garantía jurídica sobre el mismo deba ser reconsiderada. No debemos preocuparnos solo por el tema de los actos de libre disposición y los trasplantes de órganos *post mortem*, sino que es necesario plantearse las hipótesis legales a efectos de regular las experimentaciones genéticas que se practican en los cadáveres, que son realmente peligrosas⁸⁹ para la especie humana.

§ 49. HUMANIDAD

El desarrollo en el área de la biotecnología ha otorgado invalorable beneficios y en muchos casos, también, irreparables perjuicios que repercuten no

de Prada, primero, y, después, Manuel Cobo del Rosal, han publicado acerca de la sentencia británica sobre las siamesas. Pero no estoy de acuerdo con su aprobación de la sentencia. Sus argumentos discurren con finura analítica y buena lógica. Pero, a mi entender, ambos yerran en considerar a la siamesa no viable como un mero conjunto de tejidos y no como un ser humano. Por eso, no ven reparos éticos en extirpar lo que consideran como un simple tumor. Pero, después de haber visto la imagen de las dos siamesas unidas, yo no sería tan contundente como ellos en aventurarme a afirmar que esa niña no es un ser humano. Por muy limitada e inviable que sea por sí sola—al carecer de determinados órganos vitales— y por muy fastidioso que sea su inculpable parasitismo respecto de su hermana, esa criatura es una siamesa, es decir, una persona distinta de su hermana, que no puede lícitamente ser eliminada ni para salvar a esta. Estamos ante un límite ético semejante al que se ha producido con los 14 embriones fabricados para salvar a su hermana y que fueron eliminados. Puede ser lícito hacer un bien, aunque de él se derive indirectamente un mal, que no se quiere, sino que se tolera o permite. Pero la dignidad humana nunca permite hacer directamente un mal para obtener un bien, matar a un ser humano para salvar a otro: y esa siamesa no es un tumor sino una siamesa. Véase “Una siamesa no es un tumor”, en *Hispanidad*, núm. 81, 23 octubre 2000.

⁸⁷ RAFAEL RAMOS, “Un tribunal británico ordena que se separen las siamesas contra la voluntad de los padres (los jueces consideran que el derecho a la vida de Jodie, la única melliza que tiene corazón, hígado y pulmones propios, es prioritario)”, *La Vanguardia*, 23 septiembre 2000.

⁸⁸ Padres de siamesas no apelarán el dictamen judicial que ordena separarlas, <http://cnenespanol>, (28 septiembre 2000).

⁸⁹ “Una secta estadounidense consigue recaudar cien millones de pesetas con la finalidad de clonar un bebé muerto”. La clonación se ha convertido en la inspiración para una nueva secta, “Los Raelinaos”, cuyos seguidores quieren acelerar lo que consideran un camino para la “vida eterna”, en PEDRO RODRÍGUEZ, <http://www.abc.es> (10 noviembre 2000).

solo en el ser humano como sujeto de derecho individual, sino también en su medio ambiente, en su entorno ecológico, así como en sus congéneres, es decir, la repercusión es difusa y atenta contra la humanidad en general.

En este sentido, es necesario proteger de manera efectiva a la humanidad y ello se viene logrando bajo la teoría de asumirla como un nuevo tipo de sujeto de derecho colectivo, dado que la misma está esencialmente formada por seres humanos. Así la protección se da a la especie más que al individuo, pero, indiscutiblemente, lo beneficia de manera indirecta, dado que se busca conservar la esencia e integralidad de la especie y de su medio.

Ya no se piensa solo en el individuo, sino en la colectividad, no en el *homo*, sino en el hábitat. Es más, este esquema de categorización de la humanidad como sujeto de derecho robustece la teoría del *concepturus* en el sentido de que siendo la humanidad un ser jurídico ideal, entre los que se considera a todos los seres humanos, incluso a las generaciones futuras o venideras⁹⁰, merece una cautela jurídica especial.

Este similar razonamiento se ha venido logrando bajo el principio de que el genoma humano es patrimonio de la humanidad, y como tal merece la más amplia protección⁹¹.

Tengamos siempre presente que el genoma es la base de la humanidad y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y de la biodiversidad.

⁹⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos de las generaciones futuras (Unesco, 1994), Declaración sobre las responsabilidades de las generaciones actuales sobre las generaciones futuras (Unesco, 1997).

⁹¹ Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos, art. 1º.

CAPÍTULO CUARTO

INTEGRIDAD GENÉTICA

La integridad del ser humano es en sí la característica propia, el contexto corporal y funcional que como sujeto de derecho le corresponde a la persona. Es una virtud natural que tiene todo ser humano, la cual le permite mantener su cuerpo sano, sin ningún tipo de afección o disminución. La ley, al consagrar este derecho individual, protege la integridad de la especie humana y al genoma, no específicamente a la humanidad, ya que, como dice MARÍA DOLORES VILA-CORO¹, necesitamos un sujeto a quién atribuir la titularidad del derecho, no siendo suficiente la persona (que de hecho ya lo es), sino que hace falta un vínculo real (la especie humana) la cual no debe confundirse con la humanidad. El fundamento de los derechos de la especie humana es su propia dignidad, entendida como excelstitud o índole *sui generis* que la sitúa en un plano superior a lo puramente orgánico.

En ese sentido, la *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*² (art. 1º), así como otros documentos y autores vienen proponiendo considerar, en sentido simbólico, al genoma patrimonio de la humanidad, cosa que no debe ser, pues el genoma no constituye un patrimonio común ni individual, no es una cosa o un bien, sino que es parte de la especie humana, de la vida en sí. Compartimos la opinión de MARÍA DOLORES VILA-CORO³ en el sentido de que se debe proclamar a la especie humana como sujeto de derecho y titular del derecho a la integridad de su genoma para así poder preservar los derechos de las generaciones futuras. El genoma humano es un elemento constitutivo, no es un patrimonio común, pertenece a la propia especie humana.

El derecho genético se encarga de brindar normas de seguridad a la integridad fisiológica y genética de la persona humana. En este punto brinda pro-

¹ MARÍA DOLORES VILA-CORO, "La integridad del genoma: un derecho de la especie humana", en *Diario ABC*, Madrid, 9 marzo 1997, pág. 36.

² *La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*, Unesco, 29ª Conferencia General, París, 11 noviembre 1997. Respecto de este documento internacional es importante señalar que si bien no tiene un carácter vinculante "constituye, no obstante, la base jurídica internacional en la que deberán apoyarse los Estados cuando quieran aplicar, en su legislación nacional, los principios enunciados en la Unesco". Citado por GIORGIO FILIBECK, "Reflexiones en torno a la Declaración de la Unesco sobre el genoma humano", en *L'osservatore Romano*, de 16 enero 1998, núm. 3, pág. 12 (36).

³ *Loc. cit.*

tección al cuerpo, regula la investigación y estudio sobre el ser humano, los procedimientos de la intervención genética, limita la manipulación y ampara al genoma humano en su conjunto.

Es necesario tener en cuenta que la persona no solo es cuerpo, sino también tiempo y espíritu, es decir, vivencias e interrelaciones, de allí que la protección que ha de brindar el derecho debe ser integral.

Sección I. *La investigación y la experimentación humana*

§ 50. GENERALIDADES

La investigación científica es la búsqueda de conocimientos nuevos y se realiza por medio de la *observación* o *experimentación*. La *observación* es la forma de ver o apreciar determinados fenómenos, pero sin interferir en su proceso natural. La *experimentación* es todo lo contrario: no es una actitud pasiva como la de la observación, sino más bien activa y dirigida, básicamente, a manipular o intervenir directamente componentes u organismos.

Las ciencias aplicadas, mediante la investigación científica (género) y de la observación y experimentación (especie), se han encargado de estudiar directamente al ser humano. Sin embargo, la Iglesia, organismos internacionales y algunos países sustentados en reglas generales y principios naturales, han determinado en contundentes documentos las consecuencias de las investigaciones científicas y el avasallamiento de la ciencia sobre el ser humano. Uno de los más importantes instrumentos en esa dirección es *la Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación* (Ciudad del Vaticano, 1987)

La *Instrucción* citada utiliza indistintamente los términos investigación y experimentación para referirse a la intervención y aplicación de las ciencias biológicas en el hombre, pero precisa el correcto significado que se le otorga a cada uno de estos términos:

“Por *investigación* se entiende cualquier procedimiento inductivo-deductivo encaminado a promover la observación sistemática de un fenómeno en el ámbito humano, o a verificar una hipótesis formulada a raíz de precedentes observaciones.

”Por *experimentación* se entiende cualquier investigación en la que el ser humano (en los diversos estadios de su existencia: embrión, feto, niño o adulto) es el objeto mediante el cual se pretende verificar el efecto, hasta el momento desconocido o no bien conocido, de un determinado tratamiento (v. gr., farmacológico, teratógeno, quirúrgico, etc.)”⁴.

⁴ *La Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación* (ciudad del Vaticano), Lima, Edit. Salesiana, 1987, pág. 16 (véase nota aclaratoria).

Con ello apreciamos que el desarrollo de la biociencia se presenta como un inminente peligro para la integridad del hombre, circunstancia que explica que sea necesario poner límites a la investigación biológica y sus aplicaciones. Es aquí donde el derecho debe intervenir en salvaguardia de los valores y principios fundamentales de la persona.

En este sentido, debe reglamentarse las actividades biocientíficas fijando normas para su utilización, estableciendo sanciones penales para responder a los casos de manipulación o abuso en las técnicas de reproducción asistida.

§ 51. PROCEDIMIENTOS DE LA INTERVENCIÓN GENÉTICA EN EL SER HUMANO

El profesor argentino ENRIQUE CARLOS BANCHIO⁵ señala cuatro procedimientos o niveles potenciales de intervención genética en el ser humano, bien mediante la terapia génica o la manipulación:

A) *La terapia génica de las células somáticas*

Destinada a la corrección de defectos genéticos en las células somáticas de una persona. Este procedimiento es llamado también *genoterapia somática* que solo tiene que ver con las células del cuerpo (soma) y no afecta para nada la herencia.

B) *La terapia génica de la línea germinal*

Consiste en la inserción de un gen en las células reproductoras con el propósito de corregir la anomalía en su futura descendencia. Llamada también *genoterapia germinal*, su procedimiento está dirigido a las células reproductoras masculinas y femeninas. En estos casos toda alteración se transmite de generación en generación, pues el patrimonio genético del reproductor fue modificado.

C) *La manipulación genética perfectiva*

Similar a la anterior, pero su fin es mejorar un determinado carácter somático de la persona (estatura, color de ojos o de piel).

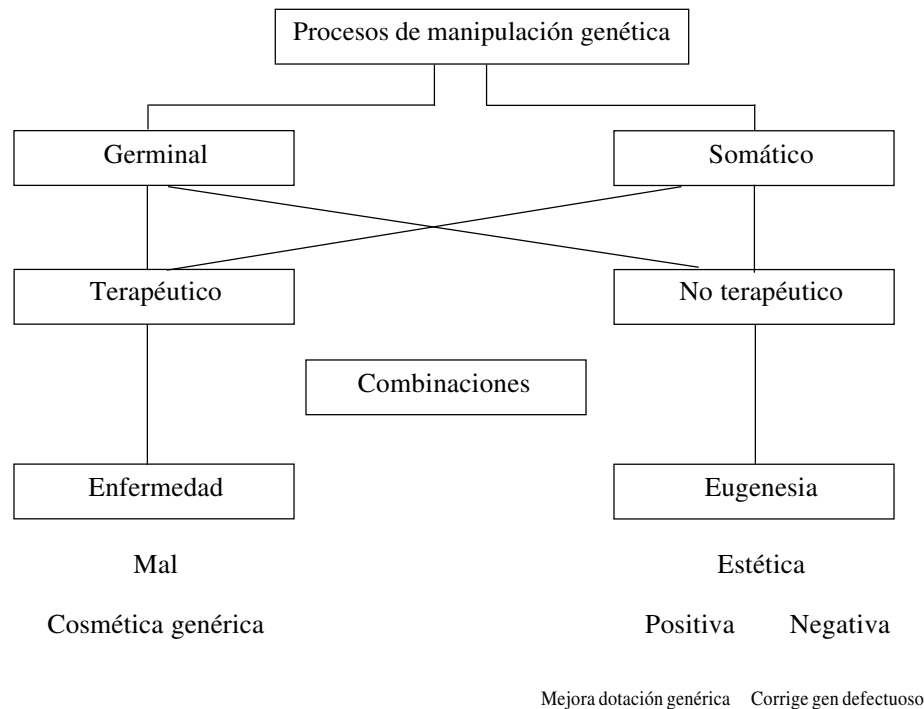
D) *La manipulación eugénica*

Busca mejorar las características humanas codificadas por un gran número de genes determinantes de los rasgos específicos de la personalidad, la inte-

⁵ ENRIQUE CARLOS BANCHIO, "El Proyecto genoma humano frente a la ética y el derecho", en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, vol. III, Córdoba, Edit. El Copista, 1994, págs. 957 y 958.

ligencia, el carácter, etc. Podemos entonces apreciar que la intervención genética o experimentación puede realizarse sobre las células somáticas, sexuales, sobre los genes de la persona o sobre embriones humanos, que van a ser implantados, o con los embriones sobrantes.

Así mismo, existen los llamados procesos de modificación genética, los que pueden ser realizados de la siguiente manera:



Como refieren RODRÍGUEZ LUÑO y LÓPEZ MONDÉJAR⁶, los fines de la investigación son diversos, por mencionar algunos: mejorar el conocimiento del desarrollo del cigoto antes de la implantación y después de ella; el desarrollo de las técnicas de ingeniería genética que permitirían corregir en un futuro los errores genéticos; perfeccionar el conocimiento de la fisiología embrional; la producción de tejido embrional que, dada la ausencia de histocompatibilidad, podría servir para reparar tejidos adultos alterados por fenómenos patológicos o también para remediar defectos genéticos enzimáticos; así mismo, está dirigida al diagnóstico de la hipofertilidad masculina.

⁶ A. RODRÍGUEZ LUÑO y R. LÓPEZ MONDÉJAR, *La fecundación "in vitro"*, Madrid, Edit. Palabra, 1986, pág. 49.

§ 52. LA MANIPULACIÓN GENÉTICA

“Mira la obra de Dios: porque
¿quién podrá enderezar lo que Él torció”.

ECCLESIASTÉS, 7:13

El término manipular es definido por el *Diccionario de la Lengua Española* de la siguiente manera: “*Manipular*. (Del lat. *manipûlus*, ‘manejo’, ‘unidad militar’, y en b. lat. ‘el ornamento sagrado’) tr. Operar con las manos o con cualquier instrumento. 2. Trabajar demasiado una cosa, sobarla, manosearla (...)”⁷.

Podemos dar dos definiciones de manipulación genética⁸: una técnica y otra ética.

Técnicamente (o en su aspecto específico), la manipulación genética es aquel procedimiento que intenta modificar, o alterar el patrimonio genético de un ser viviente⁹, ora en su integridad ora en sus sustancias o componentes. Es la intervención o instrumentación¹⁰ directa para dirigir o alterar un organismo, que produce consecuencias dañinas y altera su esencia natural.

Éticamente (o en su aspecto genérico), es aquella investigación que sin implicar una variación en el genoma, atenta contra las leyes de la naturaleza y los principios vitales.

Manipular es, entonces, una maniobra sobre la estructura biológica o genética del ser humano que lesiona, desconoce y conculca sus derechos. Cualquiera que sea su fin y utilidad, presente o futura, siempre afectará la dignidad de nuestra especie. Esta es una concepción ampliamente admitida en defensa de la vida y en pro de la humanidad. Ahora bien, es de considerar que pueden realizarse actos de manipulación genética con fines terapéuticos, es decir, que variando o alterando las leyes naturales del organismo se busque evitar un mal o defecto en el individuo.

⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Madrid, 1992, pág. 1310.

⁸ ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Derecho y manipulación genética (calificación jurídica de la clonación)*, op. cit., págs. 62 y 63.

⁹ *Idem*, “El derecho genético (su influencia en el derecho de las personas y en el derecho de la familia)”, en *Los diez años del Código Civil peruano*, 1ª ed., Lima, Universidad de Lima, 1995, pág. 156.

¹⁰ ÁNGEL SANTOS RUIZ utiliza este sustantivo en vez de manipulación. Su sustento es que al derivarse “... de la palabra latina *instrumentum*, que supone un conjunto de piezas combinadas adecuadamente para que sirva con determinado objetivo; también equivale a aquello de que nos servimos para hacer una cosa. Creo que así la denominación instrumentación genética, comporta un significado inequívoco y consonante con el empleo que ha hecho, y hace, el hombre de los alucinantes descubrimientos en tan específico campo” (véase del autor citado, *Instrumentación genética*, Madrid, Edit. Palabra, 1987, pág. 7).

En este sentido, vemos entonces que en la actualidad la manipulación genética puede tener un fin beneficioso o positivo, sea eugenésica o terapéutica. El problema surge cuando para determinar o aplicar dichos resultados se han realizado experimentaciones previas muchas de las cuales son atentatorios a la esencia humana.

A) *Características*

“El hombre, una especie en peligro”

RAMÓN MARTÍN MATEO

La manipulación genética, como comúnmente se le ha entendido, tiene determinadas características que la convierten en un procedimiento típicamente negativo para el hombre y la vida humana en sí, la que al tener un carácter sagrado rechaza todo tipo de intervención tendente a dirigir los principios y leyes naturales. Por ello, se refiere que las principales características de la manipulación genética son:

- Es un fin para la técnica en la que se utiliza al hombre como un medio.
- Es una intervención no terapéutica.
- Atenta contra la identidad, integridad, individualidad y dignidad del ser humano.
 - Es un acto ilícito al ser contrario a la naturaleza.
 - Atenta contra el bien de la familia.
 - Lesiona los derechos del ser humano.
 - Es un acto injustificado. De por sí no trae ningún beneficio para la humanidad.
 - Es una práctica infrahumana y antihumana.
 - Busca transformar, modificar y alterar la naturaleza del ser humano (v. gr. crear factores hereditarios irreversibles).
 - Equivale a daño.
- La intervención no debe estar dirigida necesariamente a los genes. Basta que sea una técnica perjudicial y selectiva para que implique una manipulación (la inseminación artificial realizada para seleccionar el sexo es un típico caso de manipulación)¹¹.

B) *Fines*

La utilización y aplicación de la manipulación genética en el ser humano no siempre va en provecho directo e inmediato del mismo. Sirve para canalizar

¹¹ Véase a ALEJANDRO TORO DEL MARZAL, “La reproducción asistida. Elección de sexo”, en *Cuadernos Jurídicos*, Barcelona, Edit. Fontalba, núm. 22, septiembre 1994, págs. 52 a 70.

experimentos negativos que por su esencia son contrarios a la naturaleza y a la dignidad del ser humano, llevando implícita una presunción de ilegalidad. De esta manera, sus fines y objetivos atentan contra el ser humano, so pretexto buscar fundamentalmente el desarrollo científico.

Sin embargo, como ya hemos indicado, determinados procedimientos de ingeniería genética, si bien intervienen directamente en la esencia del hombre, marcan pautas básicas para encontrar la cura o el tratamiento a taras, dolencias o defectos en el ser humano. Sin este tipo de experimentaciones sería difícil el avance de la ciencia en campos como el de la terapéutica, área en la que se permite la manipulación, pero dirigida a fines humanitarios y objetivos definidos en futuro provecho del hombre, sin transgredir los derechos propios del ser humano en el momento de realizar las intervenciones.

C) Tipos de manipulación genética

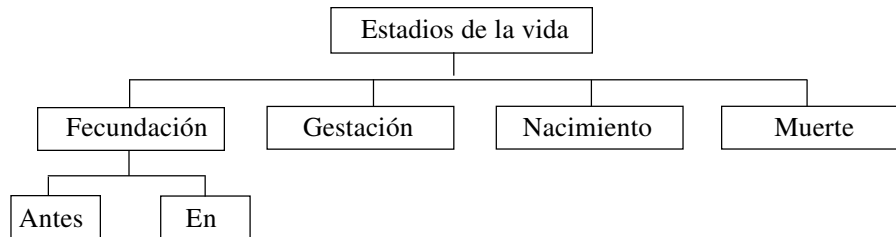
“Procrear es experimentar con el azar”.

JEAN ROSTAND (Premio Nobel de Biología)

“... Padre, perdónalos, porque no saben lo que hacen”

LUCAS, 23:34

Los casos de manipulación genética se pueden presentar en los siguientes estadios biológicos de la vida¹²:



Explicemos algunos casos:

a) *Antes de la fecundación*. Se realiza de manera especial sobre los gametos.

- Mediante el descarte, cultivo o tratamiento de gametos, lo que implica actos experimentales en las células sexuales.

- Crioconservación prolongada de células sexuales, este procedimiento independientemente de paralizar el contenido vital de los gametos lleva a la descronologización del momento de la fecundación natural.

- Mezcla de componentes genéticos, que se lleva a cabo por medio de la inseminación confusa, mixta o combinada, que se representa mediante el cóctel de semen, y da lugar a fecundaciones de paternidad indeterminada.

¹² Véase a VARSÍ ROSPIGLIOSI, “Biogenética vs. derecho”, en Diario Oficial *El Peruano*, 29 abril 1993, sec. B, pág. 14.

- Alteración del genoma es la variación de la esencia genésica del organismo viviente.

- Transgénesis, los seres transgénicos son aquellos que en estado embrionario han recibido material genético exógeno mediante métodos artificiales. El material genético que incorpora es incluido en un vector (plásmido o virus)¹³. Es de tenerse en cuenta que la transgénesis puede realizarse, también, transfiriendo genes foráneos a determinados gametos.

- Cesión de material genético, espermatozoide y óvulos (ovodonación), esto lleva a la confusión en la determinación de la filiación al intervenir una tercera persona que facilita su material genético para la técnica de reproducción asistida.

- Seudofecundación, espermatozoide con espermatozoide, óvulo con óvulo, óvulo con espermatozoide (proceso primario del espermatozoide), óvulo con células adultas¹⁴, óvulo con espermatozoides artificiales¹⁵; estos casos biológi-

¹³ JORGE ARÉVALO, “Clonación y transgenia vs. reproducción sexual: fundamentos biológicos”, en 1^{er} Foro nacional *Los desafíos de la clonación y la transgenia a la humanidad*, Lima, Academia Nacional de Medicina, 17 diciembre 1998.

¹⁴ *Crean embriones sin el aporte masculino*. Se realizó un experimento con ratas en Australia: aplicaron técnicas para reducir el número de cromosomas. El óvulo fue fecundado con células adultas divididas por la mitad; si es exitoso permitiría concebir sin gametos masculinos. El embrión se formó con un óvulo y parte de una célula del mismo animal. El próximo paso es probar si logran implantarse en el útero. “Ni siquiera las técnicas más arriesgadas de fecundación asistida han jamás intentado algo igual, pero ahora un equipo de la Universidad Monash de Melbourne, Australia, parece haber logrado que sea posible concebir un hijo sin necesidad de utilizar espermatozoides. Los investigadores australianos, dirigidos por la doctora Orly Lacham-Kaplan, han obtenido embriones de ratones a partir de óvulos (esto no tiene nada de extraño) y de células provenientes de cualquier parte del cuerpo (y aquí radica el evento extraordinario). Se abren así escenarios inquietantes, como aquellos que prometen a dos mujeres poder concebir utilizando el óvulo de una y parte de una célula cualquiera de la otra. Estas últimas células, llamadas *somáticas*, tienen un patrimonio genético de 46 cromosomas, el doble de aquellas especializadas en la reproducción de la especie, es decir, óvulos y espermatozoides, que poseen solamente 23 porque de su fusión durante la concepción deriva el bagaje genético del futuro individuo, mitad de la madre y mitad del padre. El singular experimento, del que dio noticia la cadena inglesa BBC, por ahora dio lugar a embriones *in vitro*, pero el paso sucesivo será transferir esta vida potencial en el útero de madres subrogantes, con la esperanza de que éstos se implanten, ocurra el embarazo y nazcan ratoncitos vitales y sanos”. Franca Porciani, *La Nación*, 12 julio 2001, Milán (*Corriere della Sera*).

¹⁵ *Producirán espermatozoides artificiales (fertilidad asistida: ensayan una técnica controvertida)*, en *La Nación*, Argentina, 21 enero 2002. Londres (*The Sunday Times*). Las parejas de lesbianas pronto podrían tener chicos que compartan los genes de ambas integrantes utilizando una técnica de fertilidad que se está desarrollando en Estados Unidos. Consiste en tratar células tomadas de una mujer y convertirlas en espermatozoides artificiales que fertilizarían los óvulos de la otra. Científicos del Instituto de Genética Reproductiva de Chicago afirman que ya están probando la técnica en óvulos humanos y que el sistema podría estar listo en dos años. Esta tecnología fue desarrollada para permitirles a hombres que carecen de espermatozoides —por ejemplo, por causa de tratamientos de radio o quimioterapia para tratar el cáncer— tener hijos.

cos buscan la creación de una vida sin una concepción propiamente dicha, son antinaturales y su única finalidad es el tecnicismo en los procesos de reproducción.

- Comercio de gametos, este sería un acto ilícito y contrario a las buenas costumbres, pues recae sobre sustancias que están fuera del comercio.

b) *En la fecundación.* Toda aquella experimentación de embriones con fines distintos a la procreación propiamente dicha, como los siguientes casos:

- Clonación, que es propiamente fisión embrional, es decir, el acto mediante el cual se generan individuos idénticos. Ahora bien, la técnicas de clonación han tenido tal avance que puede generarse la duplicación genética de un organismo adulto e, incluso, ya es un éxito los procesos de paraclonación o clonación parcial que sirven para generar cuerpos celulares similares, esto con fines terapéuticos.

- Destrucción de cigotos o embriones cultivados y no anidados (embriocidio), en el campo penal peruano existe un vacío legal acerca de la punibilidad en la exterminación de los embriones *ex utero*, lo que viene generando toda una industria con estos seres humanos que son tratados como meros materiales genéticos.

- Cultivo de embriones más allá del límite de la anidabilidad con muerte inevitable (embriotrofia letal).

- Fusión o entrecruzamiento de genes, creándose las quimeras o mosaicos genéticos que son embriones de paternidad múltiple al haber sido consecuencia de la sumatoria o amalgamiento de dos o más embriones.

- Procesos de hibridación, que es propiamente la fecundación interespecies, es decir, traer a la vida aquellos seres mitológicos o crear nuevas especies (realizado con éxito en el reino animal: Cabreja, Universidad de Cambridge, 1985 y Ternera-Quimera 963.041, Escuela veterinaria de Hannover). La ley 35 española sobre técnicas de reproducción humana al referirse a la investigación y experimentación autoriza el *test del hamster* para evaluar la capacidad de fertilización de los espermatozoides humanos hasta la fase de división en dos células del óvulo del hamster fecundado, momento en que se interrumpirá el test, prohibiéndose otras fecundaciones entre gametos humanos y animales, salvo las que cuenten con el permiso de la autoridad pública correspondiente, o, en su caso, de la Comisión Nacional multidisciplinar, si tiene competencias delegadas (art. 14, 4).

- Crioconservación de embriones, que de por sí implica un acto que atenta contra la dignidad del embrión al cual se le paraliza su proceso vital a la espera de ser implantado en el momento que la voluntad de la madre o la del médico tratante lo determine.

- Fecundación o inseminación no consentida, es similar a un acto de violación en el cual a una mujer sin su voluntad se le inyecta el material genético fecundante.

- Fecundación *post mortem*, esta técnica surgió luego del dominio del congelamiento de semen humano sin pérdida de su valor fecundante. En esta debe tenerse en cuenta la fecha en la cual se realiza para rescatar la vigencia de la presunción *pater est*, así como la formalidad en el consentimiento hecho en vida del marido o cedente o, en su caso, prohibirse como lo hace la ley alemana y la sueca.

- Fecundación o inseminación realizada en mujeres solteras, lo que cada día va en aumento, así tenemos que, los expertos estiman que el 75% de las mujeres ‘solas’ inseminadas en España son lesbianas¹⁶.

- Obtención de embriones por lavado uterino, esto con la finalidad de selección o utilización industrial o cosméticos de los embriones.

- Modificación artificial del genoma humano mediante la selección de sexos, caracteres raciales, estatura, entre otros.

- Selección de sexo, por regla general está prohibida, sin embargo, la misma podría ser permitida para evitar la transmisibilidad de enfermedades hereditarias. En España, la Universidad Autónoma de Barcelona ha conseguido elegir el sexo de los hijos de una pareja para evitar que pudieran heredar la hemofilia, el Sida y la hepatitis C que tenía el padre. En 1998 solicitaron a la Comisión Nacional de Técnicas de Reproducción Asistida la autorización de un complejo proceso de fecundación *in vitro*, la que se realizó mediante un proceso de lavado de semen, fecundación *ex corpore* y diagnóstico preimplantacional de embriones¹⁷.

c) En la gestación

- Cesión de útero, como tal es un acto inmoral y antiético viciado de nulidad que por su invalidez no daría lugar a ningún tipo de reclamación de los padres genéticos para exigir su cumplimiento¹⁸.

- Gestación interespecies, que son aquellas realizadas en útero no humano.

- Gestación artificial o mecánica, es la denominada *ectogénesis* que busca realizar el proceso de gestación de una manera técnica, es decir, fuera del vientre humano, en una incubadora¹⁹.

¹⁶ *El Mundo*, El digital hoy (8 octubre 2000).

¹⁷ “Un equipo español selecciona el sexo de embriones para prevenir la hemofilia”, en <http://www.abc.es> (5 octubre 2000).

¹⁸ GRACIELA N. MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, *Bioderecho*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1998, pág. 76.

¹⁹ *Primer útero artificial, un paso hacia la deshumanización*. Entrevista con el obispo Elio Sgreccia. Ciudad del Vaticano, 11 febrero 2002 (Zenit.org). Un representante de la Santa Sede manifestó este lunes la preocupación de la Iglesia católica ante el anuncio de la creación de un útero artificial que podría desarrollar embriones humanos fuera del cuerpo de una mujer. Científicos del *Cornell University's Centre for Reproductive Medicine and Infertility* de Nueva York han creado, según informaba el británico *The Observer*, un prototipo de útero artificial

- Gestación varonil, llevar a cabo el proceso de gestación en varones.
- Gestación en cadáveres o en mujeres descerebradas.
- Reimplante de embriones abortados a los que se les ha reanimado o para permitir un proceso de desarrollo parcial con la finalidad de realizar, por ejemplo, trasplantes.

en el que albergaron las células que forman la mucosa interna del útero femenino. A continuación, el equipo, dirigido por la investigadora taiwanesa Hung-Ching Liu, implantó embriones humanos que se adhirieron a las paredes y comenzaron a desarrollarse durante seis días. En ese momento, según afirman los investigadores, el experimento se interrumpió. Los científicos pretenden repetirlo hasta llegar a los 14 días, período máximo permitido por la ley. El equipo científico afirma que ha puesto la base para una gestación fuera del seno materno. Andrea Riccardi Genazzani, presidente de la Sociedad Italiana de Endocrinología y Ginecología, se ha unido a las críticas que ha suscitado el experimento, afirmando: “Será imposible hacer desarrollar un niño fuera del vientre materno”. Explica que una cosa es mantener más o menos un embrión unos días y otra muy diferente un embarazo. Sobre el argumento ha intervenido en una entrevista concedida a Radio Vaticano el obispo Elio Sgreccia, vicepresidente de la Academia Pontificia para la Vida, quien ha definido el experimento como un paso hacia la deshumanización.

— ¿Qué opina de este experimento? Monseñor Sgreccia: nos encontramos en el camino que va hacia la deshumanización: ya no sólo se trata de procreación humana que tiene lugar fuera del acto de amor entre el padre y la madre, sino también fuera del cuerpo de la mujer. Se trata de un procedimiento puramente tecnológico, pero en perjuicio de una criatura humana. No hace falta esforzarse mucho para comprender que este artificio de laboratorio debe ser condenado, también con la ley. Ahora bien, de ahora en adelante, no sé quién podrá afirmar que el embrión humano no tiene una individualidad propia, una capacidad de desarrollo autónomo, dado que puede desarrollarse incluso fuera del cuerpo de la madre. Habrá que seguir reflexionando sobre la autonomía biológica y humana del embrión para pedir la protección de la criatura humana desde sus albores. Se crea una situación paradójica: por una parte se pone de manifiesto la auténtica naturaleza del embrión, su individualidad humana, su capacidad para desarrollarse de manera autónoma desde el momento de la fecundación; y, por otra, se le trata de manera inhumana, dejándolo a merced de la tecnología.

— El experimento no sólo olvida la relación biológica entre la madre y el hijo, sino también la psicológica... Monseñor Sgreccia: se priva de la plenitud de la comunión con la madre a quien tiene que desarrollarse: si es verdad lo que siempre han dicho los psicólogos, y que yo creo (el estado emotivo, el subconsciente, se desarrolla en la fase prenatal en el intercambio con la madre), entonces en este caso la deshumanización es paradójica y grave.

— En esta ocasión, la comunidad científica en general se ha declarado contraria al “útero artificial”... Monseñor Sgreccia: claro, y espero que estas exageraciones replanteen estas cuestiones entre toda la comunidad científica, y que en algunas naciones, que todavía no tienen leyes sobre procreación artificial se recupere el pleno sentido humano del origen de la vida humana, que debe ser fruto del amor del padre y de la madre, así como del momento sagrado en el que comienza la relación de paternidad y de maternidad.

— Pero, ¿es posible dedicar energías y fondos a favor de una investigación que respete al ser humano? Monseñor Sgreccia: claro que sí. Nos esforzamos por hacer comprender a los investigadores que existe otro camino: analizar las causas de infertilidad, curar el cuerpo del hombre y de la mujer, para que recuperen la capacidad natural de procrear y poder dar la vida de manera más humana y natural. Se invierte poco en este sentido. Posiblemente se destinan con más facilidad fondos para explorar estos nuevos experimentos, en lugar de orientar la investigación hacia aquellos campos que ayudan a la fertilidad humana natural. Es suficiente la razón humana para comprender que nos estamos alejando de las auténticas metas de la investigación.

d) *Después del nacimiento*

- Análisis e intervención del genoma con fines eugenésicos o terapéuticos.

e) *Después de la muerte*

- La hibernación o criogenia con fines de futura resurrección.
- Clonación de cadáveres con la finalidad de recuperar al ser querido, lograr la resurrección del cuerpo y conseguir la tan ansiada vida eterna²⁰.
- Conservación de órganos, tejidos o sustancias corporales.

Como podemos apreciar, el ser humano puede ser manipulado antes de su nacimiento (interviniendo las células germinales o al concebido en sí), durante su vida (a la persona natural) y después de producida la muerte (al cadáver).

Pueden presentarse casos realmente extremos. En 1994, *Pascuale Bilotta*, ginecólogo italiano, realizó una fecundación humana utilizando parte del huevo de una gallina como terreno de cultivo para el crecimiento del embrión. En 1995, luego de la crioconservación, se anunció el nacimiento, el cual fue llevado a cabo en una madre sustituta, ya que su progenitora genética murió en un accidente de tráfico.

D) *Efectos*

“22. Si algunos riñieren, e hirieren a mujer embarazada, y esta abortare, pero sin haber muerte, serán penados conforme a lo que les impusiere el marido de la mujer y juzgaren los jueces. 23. Mas si hubiere muerte, entonces pagarás vida por vida. 24. Ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie. 25. Quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe”.

ÉXODO, 21:22, 23, 24 y 25

El problema que se avizora con la aplicación de las técnicas de manipulación es que al tener el mundo un orden en sí mismo, dichas manipulaciones pueden desencadenar una perturbación y variación irreversibles. Casos de hombres en serie, procesos de fertilización dirigidos o gestaciones rápidas y repetidas son experimentaciones que en nada beneficiarían a la humanidad, es más, traerían serios perjuicios.

Los casos de manipulación genética contrarían la paz social, el orden público y las buenas costumbres, razón por la que deben ser tipificados como delitos biológicos, ya que por el principio de la no extensión de las normas penales por analogía no es posible asignarles una sanción penal.

²⁰ Es la secta denominada Raeliana y ha formado una empresa llamada Clonaid que buscará el país donde no sea ilegal la clonación para llevar a cabo su técnica. “Una secta estadounidense consigue recaudar cien millones de pesetas con la finalidad de clonar un bebé muerto”, en <http://abc.es/abc/fijas/sociedad/023pa00.asp> (16 diciembre 2000).

Atentar contra la integridad del ser humano significa aceptar que se trata de un objeto que puede ser utilizado como un simple medio. Si el hombre es un fin en cualquiera de sus estados, entonces se ha de prohibir toda clase de manipulación como aplicación del principio de la no instrumentalización del ser humano.

E) *Planteamientos a favor y en contra de la manipulación*

Dada la gran difusión y utilización científica que se ha dado a la manipulación genética, existen dos sectores claramente definidos: los que defienden su aprobación y los que exigen su prohibición.

Quienes alegan estas posiciones sostienen, entre otras cosas, lo siguiente:

A favor:

- Permite encontrar el tratamiento y cura de diversas dolencias.
- Es un medio necesario para lograr el avance de la ciencia médica en beneficio del hombre.
- Con este método se tiende a desarrollar la eugenesia.

En contra:

- Atenta contra la identidad, individualidad e integridad del ser humano.
- Es una práctica degenerativa que vulnera los principios de la persona humana.
- No es un medio lícito ni justificativo, es ilícito.
- Solo responde a intereses científicos.

Sección II. *El genoma humano*²¹

“El día que se encuentre la información contenida en los genes veremos que la cara de Dios es la cadena de ADN”.
SANTIAGO GRISOLÍA (Genetista)

§ 53. NOCIONES PRELIMINARES

El cuerpo humano tiene, aproximadamente, un billón de *células* cada una de las cuales (salvo los glóbulos rojos de la sangre) contiene un núcleo que encierra *46 cromosomas*. Estos contienen filamentos enrollados que forman el *ADN* que, a su vez, cuenta con segmentos denominados *genes*.

Cada gen tiene una posición determinada (*locus*) y, aparte de gobernar el crecimiento, controlar las características físicas que heredamos y regir la super-

²¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, “Apuntes jurídicos acerca del genoma humano”, en Diario Oficial *El Peruano*, sec. B, Derecho Civil, Lima, 5 mayo 1993, pág. 15. Véase la investigación completa (del autor y con similar título), en *Ponencias I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1994, págs. 121 a 128.

vivencia del organismo, lleva consigo la información que marca el paso y ritmo de nuestra vida.

A la totalidad de los genes que componen el organismo humano²² (cerca de 30.000) se le conoce como genoma (dotación genética integral del individuo). La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, en su nota explicativa número 6, indica que “La noción de genoma humano remite a la vez al conjunto de genes de cada individuo —entendido en su doble aspecto de material genético (moléculas de ADN) y de información genética— y al conjunto de genes que constituye la especie humana”.

A inicios de la década del cuarenta se avizoraba la existencia de uno de los elementos básicos de la célula: el gen. En 1950, WATSON empieza a estudiarlo y tres años después, junto con CRICK, en Inglaterra, descubren la estructura del ADN. Posteriormente, en 1961, NIRENBERG comenzó a descifrar —leer— el código genético.

Estos cuatro avances genéticos marcaron la pauta para que en 1977 comenzara la ejecución del más ambicioso estudio de la genética actual: el proyecto genoma humano, oficializado en octubre de 1990.

§ 54. EL PROYECTO GENOMA HUMANO

“La vida está escrita en los genes”
Metáfora científica

El proyecto genoma humano, basándose en la genética molecular²³, tiene como objetivo primario conocer la cantidad exacta de genes que tiene el hombre, a fin de averiguar la información genética en ellos contenida.

De esta manera, al identificar y hallar a los genes culpables de las enfermedades, de las dolencias físicas o de las taras (presentes o futuras), se permitirá el acceso a la información genética que las ocasiona al fin de lograr mejores vías para su prevención, diagnóstico, tratamiento y curación. La medicina tradicional, conocida como medicina pregenómica pasará a ser la medicina genómica y la industria farmacéutica se convertirá en farmacogenómica, es decir, que

²² En inicio del proyecto genoma humano se partía de la idea que el organismo humano estaba compuesto por 100.000 genes, cifra esta que se ha visto reducida en más de una tercera parte cuando el 12 de febrero de 2001 se hizo la presentación pública del genoma.

²³ Como refiere EDUARDO A. ZANNONI (“El daño genético por transmisión de enfermedades”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Edit. Rubinzal-Culzoni, núm. 1, septiembre-diciembre 1992, págs. 143 y 144): “La moderna genética molecular se basa en la posibilidad de aislar los genes a través de la clonación o clonado. La aislación del ADN se hace a partir de cualquier tejido disponible, mediante una metodología de purificación, y ello permite determinar la base molecular de diversos desórdenes o enfermedades que se denominan enfermedades genéticas. Las enfermedades genéticas son, por eso, incurables, en general. El único modo de hacerlo sería en base a [sic] una terapia de reemplazo de genes”.

desarrollarán los fármacos a partir del genoma, teniendo como aliada a la informática con la creación y difusión de *microchips* y, en especial, del *microchip* genético que es un ordenador común, pero en lugar de leer datos numéricos, reconoce las secuencias químicas de la cadena de ADN que forman los genes, esto permite seleccionar y eliminar las células o secuencias biológicas no necesarias.

Como refiere ANDORNO²⁴, el acceso al genoma humano persigue dos grandes objetivos: 1) conocerlo, y 2) actuar sobre él mediante las terapias génicas.

El proyecto genoma humano propende al mejoramiento y calidad de la existencia humana, presentándose como un intento para definir e identificar bioquímicamente la vida por medio de un mapa de la naturaleza genética, proyectando dicha información en el tiempo.

Las pruebas genéticas que sirven actualmente para estos fines son: (a) las predictivas, que permiten descubrir un gen que provocará una enfermedad hereditaria, y (b) las preventivas, que revelan una propensión o probabilidad a ciertas enfermedades.

§ 55. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El beneficio del proyecto genoma humano es indiscutible: disminuir el sufrimiento humano combatiendo más de 4.000 enfermedades congénitas hoy incurables. Pese a ello, sus ventajas no se equiparan a las implicaciones de carácter ético, social ni jurídico, pues estas son mucho mayores. Como consecuencia, de lo visto, puede afirmarse que la investigación genética es un campo muy prometedor, pero presenta un lado muy oscuro en la manipulación genética. Sobre este punto CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO encuadra con exactitud “el parangón entre los posibles riesgos generados por las aplicaciones de los resultados del proyecto genoma humano y aquellos derivados de la energía atómica”²⁵.

La intervención del genoma convierte al hombre prácticamente en dueño de su propio destino, naturaleza y evolución genética, siendo capaz de diseñar su vida, pero perdiendo su identidad, individualidad e imperfección innata, convirtiéndose, más bien, en un ser programado o preparado por los intereses ajenos²⁶.

Efectivamente, desde el punto de vista jurídico el problema se centra en el uso, abuso y los justos límites en la utilización de la tecnología del ADN, así

²⁴ ROBERTO ANDORNO, *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, Edit. Tecnos, 1998, pág.133.

²⁵ CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, “La libertad y el genoma humano”, en *El derecho ante el proyecto genoma humano*, t. I, vol. I, Bilbao, Fundación BBV, 1993, pág. 257.

²⁶ Véase a BANCHIO, *op. cit.*, pág. 959.

como en las consecuencias de la aplicación de exámenes genéticos previos a una relación jurídica.

De una manera o de otra, el proyecto genoma humano puede atentar contra los derechos de la persona, debiendo fijarse, entonces, nuevos patrones de regulación y protección a la vida, a la libertad, a la identidad, al trabajo y en el trabajo, a la información, a la intimidad, a contratar y a tomar libremente un seguro.

§ 56. REPARACIÓN Y SANCIÓN

Los perjuicios que puede ocasionar en la persona la aplicación del proyecto genoma humano son inimaginables.

Por ello, es necesario determinar cómo se materializaría una indemnización: con un público desagravio, con una suma pecuniaria o con una nueva intervención genética, si el daño es reversible. En todo caso, el menoscabo o estropicio biológico ocasionado justificaría una forma especial de valoración y baremación del daño genético.

Pero, ¿qué pasaría si el daño es irreparable? Por ejemplo, cuando se ha truncado el normal desarrollo de la persona. Aquí es importante indicar la trascendencia del daño moral ocasionado a la persona frente a la aplicación de las técnicas biogenéticas, lo que ha generado la aparición de la denominada teoría del daño genético.

Anotamos que el uso inadecuado de estas investigaciones podrían tener consecuencias ilícitas al significar una manipulación genética que atenta contra la persona, y si fuera un delito, implicaría una sentencia condenatoria.

Como consecuencia de ello es que *la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos* indica, en su nota explicativa número 27, referente a los derechos de las personas interesadas, lo siguiente:

Los principios de la protección de las personas de las consecuencias de las investigaciones sobre el genoma humano se fundan en su conjunto de derechos, que se desprende directamente de los principios afirmados en la Declaración Universal de derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948:

- El derecho a la igualdad de tratamiento, cuyo corolario es el rechazo de toda discriminación.
- El derecho a la libertad individual, en el que se funda la exigencia del libre consentimiento.
- El derecho a la protección de la vida privada, que impone la protección del carácter confidencial de los datos personales.
- El principio de solidaridad entre los seres humanos y entre los países, corolario del derecho a disfrutar de los beneficios resultantes del progreso científico.

Estos principios que son los clásicos de la humanidad tienen un carácter vinculante y como tal exigen un respeto, de allí que sea preciso determinar el grado de afectación que implicarían los actos de manipulación genética.

§ 57. LÍMITES Y RESTRICCIONES ÉTICAS

El fin del Proyecto genoma humano, para proteger la esencia del hombre, debe ser únicamente descubrir la base genética de una enfermedad para prevenirla y combatirla. La utilización de la información genética deberá ser, por tanto, solo con fines terapéuticos; esto obligaría de inmediato a prohibir las investigaciones negativas al hombre.

El patrimonio genético del hombre, como la esencia fundamental de la humanidad, debe ser protegido al máximo, no pudiendo ser materia de ninguna manipulación que busque variar o alterar su esencia.

Debe evitarse la comercialización del uso de estas técnicas y la patentabilidad de la cura o tratamiento por medio de retrovirus de una secuencia genética descubierta, pues no puede ejercerse una propiedad intelectual frente a este avance genético, ya que está de por medio el desarrollo de la humanidad.

Como todo derecho de la persona, el derecho a la libre investigación científica no es absoluto. Todo investigador, en el ejercicio de su derecho, responde al deber genérico de respetar el interés social sin violar la seguridad pública, la libertad de cada ser humano, su vida, su intimidad ni su serenidad²⁷. Debe armonizarse de esta manera el derecho a la vida con la libertad en la investigación científica.

GRACIELA MEDINA DE RIVERA nos indica que debe prohibirse la modificación de células germinales, la selección de sexo, caracteres físicos o raciales; la utilización de datos genéticos con fines discriminatorios en el ámbito laboral, de seguros o educación; la patentabilidad de genes; la utilización de técnicas de diagnóstico prenatal para la selección de sexo; la revelación de los exámenes genéticos con vulneración del derecho a la intimidad²⁸.

En concreto, el proyecto genoma humano no debe afectar las normas relativas al orden público ni a las buenas costumbres.

Para el estudio de este proyecto se ha tomado en cuenta un sinnúmero de consecuencias éticas. Para su ejecución, las consideraciones serán mayores. Por ello el derecho y la legislación deben estar preparados y prevenidos, sobre todo porque mucho se ha hablado acerca de las consecuencias del proyecto genoma humano. Consisten las principales críticas en que “tiene un enfoque totalitario

²⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op. cit.*, págs. 267 y 268.

²⁸ GRACIELA MEDINA DE RIVERA, “Modernas cuestiones biotecnológicas y flexibilidad del Código Civil peruano”, en *Los diez años del Código Civil peruano: Balance y perspectivas*, 1ª ed., Lima, Universidad de Lima, 1995, págs. 208 y 209.

y reduccionista que descuida las interrelaciones del organismo humano, es decir, cae en el determinismo genético que impide el conocimiento integral del hombre como ente social”²⁹, situación esta que es contraria a los principios humanos de la ley.

En este sentido, si se logra triunfar en la transferencia de genes deberán existir duras limitaciones. Por ejemplo, células sobre las que no se podrán realizar este tipo de prácticas (caso de las sexuales) puesto que la manipulación o terapia realizada sobre los espermatozoides u óvulos transformaría las generaciones futuras³⁰. Igualmente, se deberá poner límites para la eugenesia, es decir, a la práctica médica que busca la creación y evolución de una raza superior (*perfect people*), lo que se logra modificando los genes (sea del crecimiento, del color de la piel o de las dimensiones corporales, etc.). Es más, actualmente “los análisis genéticos preconceptivos y el diagnóstico prenatal son un instrumental precioso que aporta la ciencia para la protección de la salud ... la propia terapia génica, pero que pueden ser utilizados en favor de estas corrientes, que han resurgido en la actualidad como la “nueva eugenesia” o “neoeugenesia”³¹.

En este sentido compartimos la opinión de JEAN MICHAUD, para quien “El hecho de fabricar así los embriones en el laboratorio, da ocasión de practicar sobre ellos ciertas intervenciones. Podemos distinguir ya las dos finalidades eventuales de los trabajos: o se atiende al interés del embrión y a la eliminación de enfermedades o minusvalías graves, o se intenta definir y después determinar al ser que vendrá, con la intención de conseguir el modelo ideal para sus padres o para las necesidades de una determinada sociedad. *El hombre que surge gracias al hombre pero fuera del hombre provoca la tentación de la eugenesia*”³² (El subrayado es nuestro).

Sección III. Documentos internacionales

§ 58. LOS DERECHOS HUMANOS ANTE EL GENOMA HUMANO

Con la conmemoración del 50º aniversario de la Declaración Universal de los derechos Humanos es preciso reflexionar acerca de la nueva dimensión de los

²⁹ ROSA ELVIA BARAJAS OCHOA y YOLANDA CRISTINA MASSIEU TRIGO, “El proyecto genoma humano. Un reto para la ciencia, pero un dilema para la humanidad”, en *Sociológica*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, año 12, núm. 35, septiembre-noviembre 1997, pág. 149.

³⁰ La *resolución del Parlamento europeo sobre problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética* (1989), refiere que: “Deberán prohibirse categóricamente todos los intentos de recomponer arbitrariamente el programa genético de los seres humanos” y “Exige la penalización de toda transferencia de genes a células germinales humanas”.

³¹ CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, “Genética y derecho”, en CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (editor), *Biotecnología y derecho. Perspectivas en derecho comparado*, Cátedra interuniversitaria de derecho y genoma humano, Bilbao, 1998, pág. 25.

³² JEAN MICHAUD, “Ciencia, ética y derecho”, en *Biotecnología y futuro del hombre: La respuesta bioética* 1ª ed. (Conversaciones en Madrid), Madrid, Edit. Eudema, diciembre 1992, pág. 37.

derechos frente al avance biotecnológico. Dentro de la jerarquización de los derechos humanos se encuentran los de tercera generación referidos al derecho al desarrollo, progreso y calidad, tal es el caso de la manipulación genética y la defensa del patrimonio genésico de la humanidad, que son protegidos como la esencia de la vida. BERGEL, sobre esta nueva dimensión de los derechos humanos, nos indica que “En los años ochenta se incorporan los derechos de ‘tercera generación’ que más que al resguardo de los derechos subjetivos del individuo apuntan a la solidaridad como norte orientador. Constituyen en su conjunto una respuesta adecuada a los problemas creados por la sociedad tecnológica... un cúmulo de temas relacionados con la vida y con la salud de los individuos surge por doquier: protección del medio ambiente, de la calidad de vida, planteamientos en torno al comienzo y fin de la vida, el sida, los derivados de la nueva genética”³³. Y en este sentido se ha venido trabajando y difundiendo el principio de que el genoma humano es patrimonio de la humanidad y como tal merece la más amplia protección.

Frente a los desbordantes avances científicos de la procreática, la genómica y la manipulación génica, la bioética ha tenido que replantear sus postulados, algunos países han dictado leyes y los organismos internacionales protectores de los derechos humanos se han pronunciado respecto al avance biotecnológico y su influencia en el hombre y en la humanidad. La Unesco, luego de crear en 1993 el Comité Internacional de Bioética, se pone a la vanguardia en el debate de la correcta aplicación de las ciencias médicas en el hombre y busca canalizar los alcances y fines del proyecto genoma humano, cuyo objetivo es encontrar la información contenida en los genes. La participación de este organismo internacional en el proyecto se da en tres niveles: 1. Coordinación e integración de los esfuerzos de la investigación internacional y la diseminación de los resultados, 2. En la participación de los países subdesarrollados, y 3. En la estimulación de los debates en los aspectos tanto éticos, sociales, legales y comerciales del proyecto.

§ 59. DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE EL GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS

La Unesco no solo ha venido participando como espectador en los descubrimientos del genoma. En su XXIX Reunión (París, 11 noviembre 1997) aprobó la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos que es el documento más importante que en materia de bioética se haya dictado, y si bien no tiene un carácter vinculante, es la base jurídica internacio-

³³ SALVADOR BERGEL, “Derechos humanos y genética: Los principios fundamentales de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 9, Bilbao, Universidad de Deusto, julio-diciembre 1998, pág. 39.

nal en que deberán apoyarse los Estados miembros cuando quieran contemplar en su legislación nacional reglas en materia de derecho genético.

Su objetivo esencial es fijar el marco ético de las actividades relacionadas con el genoma humano, a fin, de que no se vulneren los derechos humanos ni se limiten las investigaciones biocientíficas. Así, por vez primera, se fija en un texto el marco mundial de las implicaciones de la genética sobre el ser humano. Esta Declaración es un código de bioética universal y surge como consecuencia de que los Estados registraron el peligro que representaba la ausencia de normas internacionales en materia de bioética. La Declaración se basa en el respeto a la dignidad de cada persona frente a las investigaciones biotecnológicas sobre el genoma. En consecuencia, los principios en que se inspira coinciden con la Declaración Universal de los derechos Humanos al prohibirse el genoísmo o discriminación genética y el rechazo al determinismo genético, que es aquella corriente que tiende a fijar efectos o consecuencias partir de las características biogenéticas de las personas (derecho a la igualdad); el derecho al consentimiento previo a cualquier tratamiento, el derecho a saber o no saber los resultados y consecuencias de un examen realizado (derecho a la libertad individual); la confidencialidad de los datos genéticos (derecho a la intimidad); el disfrute de los beneficios resultantes de los avances científicos (principio de solidaridad). Así mismo, el derecho a una reparación justa como consecuencia de un daño genético.

El principal aporte de la Declaración es negar el reduccionismo genético, es decir rechazar la idea de un “todo genético” que pretenda atribuir todos los comportamientos humanos, individuales y sociales al solo determinismo biológico, con ello se fijan los límites a la discriminación por razones de la sobrestimación biogenética. En la misma línea consagra la regla que el genoma no puede dar lugar a beneficios pecuniarios.

El equilibrio de la Declaración lo constituye el respeto de los derechos fundamentales y el afán de garantizar la libertad de investigación, sustentándose en el hecho de que no todo lo que es técnicamente posible es éticamente aceptable. La Declaración es contundente al considerar que ningún criterio de carácter científico, económico, social o político puede primar sobre el respeto a los derechos humanos, a las libertades fundamentales y a la dignidad de la persona. Tiene como inspiración política buscar los medios para fortalecer la solidaridad mundial. Como documento universal insiste en fortalecer la solidaridad y cooperación entre los países, que en el campo de la genética abarca desafíos específicos como contar con recursos económicos, buscar estimular los trabajos sobre enfermedades raras y endémicas, promover una solidaridad activa con las personas vulnerables a deficiencias de tipo genético, dar prioridad a la promoción de la educación en materia de bioética. Su objetivo es perdurar en el tiempo. Que no deba modificar con cada descubrimiento, excepción hecha de clonación, dada las recientes prácticas realizadas, a la que califica como contraria a la dignidad humana.

§ 60. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA BIOÉTICA

La Comisión de derechos Humanos de las Naciones Unidas emitió el 28 de abril de 1999 la resolución 63 denominada “Los Derechos Humanos y la Bioética” en la que se presta especial interés por los siguientes temas:

A) *Los derechos del hombre*

El ser humano, por su naturaleza de ser libre y digno, tiene valores inherentes y derechos que le permiten su desenvolvimiento total e integral; es decir, la consecución o ejecución de ideales, iniciativas y proyectos. Estos derechos de la persona se sustentan en la exigencia moral de cautelar y respetar la dignidad del ser humano, brindándole una protección, un escudo o manto protector, en su desarrollo bio-psico-social.

Los derechos de la persona, como aclara NORBERTO BOBBIO “... no nacen todos en un momento. Nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que acompaña inevitablemente al progreso técnico, es decir, al progreso de la capacidad del hombre de dominar la naturaleza y a los demás, crea nuevas amenazas a la libertad del individuo o bien descubre nuevos remedios a su indigencia: amenazas que se desactivan con exigencias de límites al poder; remedios que se facilitan con la exigencia de intervenciones protectoras del mismo poder...”³⁴.

Así, el avance científico ha determinado que la vida humana experimente cada vez mayores y radicales cambios; el derecho, al no ser un “producto inmóvil, estático, perenne”³⁵, sino dinámico, fluido, cambiante, ya que “se nutre de la vida humana social en cuanto cultura”³⁶, ha ido adecuando sus instituciones y su normatividad en defensa de la persona, ofreciendo “la respuesta más idónea para solucionar lo que sucede y sucederá igual, con regulación o sin ella”³⁷, tomando como sustento principios generales y de esencia natural. Sobre este punto MARIANO GRONDONA³⁸ nos refiere que hay un principio, que podríamos

³⁴ Introducción a la obra *El tiempo de los derechos*, Madrid, Edit. Sistema, 1991, trad. de Rafael de Asís, pág. 18, citado por JESÚS P. RODRÍGUEZ en su artículo “El proceso de constitucionalización de una exigencia ética fundamental: El derecho a la intimidad”, en *Derechos y libertades*, núm. 3, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, año II, mayo-diciembre 1994, pág. 368.

³⁵ PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Nápoles, Edizioni Schentifiche Italiane, 1984, págs. 25 y 55.

³⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho y persona*, Lima, Eds. Inesla, 1990, págs. 23 y 24.

³⁷ ENCARNADA ROCA TRÍAS, “La incidencia de la inseminación y fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, en *La filiación a finales del siglo XX*, Madrid, Edit. Trivium, 1988, pág. 19.

³⁸ “Intransigencias y desvíos” (La Iglesia Católica y el sexo), en *Visión*, vol. 81, México, Casa Visión, Mariano Grondona editor, núm. 9, noviembre 1993, pág. 16.

llamar de orden universal, que es “el carácter sagrado de la vida humana” del cual se desprende que la esterilización, los métodos anticonceptivos, el aborto y la manipulación genética afectan directamente la unidad y la proyección vital de la persona al ser contrarios a su naturaleza y esencia, y que por tal razón estas prácticas deben ser drásticamente sancionadas en defensa del ser humano.

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO reflexiona como sigue: “La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su contexto o marco de convivencia. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera de los derechos humanos”³⁹. De esta manera, existiendo la llamada generación de derechos humanos: de primera (civiles y políticos), de segunda (los derechos económicos, sociales y culturales) y los de tercera generación (los derechos de solidaridad), la defensa del ser humano frente a los avances biotecnológicos y la manipulación genética deben encontrarse resguardada dentro de alguna de estas fases. Este autor encuadra conjuntamente con el derecho a la paz, a la calidad de vida y a la libertad informática, como derechos representativos de la tercera generación, el derecho a morir con dignidad, el derecho al cambio de sexo, el aborto libre y gratuito y las garantías frente a la manipulación genética.

B) *Los derechos clásicos y los nuevos derechos de la persona*

Los derechos se estructuran sobre los valores fundamentales como son la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad que más que derechos (son metaderechos de la persona), son la fuente o esencia para otorgar la protección y seguridad al ser humano⁴⁰.

Los cambios sociales y el desarrollo biotecnológico han determinado el desplazamiento de los clásicos derechos de la persona, así como la aparición de nuevos derechos. Este fenómeno se debe a que el ámbito de protección jurídica se ha mostrado insuficiente en ciertos casos.

Así tenemos, entre otros:

- *Derecho a la integralidad*, que protege la esencia genética y el genoma en toda su dimensión.

- *Derecho a la existencia*, busca proteger los elementos biológicos del ser humano que tienen un contenido vital (que no tienen vida en sí, pero sirven para producirla, (gametos, células *stem* o totipotenciales) y que merecen una protección especial.

³⁹ ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, “Las generaciones de derechos humanos”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, Madrid, 1981, pág. 206.

⁴⁰ La *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (28 septiembre 2000), sustenta su estructura normativa en la dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia.

- *Derecho a conocer el propio origen biológico*, a efectos de resguardar legalmente el derecho a la identidad de la persona, permitiendo el ejercicio de averiguar quiénes son sus progenitores, información que, por distintas causas, puede ser desconocida, estar en discusión o ser debatible.

- *Derecho a la investigación de la paternidad*, para cautelar el legítimo interés, facultando a todo sujeto a iniciar las acciones legales, a fin de averiguar su nexa filial.

- *Derecho a la intimidad genética*, fundamentado en la protección de la información más personal del hombre, la genética.

- *Derecho a saber*, sustentado en la facultad para conocer los resultados obtenidos de un *biotest*.

- *Derecho a no saber*, sustentado en la facultad de ignorar los resultados obtenidos de un *biotest*.

- *Derecho a la individualidad biológica*, a efectos de proteger la unicidad (ser único e irrepetible) y la unidad (ser una sola cosa) del ser humano.

- *Derechos reproductivos*, se dividen en los negativos (legitimando los métodos de planificación familiar) y los positivos (atendiendo a la aplicación de procesos asistidos para tener descendencia).

- *Derecho a sobrevivir*, el cual es una proyección al derecho a la vida, v. gr., el caso específico de los embriones crioconservados. Seres humanos a quienes, sin haberseles privado de la vida, han sufrido una paralización en su proceso fisiológico, para ‘reiniciarlo’ algún día, de verificarse ciertas circunstancias preestablecidas por otros. La dignidad del hombre impide estas prácticas.

C) *Los valores, los derechos y los deberes humanos*

La resolución 63 denominada “Los derechos humanos y la bioética” de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se sustenta en los siguientes principios:

Especial consideración debe tenerse al momento de legislar sobre un asunto tan amplio, delicado y cambiante como es el avance biotecnológico, la procreática y el análisis del genoma humano.

Cualquier dispositivo, por moderno o actual que se presente, puede caer en desuso o resultar inaplicable por una nueva técnica genética. A ello debe agregarse el hecho de que una normatividad sobre temas de bioética o derecho genético debe ser lo suficientemente precisa, pero a la vez amplia, a fin de proteger de manera efectiva al ser humano en su conjunto, de manera que pueda determinar los fines y propender al desarrollo de la biotecnología en pro del ser humano. En este orden de ideas, deberá considerarse la forma efectiva en la que ha de cautelarse las relaciones personales, así como los derechos y deberes de las partes intervinientes.

Su ámbito de acción deberá incidir en:

- Normas de protección de la vida y reguladoras de la relación biojurídica (derecho sustantivo).
- Normas de aplicación de los procesos (derecho adjetivo).
- Normas de represión y sanción (derecho penal).
- Normas de tramitación y homologación (derecho administrativo).

Una moderna regulación jurídica sobre el tema debe estar sustentada, más que en un sistema casuístico o detallista, en un sistema normativo principilista, cuyas raíces sean los valores ideales y, sobre todo, tener en cuenta la teoría de los derechos y deberes humanos ya que los mismos tratan de la protección del ser humano con fundamento en la equidad, la libertad, la justicia y la paz, que son la estructura sobre la cual se complementan la dignidad, la Igualdad y el desarrollo de la familia como célula básica de la sociedad.

Una normatividad sustentada en el valor humano tendería a la permanencia, evitando así su desactualización.

D) *Gozar de los beneficios científicos*

El derecho no puede poner freno o sentar escollos al avance científico, pero lo que no debe permitir es que dicho progreso se logre utilizando al ser humano como un medio para obtener un fin meramente económicos o utilitario.

Es uno de los deberes del Estado reconocer el derecho a la libertad de creación científica (Const., art. 2º, inc. 2º) así como facilitar el desarrollo científico y tecnológico en el país (Const., art. 14) de manera tal que se logren satisfacer efectivamente todas y cada una de las necesidades de las personas. En el mismo sentido, la ley general de salud parte del presupuesto de la promoción por parte del Estado de la investigación científica y tecnológica en el campo de la salud (art. xv).

El progreso y desarrollo de las ciencias, y para nuestro estudio en especial de las biociencias, es *por* el hombre y *para* el hombre. Ha de estar claro, y ser principio esencial, que el progreso científico es en beneficio del ser humano.

E) *No a los experimentos médicos ni científicos sin consentimiento*

En nuestro medio el marco legal de la experimentación científica la tenemos en la Constitución, ya que regula el derecho de la persona a su integridad moral, psíquica y física (art. 2º, inc. 1º). El Código Civil establece el carácter irrenunciable del derecho a la integridad física (art. 5º) y, en concordancia, indica la prohibición de los actos de disposición del propio cuerpo excepto en casos de estado de necesidad, orden médico o quirúrgico o por motivos humanitarios (art. 6º). La ley general de salud, en cuanto al tema especial del consentimiento informado del paciente, determina que toda persona usuaria de los servicios de salud tiene derecho a no ser objeto de experimentación para la aplicación de

medicamentos o tratamientos sin ser debidamente informada sobre la condición experimental de estos, de los riesgos que corre y sin que medie previamente su consentimiento escrito o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere, o si estuviere impedida de hacerlo (art.15, inc. d).

Como principio esencial en el derecho médico peruano⁴¹, la voluntad y libre determinación del ser humano es esencial en el tema de la investigación y de la experimentación médica.

F) *Proteger al niño de toda forma de violencia*

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño (Const., art. 4º), de allí que el Código de los niños y adolescentes garantice la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental (art. 1º).

Esta protección normativa se hace extensiva a la gran diversidad y formas de manipulación genética como la fecundación de embriones por mezcla de componentes genéticos, transgénesis, clonación, selección de sexo, procesos de hibridación, quimerización, crioconservación, cesión de útero, ovodonación, embriodonación, entre otros.

Establecer una tipificación penal para estas conductas contrarias a la integridad, dignidad e individualidad del ser humano es fundamental, ya que deben tipificarse estos métodos pretendidamente científicas como delitos tipo por manipulación genética o por manipulación ginecológica.

G) *Principio de ética*

El establecimiento claro y a la vez concreto de la moral (buen actuar) y de las obligaciones (relación facultad-deber) del hombre es un tema de especial interés al momento de evaluar el desarrollo biocientífico y sus aplicaciones en el ser humano.

En razón de ello, la regulación jurídica y la efectividad de las normas deben estar encuadradas en dos puntos de especial interés relacionados con la prestación de servicios profesionales y el *proceso* educativo:

- El principio de la ética en el ejercicio de la medicina. El desarrollo e impulso descontrolado de la biotecnología médica ha desplazado los cánones tradicionales y el juramento hipocrático por una actitud simplista y un criterio meramente efectista en el cual se toman en cuenta —de manera primaria— los resultados y no los medios empleados. Es decir, se prefiere el *fin* (los resultados) sin medir las *consecuencias* (los daños) que se producen en la esencia del ser humano y de la humanidad.

⁴¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Derecho médico peruano*, Lima, Universidad de Lima, 2001.

La correcta utilización de las técnicas y procesos médicos debe ser uno de los principales desafíos y preocupaciones de las universidades que deben reconsiderar o afianzar cursos obligatorios de bioética, así como de los colegios y gremios médicos que deben renovar o actualizar sus códigos deontológicos a efectos de lograr profesionales convencidos de la protección y tutela de la vida.

• El principio de la enseñanza de la medicina. Si partimos de un análisis normativo determinaremos que la formación ética y la enseñanza de los derechos humanos es obligatorio en todo proceso educativo (Const., art. 14), sin embargo, la enseñanza en general es impartida de manera muy amplia y no se ha centrado aún el tema de la bioética como un aspecto especial o de importancia en los planes de estudio.

Ahora bien, si partimos de la afirmación de que todo proceso educativo debe ampararse en el respeto de la dignidad y respeto del ser humano (Const., art. 1º) lograremos la finalidad de uniformar el proceso de aprendizaje y de educación en general, y en especial de la ética y su aplicación en la biomedicina.

H) *Las recomendaciones de la resolución*

La resolución no solo se dedica a presentar los problemas derivados del desarrollo biotecnológico, sino también que plantea recomendaciones que permiten lograr cautela y seguridad.

a) *Informar las tareas emprendidas para velar por los principios reconocidos en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano.* El éxito de la Declaración del Genoma depende básicamente de las tareas emprendidas por los Estados a fin de ponerla en práctica. Estas tareas deben ser claramente establecidas y previamente analizadas, midiendo sus objetivos y finalidades, así como sus logros mediatos e inmediatos.

Si bien la Declaración como instrumento internacional no tiene valor vinculante, pues solo constituye un compromiso moral para los Estados, entendido está que su objetivo es fijar el marco ético, moral, valorativo y humano de las actividades relativas al genoma, basándose en principios de carácter duradero. Es por esto por lo que los países miembros de la nesco deben asumir la responsabilidad de *poner en marcha la Declaración*, informando de los avances en la aplicación y ejecución de la misma. Solo así se podrá mantener vigente sus principios. La efectividad y permanencia de sus normas no depende de alguien en particular (individual), sino de todos los hombres (colectividad) por un compromiso personal e innato, proteger la especie humana. La reactualización y modernización de la Declaración del genoma es tarea de todos.

b) *Establecimiento de una política uniforme sobre bioética.* Los temas de bioética al ser esencialmente *humanos* son diversos y de por sí complejos.

Establecer lineamientos jurídicos claros, precisos y uniformes en esta materia no es asunto sencillo, pues la amplitud de su campo de acción dificulta una política *estándar* en el derecho comparado.

La regulación y normación jurídica de la bioética ha de estar sustentada en principios más que en casos concretos, pues que el avance científico es impredecible. Ello se logrará en la medida que se defina la política y los principios base que han de orientar la función del Estado en la materia.

c) *Señalar la importancia de las investigaciones sobre el genoma humano.* La investigación y el saber científico del genoma merece ser bien recibida por el ordenamiento social, pues *per se* implica un beneficio para el ser humano.

Hoy en día, y cada vez con mayor exigencia, es necesario conocer la verdadera esencia y magnitud del ser humano; los cambios en su medio —entiéndase hábitat— repercuten de una manera u otra en su integridad, salud y desarrollo. Conocer la conformación genésica del ser humano es útil y beneficioso, lo que resulta negativo y perjudicial es la utilización deliberada y utilitarista que se le puede dar al patrimonio genético humano.

Una correcta investigación sobre el genoma debe estar sustentada en los siguientes principios:

1. *Salvaguardia de los derechos de la persona.* La cautela y defensa de los derechos de la persona es un presupuesto básico en una sociedad sustentada en criterios democráticos, sociales e independientes y esto no es ajeno para nosotros, pese a estar de por medio el desarrollo biotecnológico, ya que es deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de las amenazas contra la seguridad (Const., art. 43).

La protección de los derechos de la persona resulta interesante si analizamos la efectividad de los medios de tutela vigentes en nuestro medio. Podría pensarse en acciones de garantía especialísimas para proteger el eventual (si no es actual) daño genético de que es pasible el ser humano, sobre todo tomando en consideración lo especialmente irreversibles e indemnizables que resultan este tipo de perjuicios.

2. *Proteger la dignidad, identidad y unidad.* La resolución analizada ha entendido como valores fundamentales del ser humano frente al desarrollo biotecnológico la siguiente tríada jurídica:

- *La dignidad.* El ser humano por naturaleza es digno, es decir, es merecedor, beneficiario y titular de protección jurídica. Este resguardo permite a la persona desarrollarse íntegramente en sociedad sin más reparos ni restricciones que el respeto por los derechos de sus semejantes. Se quiere una vida humana digna, exenta de cualquier tipo de determinismo genético.

- *La identidad.* El conjunto de atributos y características que permiten individualizar e identificar a la persona en sociedad, permitiendo que cada cual sea uno mismo, ser el que es, diferente de los demás es la identidad. Si bien cada uno de nosotros es un individuo único, diferente de todos los otros, no es solo un dato contingente del mecanismo de la reproducción sexual, sino también un

valor indispensable de nuestra cultura, como alega SANTIAGO BERGEL⁴². Y es aquí donde el avance genético y en especial las manipulaciones del genoma se presentan como un atentado significativo contra este derecho en la medida que se logra su alteración, modificación y falseamiento. Un caso especial es el de la clonación que trastoca la identidad ontogenética (individualidad) y filogenética (parentalidad)⁴³.

- *La unidad*. La unidad se sustenta en la solidaridad (comunidad) y en la hermandad (fraternidad) entre los hombres y los pueblos a fin de compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes, pensando en la especie y biodiversidad en general. Es decir, la gran idea que subyace de este principio es la de considerar a los hombres como una gran familia en la que los individualismos y protección personalizada deja paso a la cautela del conjunto humano. Esta unidad se funda en los principios indivisibles y universales de la igualdad y libertad, sobre el cual reposa toda democracia y Estado de derecho.

3. *Proteger la confidencialidad de los datos genéticos*. Siendo el genoma esencialmente información vinculada a la esencia propia del ser humano, esta merece un resguardo especial por parte del derecho, dado que no hay nada más confidencial (privado, reservado, secreto o interno) que los datos genéticos de una persona, de allí que actualmente se hable de un nuevo ámbito del derecho a la intimidad, el genético.

El derecho a la intimidad genética es parte consustancial de la dignidad de la persona y como tal se sustenta en dos principios:

- *Transparencia*. Su base es el conocimiento de la información, derecho a saber.

- *Opacidad*. Tiene como base la ignorancia o reserva, derecho a no saber.

d) *Trabajo coordinado del Comité Internacional de Bioética y de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías*. Quizás estemos en la antesala de una sociedad en la que la huella genética sea el *todo* del ser humano, y de esta forma empezaría una nueva era en la humanidad, la del determinismo genético en la cual dependeremos de nuestra información genética.

La sola presentación del carné de identidad genética impedirá conseguir trabajo o seguro médico a quienes tengan predisposición a enfermedades. De allí que, por ejemplo, científicos y organizaciones cívicas de Estados Unidos⁴⁴

⁴² BERGEL, “El proyecto de Declaración de la Unesco sobre protección del genoma humano”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 7, Bilbao, Universidad de Deusto, julio-diciembre 1997, pág. 50.

⁴³ VARSÌ ROSPIGLIOSI, *Derecho y manipulación genética (calificación jurídica de la clonación)*, op. cit., pág. 137.

⁴⁴ ROSA TOWNSEND, “Científicos y grupos cívicos de EE. UU. luchan contra la discriminación genética (seguros médicos y patronales han paralizado proyectos de ley que regulan la privacidad)”, en <http://www.elpais.es> (27 agosto 2000).

hayan mostrado preocupación sobre el tema, el cual ha sido canalizado por el Consejo Nacional para la Genética Responsable que ha documentado un promedio de 200 casos de discriminación laboral y médica. Se ha iniciado un movimiento para abogar por efectivos sistemas de control ante la revolución genética, pero los *lobbies* —aseguradoras y empleadores— son poderosos y están afiatados al tema de la libertad en la información y pretenden utilizar los datos genéticos con intereses de rentabilidad y producción. A estos intereses y apetencias se refiere CATALINA ARIAS cuando indica que “son tan poderosas las ambiciones científicas, económicas y políticas, tan competitivos los intereses de todo tipo en juego, entre ellos, cuantiosos financiamientos apoyando líneas de investigación y acción no deseables socialmente, que en el “Segundo Seminario sobre Cooperación Internacional para el Proyecto Genoma Humano: Ética”, VICKERS, representante de Gran Bretaña, sostuvo que “sería necesario a nivel internacional crear un *ius commune genomi humani*, integrando diversas disciplinas, que permitan vertebrar distintos convenios sobre la materia”⁴⁵.

Actualmente, toda persona enfrenta el dilema de elegir entre averiguar su riesgo de salud, perder su cobertura médica y hasta su trabajo. El miedo a este último es superior. Un estudio del Ministerio de Trabajo de Estados Unidos revela que el 65% de los trabajadores norteamericanos no se harían un examen genético si su empresa o seguro médico pudieran enterarse de los resultados, y un 80% harían lo posible por bloquear el acceso. Por su parte, la Asociación Nacional de Gestores de Empresas ha admitido que el 1% de las empresas revisa el historial genético de su personal.

Sin protecciones legales, la discriminación genética o genoísmo ascenderá a medida que los análisis se hagan de manera rutinaria y las historias clínicas se sigan manejando libremente, sin cautela de los datos que contiene. Las leyes en nuestro medio no impiden los exámenes genéticos ni para la contratación laboral ni para los contratos de seguros. La información y exámenes genéticos es una vía actual para reducir costos, justificando la denegación de contratos laborales o coberturas de seguro, alegándose condiciones *biológicas preexistentes*.

Esto debe ser combatido mediante un trabajo multidisciplinario en el cual se concrete la dimensión en la vulneración de los derechos de las personas y su inminente discriminación con el uso indebido de la información genómica.

§ 61. ORIENTACIONES PARA LA PUESTA EN MARCHA DE LA DECLARACIÓN

Dada la importancia de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los derechos Humanos se ha dictado un documento que contiene un con-

⁴⁵ CATALINA ARIAS DE RONCHIETTO, “Persona humana, ingeniería genética y procreación artificial”, en GUILLERMO BORDA (director), *La persona humana*, Buenos Aires, Edit. La Ley, 2001, pág. 25.

junto de orientaciones a fin de establecer los principios, pautas y reglas que han de tomar en cuenta los Estados en la aplicación de la Declaración, de manera real y efectiva. Por ello, es preciso establecer y asumir dichas pautas de trabajo, concordándolas con nuestro sistema y llevar a cabo los objetivos de la Declaración.

Entre las principales orientaciones tenemos:

A) *Difundir, publicitar y hacer conocer la Declaración*

La puesta en conocimiento de la Declaración es uno de los puntos primordiales para lograr su efectividad y aplicación.

De esta manera, la información de los principios en ella enunciados es tarea que deberá realizarse de manera inmediata, pero a la vez continua. Así, la dignidad, la libertad y los derechos de la persona frente al avance biotecnológico serán los elementos matrices en las campañas de publicitación de la Declaración.

En cuanto al contenido de la Declaración, este debe ser procesado y analizado por un grupo interdisciplinario de profesionales a efectos de lograr un lenguaje claro y preciso de los términos que deben considerarse en la difusión de sus objetivos y finalidades.

B) *Sensibilizar, educar y formar en los principios de la bioética*

Los avances biotecnológicos se ven determinados, de manera general, por cuestiones filosóficas, sociales, éticas, económicas, religiosas y jurídicas, suscitando un sinnúmero de interrogantes en la medida que las intervenciones científicas atañen a los seres vivos, esencialmente al hombre, imponiéndose sobre las mismas sanciones morales o, en su caso, legales.

Conscientes de que la bioética es una ciencia pluridisciplinaria y que se relaciona con casi todas las ramas del saber humano, en el mismo sentido es claro que la educación debe ser impartida y puesta en conocimiento a todas aquellas personas e instituciones cuya actividad se relacione con el ser, la vida y el medio ambiente en general.

La enseñanza de la bioética implica fundamentalmente la formación de valores en todos los miembros de la sociedad, lo que se presenta como una tarea compleja, de allí que lo más conveniente es que su instrucción vaya en paralelo con el desarrollo de la persona, es decir, se realice desde la etapa escolar, pasando por la universitaria y poniendo énfasis en el desarrollo de cursos de postgrado, para fomentar la especialización correspondiente.

C) *La Declaración. Fuente ineludible para la regulación jurídica de la biotecnología*

El desarrollo y evolución de las prácticas genéticas no ha sido ajeno a Perú.

Desde hace una década se realizan técnicas de reproducción humana asistidas, así como sus variantes, y se cuenta con medios técnicos para efectuar pruebas de identificación mediante el ADN, terapias génicas, localización de genes y crioconservación de embriones, además de existir bancos de semen que satisfacen exigentes requerimientos de calidad.

Pese a ello, no existe un cuerpo legal orgánico y sistemático que regule el desarrollo de la genética y su influencia en las relaciones sociales. Tampoco contamos con ninguna iniciativa de ley formal (llámese proyectos de ley) en el Poder Legislativo que se preocupe integralmente sobre este tema.

Sin embargo, ya se viene hablando de un derecho genético en la doctrina nacional y se ha desarrollado una vasta literatura jurídica, coherente y madura sobre este tema, restando solo la elaboración legal para proteger los avances biocientíficos de la ciencia genética.

Además, existen instituciones cuya opinión sirve de fuente de criterios éticos y orientadores de gran valor para el discurso jurídico nacional y, en su caso, para las iniciativas legislativas, estas son: los comités de bioética de los centros de salud, la cátedra de derecho genético (Universidad Nacional Mayor de San Marcos), las asociaciones e instituciones científicas vinculadas con el ámbito bioético, así como los centros de investigación (Universidad de Lima).

Siendo la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos el documento más importante que en materia de bioética se haya dictado, debe ser considerado como la base y fuente jurídica que deberán tomar en cuenta los Estados miembros de la Unesco cuando deban contemplar en su legislación nacional reglas en materia de derecho genético, de allí que no debe quedar en un instrumento meramente declarativo, sino que debe transformarse en una herramienta capaz de ser utilizada en beneficio directo de la humanidad.

En Perú se ha dado un primer paso al respecto, al adecuar el documento de trabajo preparado por la comisión especial encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil de 1984 referido a los artículos 5° y 6° del Libro de derechos de las personas, en lo concerniente a la defensa de los derechos e la persona frente a los avances biotecnológicos.

D) Realización de foros de difusión

La inquietud científica en los temas de bioética se ha visto traducida en investigaciones y en certámenes académicos. Y es en el área de la salud y en el área del derecho donde se ha centrado la principal preocupación en temas vinculados al derecho civil y al derecho médico.

Es prioritario la organización de un foro nacional interdisciplinario que se ocupe de analizar la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos y determinar su incidencia en las relaciones sociales, científicas y personales en Perú, dado que como país miembro de la Unesco debemos respetar las normas en ella consideradas, las cuales no pueden ser asumidas ple-

namente solo con la publicidad y educación, sino con la realización de eventos académicos en los que se discuta y analice científicamente y a fondo sus principios, sin descuidar la difusión de los acuerdos y conclusiones a las cuales se llegue.

§ 62. DECLARACIÓN DE MÓNACO. BIOÉTICA Y DERECHOS DEL NIÑO

Entre el 28 y 30 de abril del 2000 se celebró en Mónaco⁴⁶ el Coloquio Internacional sobre Bioética y derechos del Niño en el que la Amade (Asociación Mundial de Amigos de la Infancia) ha planteado como principio que la “ciencia debe estar al servicio del niño y no el niño al servicio de la ciencia”, tomándose como premisas dos situaciones de trascendencia:

- La protección integral del niño en razón de su estado de inmadurez antes de su nacimiento y después de él y que,
- El progreso de la ciencia biomédica puede generar un peligro para los niños.

Esta Declaración no es el punto final de la discusión sino, por el contrario, es el punto de partida de una nueva aventura humana en materia de bioética y protección integral de la niñez que es la más propensa a las experimentaciones y manipulaciones genéticas. Por lo que se ha llegado a establecer los siguientes principios:

A) *Orígenes del niño*

- Todo niño es un ser humano especial.

Dada su edad, estado de desarrollo biológico constante y capacidad de razonamiento el niño es un sujeto de derecho especial. De acuerdo con la Convención sobre los derechos del Niño y con el Código de los niños y adolescentes el ser humano adquiere la categoría jurídica de niño en el momento de la concepción, y permanece como tal hasta la edad de 12 años, en la que se adquiere situación jurídica de adolescente. En tal sentido, todo niño requiere de una protección jurídica especial, pues su propia situación biológica (desde el estado embrionario hasta la culminación de su desarrollo psicosomático) y social (de relaciones y comportamientos) así lo exigen.

- Destacar los valores esenciales del respeto a la vida y la dignidad del ser embrión.

Tomando en cuenta este principio nos pondremos a la par de la gran parte de Declaraciones bioéticas que se sustentan esencialmente en los siguientes postulados: (1) El embrión es un ser humano y posee todos los derechos nece-

⁴⁶ Unesco, por resolución adoptada sobre el reporte de la comisión III a la 25ª Sesión Plenaria, 16 noviembre 1999.

sarios para su protección, (2) la ciencia y la técnica no se fundamentarán en procedimientos atentatorios contra la dignidad del ser humano, y (3) se prohíbe la manipulación genética. La Declaración de Mónaco reconoce expresamente la dignidad del embrión *in vitro*, partiendo del supuesto de que las técnicas de procreación asistida son métodos supletorios, no alternativos. Supletorios, pues buscan superar una deficiencia biopsíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o con la finalidad de evitar la transmisión de enfermedades o taras a la descendencia de manera tal que, como acto médico, estas técnicas robustecen el derecho a la salud. No es alternativo, pues siendo la finalidad directa la procreación, esta no puede estar supeditada a la mera voluntad de la persona. Esto se sustenta en el principio bioético de beneficencia de la bioética.

- La genética y la medicina deben respetar el postulado de la “no discriminación”.

De esta manera se protege el principio bioético de la igualdad y la equidad, por el cual no debe establecerse discriminación por cuestiones genéticas (genoísmo) ni en la aplicación de tratamientos médicos, teniendo todos los seres humanos igual derecho a ser asistidos clínicamente y de acuerdo con las necesidades y urgencia que requiera su salud. Es más, la ciencia biomédica no puede utilizar sus avances a efectos de selección o mejoramiento genésico de los embriones humanos (reduccionismo genético), salvo en el comprobado caso de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves.

- La vida del niño es invalorable e intangible.

Independiente de la minusvalía que adolezca el infante, ha de protegerse de manera absoluta su vida, integridad y salud. En consecuencia, los defectos o deficiencias biológicas (taras, malformaciones o defectos) del embrión o del niño no deben ser utilizadas como pretexto para la realización de técnicas de experimentación o manipulación genética.

B) Vínculos del niño

- Las medidas tomadas para asegurar la protección del niño deben estar adaptadas a su grado de autonomía.

Este es el denominado principio de especialidad en la tutela del niño que está determinado por el hecho de que, como sujeto de derecho especial, todo niño debe contar con una protección particular y extraordinaria, teniendo en cuenta que por su naturaleza y grado de desarrollo psicosomático es un ser humano potencialmente pasible de ser vulnerado. Por este motivo debemos especializar los canales de protección del niño.

- El derecho a conocer su propio origen biológico.

En función del interés del niño, los padres o tutores deciden el grado de información que se debe dar al infante sobre sus orígenes, si su nacimiento resulta de una asistencia médica a la procreación. Este derecho a conocer el pro-

pio origen biológico surge en Alemania, a fines de la década de los cuarenta como un nuevo derecho o facultad propia y natural del ser humano que, sustentada en el principio de la verdad biológica, le permite averiguar quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible (*patre nullum natus*). Este derecho recibió un impulso mayor a inicios de los ochenta como consecuencia de los avances de las técnicas de reproducción humana asistida, dado que la aplicación indiscriminada y sin respeto a los principios naturales desencajaron la coherencia biolegal de la filiación al utilizar gametos de terceros, prácticas de maternidad subrogada, etc. El objetivo o ámbito de este derecho será: la investigación de la filiación natural o sanguínea, el derecho a conocer la identidad del progenitor del niño adoptado y el derecho a conocer la identidad del cedente de gametos en las técnicas de reproducción. En tal sentido, toda persona tiene derecho a conocer quiénes son sus verdaderos padres y, en su caso, cómo fue procreado, derecho este que se encuadra dentro de los denominados derechos de reproducción.

- La familia es el núcleo natural en el cual el niño debe desarrollarse.

El cuidado y la educación en el seno de una familia, cuyos miembros tienen responsabilidades respecto del niño, constituyen para él la mejor situación, la que conviene buscar y procurar en todos los casos. Si la familia es la célula básica de la sociedad y esta se puede constituir por matrimonio, filiación o convivencia, debemos tender a que el niño se desarrolle en este tipo de estructura natural, buscando los medios necesarios para consolidar los lazos familiares. Así, todo niño debe ser cuidado de manera integral tanto en el aspecto psicosomático (salud, educación), social (recreo, diversión) y patrimonial (pecuniario), y esto le corresponde legítimamente a los padres (patria potestad) o a su tutor (tutela).

- El interés superior del niño.

De acuerdo con las normas consideradas en la Convención de los derechos del Niño y el Código de los niños y adolescentes, el interés superior del niño es actualmente un principio jurídico básico en la doctrina de los derechos humanos. En dicho sentido, este principio será el norte para todas aquellas medidas que adopte la sociedad en relación con el niño, dando especial importancia que debe darse una protección integral a quienes por su corta edad se encuentran en estado de indefensión.

C) *El cuerpo del niño*

- Consentimiento informado del niño.

El consentimiento informado se estructura sobre la base del derecho a ser informado y el derecho a consentir. Todo paciente tiene el derecho inalienable de ser comunicado e instruido de los efectos de la intervención médica que se le va a aplicar, con la finalidad de obtener de manera objetiva su decisión y correspondiente autorización al tratamiento. Tratándose de menores de edad se

debe oír y ponderar su opinión, teniendo en cuenta el interés superior del niño y el máximo respeto a sus derechos (Código de los niños y adolescentes, art. IX). En el supuesto de aplicación de tratamientos especiales, realización de pruebas riesgosas o práctica de intervenciones que puedan afectar psíquica o físicamente al paciente, el médico está obligado a obtener por escrito el consentimiento informado del paciente (ley general de salud, art. 27, 2º párr.). Tal exigencia debe ser mayor si se trata de ensayos o investigaciones sobre el infante, válidas, siempre que su finalidad no sea mayor que el cuidado de su salud y que no exista otro tratamiento o medida para lograr la cura.

- La protección del niño prevalece sobre el interés de la sociedad en los tratamientos médicos.

Los objetivos de un tratamiento no pueden ser evaluados con el único y exclusivo interés de la sociedad; por el contrario, toda intervención médica o clínica debe ser realizada teniendo en cuenta el interés del niño.

Todo niño tiene el derecho a la atención integral de la salud y, en el supuesto de que este se encuentre enfermo, con limitaciones físicas o mentales, impedido, o sea, dependiente de sustancias tóxicas, tiene derecho a un tratamiento y rehabilitación que faciliten su participación en la comunidad de acuerdo con sus capacidades (Código de los niños y adolescentes, art. 21). Debe tenerse presente que la protección del niño será reforzada cuando adolezca de alguna deficiencia o anomalía, esto a fin de impartir un trato igualitario a los niños independientemente de su conformación o desarrollo psicosomático. De allí que los progresos de la ciencia y sus aplicaciones, sobre todo en materia de prevención y de tratamiento, deben aprovecharse en beneficio de los niños enfermos o con minusvalías, sin jamás llegar a ser origen de exclusión o de marginalización.

- Estimular la investigación en materia de enfermedades raras y la preparación de terapias eficaces.

La investigación científica es la búsqueda de conocimientos nuevos y se realiza mediante la observación o experimentación, y es en este sentido que la normatividad nacional tiende a fomentar la investigación científica tomando como base la protección de los derechos de la persona. De esta manera, la Constitución regula el derecho de la persona a su integridad moral, psíquica y física (art. 2º, inc. 1º) reconociendo, además, el derecho a la libertad de creación científica (art. 2º, inc. 2º), así mismo, fija la función del Estado en lo referente al progreso y avance científico estableciendo como deber del Estado la promoción del desarrollo científico y tecnológico del país (art. 14), siendo uno de los fines de la educación universitaria la investigación científica y tecnológica. Por su parte, el Código Civil establece el carácter irrenunciable del derecho a la integridad física (art. 5º) y en concordancia con este proscribire los actos de disposición del propio cuerpo excepto en casos de estado de necesidad, orden médico o quirúrgico o por motivos humanitarios (art. 6º). En el mismo sentido, el Código de los niños y adolescentes garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y

desarrollo físico o mental (art. 1º). Finalmente, la ley general de salud parte del principio de promoción por parte del Estado de la investigación científica y tecnológica en el campo de la salud (art. xv) y el pleno resguardo de la salud del individuo.

- Protección y respeto a la dignidad.

El respeto a la dignidad y la protección de los derechos de la persona son la base sobre la que deben estructurarse las aplicaciones y el desarrollo de la ciencia médica en pro de la infancia. Dado que los derechos de la persona tienen como función otorgar una protección al ser humano, y tomando en consideración el permanente y vertiginoso desarrollo de la biomedicina, es necesario no olvidar que la especialización de los derechos de la persona deben estar orientados en su esencia valorativa como son la dignidad, libertad, igualdad y solidaridad.

§ 63. CONVENIO SOBRE DERECHOS HUMANOS Y BIOMEDICINA

A) *Proyecto de Convenio de Bioética*

Este Proyecto de Convenio⁴⁷ relativo a la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina tuvo como ponente a MARCELO PALACIOS, a quien en 1991 el CDBI (antes CAHBI) del Consejo de Europa le encargó la elaboración de un “Informe sobre la preparación de un Convenio sobre Bioética”. El borrador preliminar del Convenio se debatió en una sesión de bioética celebrada en Estrasburgo el 7 de febrero de 1992. El contenido biotécnico puede resumirse en los siguientes puntos: proteger la vida, identidad, intimidad, integridad, salud y dignidad del ser humano; primacía del interés humano frente al científico, toda intervención a la salud deberá cumplir con las normas pertinentes; la obligación de informar y recibir el consentimiento del paciente; el cuerpo humano está fuera del comercio y del lucro; las intervenciones en el genoma solo se realizarán con fines de diagnóstico o terapéuticos, y siempre que no interfieran en la línea germinal; prohíbe crear embriones humanos con fines únicamente investigativos; la investigación en embriones *in vitro* está permitida en caso de embriones con menos de catorce días; las pruebas predictivas solo serán utilizadas para tratar enfermedades genéticas; reparar el daño causado por las intervenciones genéticas. En definitiva, el Proyecto de Convenio de Bioética fundamenta y encuadra el respeto absoluto a los principios de libertad, igualdad y seguridad de la vida.

B) *Texto*

⁴⁷ Véase a MARCELO PALACIOS, “Informe sobre el proyecto de Convenio de Bioética”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 3, 1995, págs. 301 a 312.

Este es un documento central en materia de bioética y es dictado por el Consejo de Europa (4 abril 1997) denominado el Convenio sobre derechos humanos y biomedicina. Oficialmente se le conoce como Convenio de Asturias o Convenio de Oviedo o, de manera popular, Convenio de Bioética.

Este convenio es de alcance regional, es decir, europeo. Tiene como antecedente el Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre (4 noviembre 1950). Es el primer texto jurídico internacional con fuerza obligatoria para los Estados firmantes y tiene una vocación indirecta de universalidad, pues los Estados no miembros del Consejo de Europa pueden acceder al mismo.

Su objetivo fundamental es proteger al ser humano y a la humanidad de las posibles acciones tecnológicas sobre el genoma. En este sentido, establece como principio que los intereses del individuo deben prevalecer sobre los intereses biocientíficos. Como primera referencia trata de la primacía de los intereses y bienestar del ser humano sobre el solo interés de la sociedad o de la ciencia. Protege la dignidad, identidad e integridad del ser humano frente a los avances de la biología y la medicina. Así mismo, el consentimiento informado es un punto clave, pues se parte de la base que a nadie puede imponérsele una intervención sin su asentimiento, requiriéndose del profesional de la salud una información previa de la intervención (derecho a la información). Consagra la confidencialidad de los datos genéticos obtenidos y el derecho a conocer o no sus resultados (derecho a la intimidad genética). En el tema del genoma, parte de la regla de la no discriminación en razón al patrimonio genético, permite tanto la pruebas genética cuyo fin sea predecir enfermedades, así como las intervenciones eugenésicas o modificatorias del genoma, siempre que se efectúen con propósitos preventivos, de diagnóstico o terapéuticos y que no se introduzca ninguna modificación en el genoma. Prohíbe la selección de sexo, salvo que la misma se realice para evitar enfermedades hereditarias. En cuanto a la investigación biocientífica, dice el Convenio, esta debe practicarse libremente tomando en consideración la defensa y bienestar del ser humano, en este sentido toda investigación debe cumplir las siguientes condiciones: no existencia de método alternativo, que los riesgos no sean desproporcionados a los beneficios que pueden obtenerse, obligación de informar los derechos y garantías legales y que el consentimiento sea expreso y escrito. En cuanto a la investigación de embriones, esta debe servir para su protección y no se pueden crear embriones con fines exclusivos de investigación. La extracción de órganos debe proteger a los cedentes vivos de manera que solo serán posibles en beneficio del receptor, y siempre que no existan cedentes fallecidos ni métodos alternativos. Difunde el principio de que el cuerpo humano y sus partes no pueden ser fuente de beneficio económico.

**§ 64. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
DE LAS GENERACIONES FUTURAS**

No podemos olvidar otro texto internacional, anterior y más genérico, la Declaración Universal de los derechos Humanos de las generaciones futuras (Unesco, 145ª reunión, París, 22 septiembre 1994) en la que se aborda a la humanidad como un nuevo sujeto de derecho, es más se considera de manera expresa que las generaciones futuras o venideras, es decir los próximos habitantes de la Tierra (seres humanos aún no existentes) tienen derechos.

Esta Declaración sienta sus sólidas bases cuando afirma que el genoma humano es patrimonio de la humanidad, resaltándose que las investigaciones sobre el genoma constituyen un compromiso general de todos, en beneficio de las generaciones presentes y futuras. Proclama el derecho de la humanidad a su perpetuación, consciente de que las actividades en el genoma de las generaciones precedentes la pueden dañar, el derecho a heredar una tierra sana, limpia y no contaminada. Con estos lineamientos toda decisión actual debe tomar en cuenta a las generaciones futuras y les otorga derechos en razón de su pertenencia al género humano. Se consagra legítimamente el derecho a la vida y a la preservación de la especie humana que puede verse comprometida y seriamente perjudicada.

La protección a las generaciones futuras ha sido sustentada en *La Carta de la Tierra* (última versión, marzo de 2000) cuando en sus principios referidos al respeto y cuidado de la comunidad de la vida se indica en el numeral 3: “Construir sociedades democráticas que sean justas, participativas, sostenibles y pacíficas. A. Reconocer que la libertad de acción de cada generación se encuentra condicionada por las necesidades de las generaciones futuras. B. Promover la justicia social y económica, posibilitando que todos alcancen un modo de vida seguro y digno, pero ecológicamente responsable”. Así mismo, en su numeral “4. Asegurar que los frutos y la belleza de la Tierra se preserven para las generaciones presentes y futuras. A. Reconocer que la libertad de acción de cada generación se encuentra condicionada por las necesidades de las generaciones futuras. B. Transmitir a las futuras generaciones valores, tradiciones e instituciones, que apoyen la prosperidad a largo plazo, de las comunidades humanas y ecológicas de la Tierra”.

§ 65. DECLARACIÓN SOBRE LAS RESPONSABILIDADES DE LAS GENERACIONES ACTUALES SOBRE LAS GENERACIONES FUTURAS

Esta Declaración (Unesco, xxix reunión, París, 12 noviembre 1997) es el complemento de la Declaración antes estudiada, ya que reconoce la teoría de la relación jurídica subjetiva: Todo derecho trae consigo el cumplimiento de una obligación. En este orden de ideas, si las generaciones futuras tienen un derecho reconocido expresamente, las generaciones actuales deben cumplir con respetar y cautelar tales derechos, es decir, tienen que asumir una responsabilidad con respecto a las generaciones futuras.

La Declaración parte del reconocimiento expreso de que las generaciones actuales asumen las siguientes responsabilidades directas:

- Garantizar la plena salvaguardia de las necesidades e intereses de las generaciones, tanto presentes como futuras.
- El mantenimiento y perpetuación de la humanidad, respetando la dignidad de la persona humana y como consecuencia rechaza toda forma de atentado contra la naturaleza y la vida humana.
- Las generaciones actuales reciben la Tierra en herencia temporal por lo que los recursos y la vida en el planeta debe mantenerse acorde con el ecosistema.
- Antes de emprender grandes proyectos, las generaciones actuales deben tener en cuenta sus consecuencias para las generaciones futuras.
- Debe protegerse el genoma humano, respetándose la dignidad de la persona humana y los derechos humanos, y preservarse la diversidad biológica. El progreso científico y tecnológico no debe perjudicar ni comprometer de ningún modo la preservación de la especie humana ni de otras especies.
- Las generaciones actuales deben abstenerse de realizar actividades y de tomar medidas que puedan ocasionar o perpetuar cualquier forma de discriminación para las generaciones futuras.

§ 66. EVALUACIÓN DE DOCUMENTOS

Con estos documentos internacionales de bioética se completa el ámbito del Código de Nuremberg y la Declaración de Helsinki y llama nuestra atención de que es tiempo de garantizar la teoría natural de la evolución evitan la práctica de la generación técnica del hombre. No se quiere atar legalmente el avance científico, simplemente fijar su rumbo en defensa y beneficio del ser humano y de la colectividad. Es reconfortante, y representa un gran alivio, que la normativa internacional haya incluido el genoma en su reflexión, ya que, más que un simple tema, es la esencia básica de los derechos humanos. Ello confirma la real y actual relación bioética-derecho y esboza el máximo derecho del hombre, el derecho de ser humano.

El código de la vida está escrito en un alfabeto de cuatro letras (ATCG) y al parecer resultaría sencillo descifrarlo, pero con sus 3.000 millones de caracteres o combinaciones el genoma humano abarcaría aproximadamente 200 guías telefónicas de la ciudad de Nueva York. Este código da las instrucciones para que el organismo evolucione (de embrión a adulto), viva (se reproduzca y muera) y esté en constante transformación (se enferme y sane).

Toda norma jurídica tiene un alto contenido ético, puesto que su fin es regular la vida humana. En el caso propio del derecho, como ciencia, mucho se ha especulado acerca de su vinculación con la moral, lo que recobra vigencia actualmente cuando se estudian los efectos jurídicos del avance de la genética,

ya que en ellos, comúnmente, se han venido confundiendo la esencia del ser humano, tratándosele como sujeto y como objeto de la biotecnología. Por ello, debemos tomar en cuenta el aspecto valorativo y ontológico que cumple la ley al momento de normar, ya que su fin es permitir la vida en sociedad sobre la base de la justicia, la paz y la equidad, canalizando todo en pro del hombre. De esta manera, el postulado kantiano, el hombre es un fin es sí mismo, recobra su real vigencia presentando al derecho como un guía dentro de la gran estructura social frente al imparable desarrollo en el desciframiento del genoma humano y la procreática.

Son los genes los que estructuran la vida y cada uno tiene una información, una misteriosa y hasta ahora inextricable sinfonía molecular, la que, similar a las notas en el fino pentagrama, indican a los músicos la melodía que deben ejecutar. Estos genes instruyen a las células qué proteínas producir y así el hombre ve encaminada su vida.

Al conjunto de genes lo denominamos genoma, es decir, es la conformación genética de un ser viviente, el que ya descifrado nos dará a conocer la esencia de nuestras características. Atendida la importancia de estos avances biocientíficos se adoptaron la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los derechos Humanos (diciembre 1997), así como las “Orientaciones para su puesta en marcha” (noviembre 1999), a fin de proteger la esencia del hombre y establecer los principios que deben tomar en cuenta los Estados para la aplicación de tan importante Declaración.

La difusión de los principios pro defensa de la integridad de la conformación genética del ser humano y de los derechos subjetivos enunciados en la Declaración es uno de los puntos primordiales que han de ejecutarse para lograr su efectividad y aplicación, siendo esto una tarea que deberá realizarse de manera inmediata y continua. Por su parte, debemos sensibilizar y educar a la ciudadanía en los principios pluridisciplinarios, dado que los avances biotecnológicos repercuten en diversas áreas y plantean cuestiones de orden variado, sea filosófico, social, ético, económico, religioso y jurídico, en síntesis la bioética aquí tiene una importancia fundamental.

La Declaración sobre el Genoma es actualmente una fuente ineludible para la regulación jurídica de la biotecnología en Perú, tomando en consideración que el desarrollo de las prácticas genéticas es toda una realidad y que carecemos de una regulación jurídica sobre la materia. La Declaración no debemos tomarla como un instrumento meramente declarativo, es prioritario considerarla como fuente de derecho para llenar el vacío legal existente en materia de biotecnología humana. Esto es un deber internacional de Perú como miembro de la Unesco.

La inquietud académica y científica en los temas de derecho genético y bioética debe ser incentivada mediante investigaciones y en reuniones científicas, siendo las áreas de la medicina y del derecho las que principal preocupación han mostrado en el tema, sin embargo, la prioridad es organizar un foro nacio-

nal interdisciplinario para analizar el contenido de la Declaración del Genoma y determinar su plena implicancia sobre innumerables relaciones humanas.

Otro tema urgente es la necesidad de crear un Comité Nacional de Bioética que regule la conducta profesional médica en el ser humano y así adoptar una posición nacional y propiciar la aprobación de normas internas que regulen las actividades, como la reproducción asistida, la experimentación y manipulación genéticas, crioconservación de embriones, la planificación familiar, así como tareas administrativas, entre estas, la creación de registros de cedentes de esperma, registro para los establecimientos y profesionales habilitados en biotecnología reproductiva y de identificación genética, entre otros.

Ha sido exitoso el cartografiado del genoma humano y en muy poco tiempo será una realidad en la práctica que deberá canalizarse legalmente. Tenemos los documentos internacionales que nos dan las pautas para su protección, solo nos queda propiciar el debate y buscar las mejores formas de aplicación de los proyectos biotecnológicos en pro del ser humano. Tengamos siempre presente que el genoma es la base de la humanidad y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y de la biodiversidad.

§ 67. COMITÉS DE BIOÉTICA

En lo que sí coinciden todos los documentos es en la creación de los comités de bioética, los que deberán desarrollarse mediante la siguiente estructura.

A) *Creación de comités de bioética*

Por parte del Estado existe un órgano *ad hoc* que se encargará de regular y canalizar la conducta profesional médica en el ser humano: el Consejo Nacional de Bioética⁴⁸. Este ente, de reciente creación y próxima reglamentación, velará por los derechos y bienestar de los seres humanos sujetos a experimentación científica, actuando como órgano final de consulta, cuando sea solicitado por los comités de ética de investigación de los organismos legalmente autorizados⁴⁹.

Sin embargo, en el ámbito gremial privado el Colegio Médico de Perú (CMP) es el encargado de regular la correcta aplicación de la medicina en el ser humano por medio de su comité de ética. Existen dos comités de ética del CMP en Lima: Comité de vigilancia ética y deontológica del consejo regional III (de Lima), y el Comité de vigilancia ética del consejo nacional. Estos son los en-

⁴⁸ DS. 013-2001-SA (DOEP, 3 mayo 2002).

⁴⁹ VARSÌ ROSPIGLIOSI, *Derecho médico peruano*, Lima, Universidad de Lima, 2001, pág. 95.

cargados oficiales de regular todo lo relacionado con la ética médica del país. Tienen como su reglamento la normatividad del CMP y código de ética y deontología del CMP (Cedcmp). Principalmente se encarga de pronunciarse en temas como la conducta ética del médico frente al paciente en el hospital y de reglamentar la investigación biológica y biomédica.

El Comité de vigilancia ética y deontológica es un órgano asesor permanente del consejo nacional y de los dieciséis consejos regionales del CMP, de modo que en el país existen diecisiete comités, uno del consejo nacional del CMP y los restantes por cada consejo regional.

Entre sus principales funciones debemos mencionar: conocer, informar y actuar en todos los asuntos de control ético y deontológico del ejercicio profesional de la medicina; recabar información sobre el comportamiento ético y deontológico de los profesionales médicos procedentes de otros países; vigilar a entidades y personas no colegiadas que realizan actividades relacionadas con la medicina; dar cuenta al consejo nacional de las denuncias y quejas que sean formuladas por violación del Cedcmp o de las faltas o delitos que vulneren los principios éticos de la medicina; promover y coordinar la defensa del prestigio profesional; denunciar la actividad médica cuando se incurra en transgresiones a las normas éticas y deontológicas y el ejercicio ilegal de la profesión; vigilar que la profesión no se aparte de las normas que el colegio establezca al respecto; emitir informe sobre consultas relacionadas con asuntos éticos y deontológicos formulados por entidades y personas.

B) *Proyecto de creación de un Comité Nacional de Bioética*

El hombre ha conseguido un considerable desarrollo en el área de la biotecnología, y con ello ha logrado invaluable beneficios y en muchos casos, también, irreparables perjuicios que repercuten no solo en el ser humano como sujeto de derecho individual, sino también en la humanidad, como sujeto de derecho colectivo. La bioética, ciencia que estudia la correcta aplicación de la biomedicina, tiene como uno de sus objetivos centrales canalizar los avances biotecnológicos.

El compromiso en materia bioética no está reservado para nadie en particular. Por el contrario, es una responsabilidad compartida y conjunta de todos los ciudadanos que busquen una vida sana, natural y pacífica, que vaya a la par con el desarrollo biocientífico. Bajo este esquema qué mejor manera de regular estos esfuerzos que mediante la creación de un Comité Nacional de Bioética que guíe el progreso de la ciencia médica y biológica sobre la base fundamental de los principios, valores y derechos humanos.

Un comité de bioética no solo va a ser importante para que Perú, como Estado miembro de la Unesco, cumpla con las medidas necesarias a fin de promover los principios enunciados en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, sino que nos va a servir para adoptar una posición nacional y propiciar la aprobación de normas internas que regulen las activida-

des biotecnológicas, como son la reproducción asistida, la experimentación humana, crioconservación de embriones, la planificación familiar, así como tareas administrativas como la creación de registros de cedentes de esperma, registro para los establecimientos y profesionales habilitados en biotecnología reproductiva y de identificación genética, entre otros.

a) *Finalidad*. El Comité Nacional de Bioética debe ser un organismo multisectorial que tenga como finalidad: a) Reflexionar, sobre las cuestiones éticas y jurídicas que plantea las investigaciones y sus aplicaciones, así como fomentar el intercambio de ideas e información, en particular mediante la educación; b) Propiciar actividades encaminadas a suscitar una mayor conciencia en materias de bioética; c) Cooperar, con las organizaciones interesadas en las cuestiones que se plantean en el ámbito de la bioética; d) Prestar asesoramiento en lo referente a la difusión y respeto de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, e identificar las prácticas que pueden ir en contra de la dignidad humana.

b) *Objetivo*. El Comité tendrá como principal objetivo velar por la protección y el respeto de la dignidad, libertad, identidad e integridad del ser humano y de la humanidad en las investigaciones biomédicas. Para dar cumplimiento a ello deberá gozar de una independencia que le permita libertad y autonomía en sus deliberaciones y posiciones.

Llevará a cabo una reflexión ética sobre los progresos de la biotecnología y su repercusión en la vida, salud y medio ambiente, teniendo en cuenta tanto los argumentos que los investigadores y los profesionales sostengan, así como las diversas exigencias de la sociedad. Desempeñará una función de asesoramiento técnico en la reflexión bioética conducente a la formulación de principios rectores, inspirados en los derechos y libertades. Estimulará la educación, formación e información de los principios de la bioética y fomentará el debate científico, y entre otros más, fortalecerá la toma de conciencia respecto de los problemas planteados por las investigaciones en biología, genética y medicina, y por sus aplicaciones.

c) *Estructura*. El Comité puede crearse por decreto presidencial o ministerial, o por decisión parlamentaria. También podría ser a iniciativa de organizaciones no gubernamentales o instituciones privadas, o bien depender del Colegio Médicos de Perú o estar vinculado a una institución paraestatal.

Su composición debe ser pluridisciplinaria, a fin de poder captar la diversidad de criterios y mediante amplias discusiones llegar a soluciones concretas en los asuntos planteados. Este comité podrá estar integrado por representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Salud, Ministerio de Justicia, Ministerio de Educación, Ministerio de promoción de la mujer y del desarrollo humano, Colegio de Abogados de Lima, Colegio Médico del Perú, Iglesia católica, Cruz Roja peruana, Universidad, Especialistas en ciencias humanas (filósofos, antropólogos, sociólogos, teólogos), un portavoz de los

cultos registrados en el país, un portavoz de los ciudadanos del país, un portavoz de las asociaciones de discapacitados y un portavoz de las industrias bioquímica, biomédica, biocosmética y farmacéutica.

En definitiva, el Comité Nacional de Bioética servirá para canalizar (no para frenar) el avance biotecnológico a fin de lograr su máximo provecho por y para el hombre, desterrando aquellos métodos en los que se ha venido utilizando al ser humano como medio en beneficio de determinados intereses biotecnológicos y médicos.

Sección IV. *Genoma y salud integral*

§ 68. LA ERA POSGENOMA

Identificado el genoma humano, los científicos se han dedicado a trabajar con él y de alguna manera a crear organismos vivientes novo (nuevas formas de vida) por medio del denominado genoma mínimo, que es aquel número de genes necesarios y suficientes para crear un ser vivo.

Otra labor consiste en definir las características de las proteínas que codifica cada gen, una labor imprescindible para interpretar el mapa genético y actuar en caso de alteraciones o enfermedades. *Celera Genomics*, la empresa estadounidense que anunció en junio de 2000 la lectura completa del genoma humano, está a punto de entrar en una nueva carrera científica y comercial por el siguiente hito en la biología de nuestra especie: la descripción del proteoma, es decir, del conjunto de las proteínas que forman y ejecutan todas las funciones del cuerpo humano⁵⁰.

Los investigadores, que se definen como integrantes de la *era postgenoma*, participan en el Proyecto Proteoma, de ámbito mundial, que intenta traducir la función de las proteínas que codifica el genoma. “Si el genoma es el director de la orquesta de nuestro organismo, las proteínas son la orquesta. Es decir, que lo primero sin lo segundo no sirve para nada —explicó ayer EMILI GELPÍ, presidente de la Sociedad Española de Espectrometría de Masas, adscrito al Instituto de Investigación Biomédica de Barcelona (IIBB)—. Los genes codifican las proteínas y estas son la maquinaria que ordena las actividades de las células. Identificar la función de las proteínas supone saber qué hace cada gen”⁵¹.

⁵⁰ “Celera Genomics anuncia que inicia la carrera del proteoma humano”, *El País Digital*, núm. 1537, 18 julio 2000.

⁵¹ ANGELS GALLARDO, “La ciencia busca el sentido del genoma (La medicina del futuro)”, en <http://www.elperiodico.com> (29 agosto 2000).

Así también, tenemos el Proyecto Transcriptoma que busca traducir la información que transcurre del ADN al ARN y de este al ribosoma a efectos de determinar qué cantidad de información pasa de un lado a otro.

Así también se habla del metaboloma que es el estudio del conjunto de reacciones bioquímicas que se producen en las células.

§ 69. MICROTRASPLANTES

La intercorporeidad es ya un nueva situación con la que se viene enfrentando día a día el derecho. Como tal, la intercorporeidad es la dimensión total e integral del cuerpo, en otras palabras, es “la relación de intercambio de órganos, tejidos, partes o productos del cuerpo entre diferentes seres humano”⁵². Los avances de la trasplantología son cada vez mayores y las necesidades humanas en la preservación de la salud exigen mejores técnicas.

Normalmente, estamos acostumbrados a escuchar acerca de los trasplantes de órganos y tejidos mayores, múltiples y regenerables (*macrotrasplantes*).

Sin embargo, es necesario considerar que hoy existe la posibilidad de realizar actos trasplantatorios de células, genes, secuencias de ADN, elementos genéticos, etc. (*microtrasplantes*). Es decir, sustancias que escapan de las tradicionales concepciones de los actos de libre disposición del cuerpo de la persona y que requieren de una estructuración legal especial. No es lo mismo, en orden médico, ni legal, ni social, trasplantar un riñón que trasplantar un gen. En esto el derecho debe mostrar un interés especial y crear una legislación acorde con los avances biocientíficos, ya que este vacío se acrecienta con las técnicas de reproducción humana asistida y la canalización del proyecto genoma humano.

En este punto la ciencia viene preparando técnicas para optimizar los denominados *microtrasplantes*, ya que estos no pueden llevarse a cabo de manera individual, sino que la mayor parte es realizada con técnicas de clonación para criopreservación, transgénesis, regeneración celular, etc.

Estas nuevas tendencias en los trasplantes implican regular temas como la validez del consentimiento de los progenitores acerca de los actos médicos sobre sus hijos; la restricción de crear embriones inviables cuyo finalidad sea solo industrial o mercantil; la calificación del equipo médico que realizará las prácticas y la prohibición de las técnicas abortivas. Además, deben establecerse sanciones específicas cuando se busque a través de técnicas la modificación del genoma, la creación de embriones con fines terapéuticos, la extracción de células o tejidos con fines de diagnóstico prenatal y sus consecuencias aborti-

⁵² RICARDO HODELÍN-TABLADA, “Muerte encefálica. En defensa del criterio de todo el encéfalo”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. XII, núm. 44, 2001, pág. 90.

vas, así como la experimentación sobre embriones inviables.

En este punto, cabe señalar algo sobre la especialización de las técnicas genéticas para lograr los trasplantes de órganos de animales al hombre (xenotrasplantes⁵³). Los casos más comunes, dada la histocompatibilidad, los tenemos con el cerdo con el que se realizan dos tipos de técnicas 1) La transferencia a los humanos de tejidos de cerdos criados en ambientes especiales (esterilización biorgánica), en estos casos se viene utilizando la piel, células del páncreas, válvulas coronarias y tejido del cerebro y, 2) La transferencia a los humanos de órganos completos de cerdos modificados genéticamente (transgénesis), aquí se utiliza el páncreas, corazón, hígado y riñones. Estas últimas técnicas son discutibles. Quienes protestan por ellas alegan que pueden generar la aparición de nuevas epidemias o enfermedades más que el resultado positivo que las mismas puedan tener.

§ 70. HACIA UNA NUEVA FORMA DE REGULAR LOS TRASPLANTES.

LA VIDA EN DEBATE

A) *Generalidades*

España ha regulado la influencia de la genética en el ser humano a través de las siguientes leyes:

Ley 35 de 1988, sobre “Técnicas de reproducción asistida”.

Ley 42 de 1988, sobre “Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos”.

Ley 15 de 1994, sobre el “Régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y el medio ambiente”.

Código Penal (1995) que cuenta con un título v, Libro II sobre “Delitos relativos a la manipulación genética” (arts. 159 a 162), en el que se agrupan diversas conductas vinculadas al aspecto genético.

Los principios en los que se basa esta legislación española de derecho genético coinciden con los lineamientos consagrados en las distintas recomendaciones del Consejo de Europa. En este sentido, existen tres lineamientos comunes:

⁵³ La utilización experimental de los xenotrasplantes puede traer a mediano plazo todo un desastre: que los animales contagien a los humanos mil enfermedades que ahora nosotros, todavía, no tenemos. Así se ha indicado “Uno de los más importantes problemas de los xenotrasplantes de animales, especialmente de primates, es que ellos pueden llevar agentes infecciosos indetectables que entonces podrían infectar al recipiente humano, quien podría a su vez extender la infección a otras personas”. SANTIAGO GRISOLIA, “La biotecnología en el tercer milenio”, en CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (editor): *Biotecnología y derecho. Perspectivas en derecho comparado*, Cátedra interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 1998, pág. 8.

- *El derecho a la vida y el respeto a la dignidad humana.* Se entiende que este punto básico debe incluir el derecho a heredar un patrimonio genético no manipulado de acuerdo con la Recomendación 934 (1982).

- *Finalidades de la manipulación genética.* Solo tratándose de aplicaciones terapéuticas es posible realizar manipulación genética en embriones (*in vivo* o *in vitro*) de acuerdo con la Recomendación 1046 (1986).

- *Igualdad.* Las normas del derecho genético español se aplican indistintamente a los embriones creados *in vivo* o *in vitro*. Todos están protegidos por el mismo principio de respeto a la dignidad humana⁵⁴.

B) De la ley 42

Como indica GONZÁLEZ CUSSAC⁵⁵, la exposición de motivos de la ley 42 contiene la justificación de su necesidad y los fines que persigue, siendo uno de ellos llenar el vacío de la ley 30 de 1979, sobre extracción y trasplante de órganos, mostrando cómo la manipulación y el tráfico con embriones o fetos humanos pone de manifiesto la necesidad de un marco jurídico donde se regulen este tipo de actuaciones biomédicas bajo los preceptos del respeto a la vida, a la dignidad y a los derechos humanos y se apoya simultáneamente, el avance científico como patrimonio de la Humanidad.

Esta ley tiene como materia la donación y utilización de los embriones y los fetos humanos, considerando aquellos desde el momento en que se implantan en el útero y establecen una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante. Escapa de su ámbito de aplicación la donación y utilización de los gametos o de los óvulos fecundados *in vitro* o a embriones preimplantados, ya que estos se regulan en la ley de reproducción humana asistida (ley 35).

Concretamente, el ámbito de aplicación de esta ley es la donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos, con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación o experimentación, dentro de los requisitos en ella contenidos, como son:

- Que los donantes sean los progenitores.
- Que los donantes otorguen su consentimiento previo en forma libre, expresa, consciente y por escrito.
- Que los donantes sean previamente informados de las consecuencias, de los objetivos y los fines para los que puede servir la donación.
- Que la donación y utilización posterior nunca tengan carácter lucrativo o comercial.

⁵⁴ Véase a ROCA TRÍAS, “El derecho perplejo: Los misterios de los embriones”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 1, Bilbao, Universidad de Deusto, julio-diciembre 1994, págs. 130 y 131.

⁵⁵ Véase a JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC, “Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, Universidad de Deusto, núm. 3, julio-diciembre 1995, págs. 78 a 83.

- Que los embriones o fetos objeto de la donación sean clínicamente no viables o estén muertos.

- En caso de fallecimiento de los progenitores, siempre que no conste su oposición expresa.

La ley de embriones, como así se le conoce, busca “garantizar la libertad científica e investigadora, condicionándola a los valores reconocidos en la Constitución (...), como son la protección del cuerpo y de la vida, la capacidad de decisión del afectado y la dignidad humana” conforme se desprende de su introducción. Obviamente, la actividad científica no debe llevarse a cabo al margen o en contra de los derechos de la persona.

Dentro de los límites del derecho penal es importante recoger la expresa prohibición contenida en el artículo 3º, referente a que la interrupción del embarazo no puede tener como finalidad la donación y utilización de los embriones, de los fetos o de sus estructuras biológicas. Así mismo, el artículo 5º señala que toda actuación sobre el embrión o el feto vivo en el útero, solo podrá ser de carácter diagnóstico, terapéutico y de conformidad con esta ley.

Esta especial sujeción legal dictada se extiende a cualquier actividad de investigación. De esta manera, la tecnología genética con material humano o combinado solo podrá desarrollarse en los supuestos que a continuación se expresan (art. 8º):

- Con fines diagnósticos en la fase prenatal, para evitar la transmisión o para curar enfermedades genéticas o hereditarias.

- Con fines industriales de carácter preventivo, diagnóstico o terapéutico.

- Con fines terapéuticos, principalmente para seleccionar el sexo en el caso de enfermedades ligadas a los cromosomas sexuales.

- Con fines de investigación y estudio de las secuencias del ADN del genoma humano.

Las infracciones y sanciones son recogidas en el artículo 9º, aunque también existe una remisión a los artículos 32 y 37 de la ley general de sanidad de 1986. Merecen la calificación de infracciones muy graves las siguientes conductas:

- La realización de cualquier actuación dirigida a modificar el patrimonio genético humano no patológico.

- La creación y mantenimiento de fetos o embriones vivos con cualquier fin distinto a la procreación.

- Su donación o utilización para la fabricación de productos de uso cosmético.

- Su extracción con fines distintos al diagnóstico prenatal.

- La experimentación con embriones o fetos vivos, viables o no, salvo que exista un proyecto autorizado.

La ley de embriones describe como infracciones toda una serie de conductas de máxima gravedad, que no tienen naturaleza penal. Por ejemplo, la utiliza-

ción abusiva de técnicas genéticas sobre el embrión o el feto, no hallan en esta ley una respuesta penal. Esto abre varios interrogantes sobre el grado de protección de los derechos del embrión o concebido.

C) *El caso*

Federico Trillo Figueroa y Martínez-Conde comisionados por un grupo de diputados del Grupo Parlamentario Popular demandaron la inconstitucionalidad de la ley 42 de 1988 sobre “Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos”, la que evaluada por el Tribunal Constitucional en sentencia 212 de 1996 (19 diciembre) es declarada inconstitucional parcialmente.

D) *Fuente originaria*

El problema central del caso es la cuestión relativa a la viabilidad o no de los embriones y su categorización como sujeto de derecho. En ello se centran las alegaciones impugnatorias y el fallo en sí.

E) *Criterios alegados por el recurrente*

- La ley distingue entre embrión y feto a efectos de permitir la investigación o experimentación sobre ellos, sin diferenciar el paso biológico de embrión a feto.
- Hace susceptible a los embriones y fetos humanos del contrato de donación, lo que supone una patrimonialización de la vida humana opuesto a los derechos de la persona consagrados en la Constitución española⁵⁶.
- Vulnera la Constitución al no establecer la debida regulación penal.
- La ley considera una presunción legal de no viabilidad⁵⁷ de los embriones abortados (espontáneamente o no), negando el carácter de *ser humano* al hecho *biológico humano*, lo que supone un arcaísmo que nos devuelve a épocas primitivas del derecho, incompatible con la dignidad del ser humano.

⁵⁶ Constitución española (31 octubre 1978). “Artículo 10-1.—La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Artículo 15.—Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

⁵⁷ “Artículo 5.3.—Los embriones abortados, espontáneamente o no, serán considerados no viables por su grado de desarrollo a los efectos de esta ley”.

F) *Criterio fundamental del procurador del Estado*

La ley no integra el estatuto jurídico de la vida humana en su fase de embrión y feto, su motivación es de orden administrativo, científico y sanitario. Solo autoriza la donación y utilización de embriones o fetos que sean clínicamente no viables, es decir, potencialidades humanas que no tienen posibilidades de desarrollo embriológico y, por tanto, no son en estricto sentido *nasciturus*, sino *oriturus*, o estén muertos.

En definitiva, garantiza que las prácticas y actuaciones que regula solo se realicen con materiales embriológicos cuando se hayan frustrado sus posibilidades de desarrollo, de modo que no pueda hablarse de *nasciturus*, porque aquellas células germinales no van a seguir tomando corpórea y sensitivamente configuración humana.

G) “*Ratio decidendi*” del voto singular

Centramos nuestro estudio solo en el voto singular, puesto que desde el punto de vista de la protección del ser humano es más completo, al llenar los vacíos (el *obitum dictum*) de la resolución del tribunal. El sustento es el siguiente:

- El tribunal no se detuvo en determinar lo que es el sujeto de derecho a la vida, solo se refirió a la protección que se le debía dar, ya que constituye el soporte inicial de todos los derechos de la persona.
- Al concebido no le otorgan la vestidura formal de la personalidad jurídica de la cual no es investido sino hasta 24 horas después de haber nacido, así hoy se sepa perfectamente que la figura humana y su entera organización la tiene el feto mucho antes de nacer⁵⁸.
- El *nasciturus* debería tener personalidad jurídica a fin de no ser privada de sus derechos fundamentales, acogidos en categoría de ley orgánica⁵⁹.
- En la sentencia no se especifica sobre embriones o fetos muertos, ya que utiliza los términos viable, como capaz de vivir, y no viable como incapaz de desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, en vez de utilizar los términos *vivo* y *muerto*, puesto que en *no viable* los fetos o embriones pueden tener vida,

⁵⁸ Código Civil español. “Artículo 29.—El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones expresas del artículo siguiente. Artículo 30.—Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviera figura humana y viviera 24 horas enteramente desprendido del seno materno”.

Del mismo modo lo establecía el Código Civil peruano de 1852.

⁵⁹ Constitución española. “Artículo 81-1.—Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”. Véase <http://comunidad.derecho.org/dergenetico>.

aunque no tengan esperanza de seguir viviendo, siendo estos últimos no protegidos por la ley.

- Se permite la actuación sobre el embrión o feto vivo en el útero no solo si tiene carácter diagnóstico o terapéutico, sino también *de conformidad con las disposiciones normativas vigentes*. A esto último debió pronunciarse su inconstitucionalidad con lo cual se abren muchas posibilidades de interpretación a su autorización reglamentaria, ya que esto podría ser utilizado en la tecnología genética con material biológico humano.

- La ley dice que pueden trabajar con embriones o fetos no viables fuera del útero con lo cual estarían trabajando con material vivo.

- Los óvulos fecundados y la utilización de gametos desde el día 14 que sigue al de su fecundación queda simplemente remitida a otra ley (ley 35 de 1988)⁶⁰.

H) *Solución del caso desde la perspectiva del derecho nacional*

En Perú una ley con el contenido de la ley 42 de 1988 sería inconstitucional ya que atenta contra los derechos del ser humano (art. 2º, inc. 1º de la Constitución, los Tratados Internacionales y el art. 1º del C. C., donde se establece que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (teoría de los efectos favorables).

Para nuestro derecho, el concebido surge desde el momento de la concepción y así se le otorga una categoría de sujeto de derecho especial.

I) *Consecuencias sociales*

La aplicación de esta ley supondría a la patrimonialización de los órganos y tejidos de fetos y embriones, y así se vulnera la dignidad humana.

El incremento de los abortos y manipulaciones genéticas saltaría a la vista, pues estas prácticas servirían como medio para cumplir los fines de la ley.

Por ello, debe determinarse el correcto uso de las técnicas de experimentación y trasplante, tomando en consideración que no puede lesionarse un bien jurídico en beneficio de otro, con mayor razón si está de por medio la vida humana.

J) *Comentario*

La utilización de órganos, tejidos o estructuras biológicas de embriones y fetos es necesario y, muchas veces, la única salvación para casos especiales. Sin embargo, la regulación legal de estas prácticas debe ser acorde con las normas de máxima protección del ser humano.

⁶⁰ Primera disposición final de la ley 42.

La ley 42 parte del hecho de que el embrión o feto sea inviable o esté muerto, de allí la legitimación de su cesión (donación) o utilización diagnóstica, terapéutica, de investigación o experimentación. La vida, probable o extinta, es la que permitirá las manipulaciones. Sin duda, la liberalidad del ordenamiento español en materia de derecho genético sigue una línea pro ciencia, sin descuidar la protección del embrión vivo, pero permitiendo cualquier intervención cuya finalidad sea el cuidado de la salud. Compartiendo la premisa de la profesora española VILA-CORO, la sentencia *in comento* altera la jerarquía de valores en ella establecida, según la cual la viabilidad —probabilidad de seguir viviendo— se antepone al derecho a la vida. Esto, sin la menor duda, abre peligrosamente la puerta al infanticidio y a eutanasia⁶¹.

A la luz de la defensa del *status* jurídico del embrión, este merece la más amplia cautela como sujeto de derecho especial que es. Debe descartarse la idea de la utilización de sus elementos biológicos, si se justifica su aplicación con nociones o conceptos creados antojadizamente como es la viabilidad. Esto es subjetivo, siendo así, no podremos reservar, garantizar ni asegurar los intereses de la vida humana en estado de desarrollo primario (*in vitro* o gestacional).

No importa cuándo se inicia la vida, ni cuándo adquiera las condiciones necesarias para lograr un desarrollo seguro y pleno. Lo sustancial es la defensa de la vida como proceso y no como instante biológico.

⁶¹ *Loc. cit.*

CAPÍTULO QUINTO

IDENTIDAD GENÉTICA

Los lazos de parentesco son variados y múltiples, de diverso origen e intensidad. Se extienden como un vínculo o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza (consanguinidad), de un acto jurídico matrimonial (afinidad) o de la propia voluntad del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado). De todas estas relaciones parentales la más importante y la de mayor jerarquía es la filiación (del lat. *filius*, 'hijo'), entendida como la relación jurídica parental yacente entre el hijo y su padre. Consustancial al ser humano, la filiación forma parte del derecho a la identidad habiendo surgido nuevos derechos que tienden a su protección y determinación, como el derecho a la individualidad biológica y el derecho a conocer el propio origen biológico, prerrogativas estas que son innatas en el hombre (*ius eminis naturae*).

Sección I. Marco teórico

§ 71. FILIACIÓN

En la doctrina existen diversas acepciones de filiación, según se tome en cuenta su trascendencia en la persona, la familia y la sociedad. Así tenemos que la filiación en sentido genérico es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, en sentido estricto, la que vincula a los hijos con sus padres y que establece una relación de sangre y de derecho entre ambos.

PLANIOL y RIPPERT dicen que la filiación es la relación que existe entre dos personas¹, de las cuales una es el padre o la madre de la otra. MÉNDEZ COSTA la define como “el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado”². Para CICU es el estado cuya característica es “que forma parte de una serie de relaciones que unen al hijo, no solo con sus padres, sino también con todos los parientes de sus padres”³. Según DOMÉNICO BARBE-

¹ MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, I, núm. 1280, 1948, pág. 454.

² MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA, *La filiación*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1986, pág. 13.

³ ANTONIO CICU, *La filiación*, 1ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1930, pág. 18.

RO, la “filiación es, ante todo, ‘el hecho’ de la generación por nacimiento de una persona, llamada ‘hijo’, de otras dos personas, a quienes se llama ‘progenitores’”⁴. Por su parte, partiendo de que la procreación es obra del padre y de la madre, ESPÍN CÁNOVAS manifiesta que la filiación es aquella “relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera”⁵, en igual sentido SCHMIDT y VELOSO, quienes complementan y nos dicen que la filiación “constituye un vínculo jurídico, quizás uno de los más importantes que el derecho contempla, porque de él derivan un conjunto de derechos, deberes, funciones y, en general, relaciones entre dos personas, que en muchos casos perduran por toda la vida [...] casi siempre este nexo jurídico va acompañado de un vínculo sentimental profundo y duradero”⁶. En la doctrina nacional moderna se ha dicho que la filiación es la más importante relación de parentesco y que partiendo de una realidad biológica, cual es la procreación, surge una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones que tiene como tema central la problemática legal acerca de los padres e hijos⁷.

La filiación es la *conditio sine qua non* para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es una forma de estado de familia. De allí que se diga que la filiación implica un triple estado:

- Estado jurídico. Asignado por la ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra.
- Estado social. En cuanto se tiene respecto a otra u otras personas.
- Estado civil. Implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad.

La importancia que tiene para el derecho la determinación del nexo entre el engendrado y sus progenitores es esencial, ya que del mismo surge una vasta gama de derechos, deberes y obligaciones. Bien lo señala ESCRICHE⁸, los términos paternidad y filiación expresan calidades correlativas, esto es, aquella la calidad de padre y esta la calidad de hijo. A pesar de las marcadas características de cada uno de estos términos, la corriente jurídica que postuló la igualdad entre los hijos ha llevado a abolir toda diferencia entre paternidad y filia-

⁴ DOMÉNICO BARBERO, *Sistema del derecho privado*, t. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, pág. 105.

⁵ DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de derecho civil español*, vol. IV, 7ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982, pág. 338.

⁶ CLAUDIA SCHMIDT y PAULINA VELOSO, *La filiación en el nuevo derecho de familia*, Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 2001, pág. 81.

⁷ MAX ARIAS SCHREIBER PESTE; ÁNGELA ARIAS SCHREIBER y ENRIQUE VARSI ROSPIGLIOSI, *Exégesis*, t. VIII, Lima, *Gaceta Jurídica*, 2001, pág. 11.

⁸ JOAQUÍN ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Librería de Ch. Bouret, 1884, pág. 203.

ción⁹ a efectos de no determinar el modo, circunstancias, tiempo y forma como ha sido concebida una persona.

De ello tenemos que la filiación es consustancial e innata al ser humano en el sentido de que el *status filii* es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación (derecho a conocer su propio origen biológico) no solo para generar consecuencias legales, sino también para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad.

§ 72. LO BIOLÓGICO Y LO JURÍDICO

Todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado, esta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción en relación con los progenitores. De allí que se diga que “la filiación humana está basada, pues, en la aportación de material genético con el que se produce la fecundación”¹⁰. Para que surta efectos legales debe ser conocida conforme a derecho, de manera tal que la filiación legal (hecho jurídico) es aquella que determina la ley (presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial) o la voluntad procreacional del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado), adquiriéndose la calidad de padre o madre¹¹.

La filiación está determinada por la paternidad y la maternidad, de manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación¹², constituyendo esta el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paterno filial. Sin embargo, esta relación puede constituirse sin hecho biológico (filiación sin procreación: adopción)¹³ o existir hecho biológico y no

⁹ PEDRO SILVA RUIZ, “El derecho de familia y la inseminación artificial ‘in vivo’ e ‘in vitro’”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Edit. Derecho Reunidas, t. LXXI, 1987, enero-diciembre, pág. 326.

¹⁰ MIGUEL ÁNGEL SOTO LAMADRID, *Biogenética, filiación y delito*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1990, pág. 72.

¹¹ En lo referido a las fuentes de la filiación MARCIAL RUBIO, alineándose con la teoría de la voluntad procreacional, alega que existen tres formas de producir la relación paterno-filial para el derecho: 1) La consanguinidad, como regla general, 2) la adopción y, 3) la voluntad del marido de asumir la paternidad del hijo de su cónyuge que no sea hijo suyo, y la voluntad de quien declara ser padre o da la condición de hijo a alguien que no tiene vínculo genético con él (véase “Las reglas del amor en probetas de laboratorio”, en *Biblioteca de Derecho Contemporáneo*, vol. 2, Lima, Pontificia Universidad de Católica del Perú, Fondo editorial, 1996, págs. 45 y 46).

¹² MARÍA DOLORES VILA-CORO BARRACHINA, *Introducción a la biojurídica*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1995, pág. 154.

¹³ La equiparación de los hijos de sangre con los adoptivos es parte de la teoría de la desbiologización de la paternidad. Véase a HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil”, en *Revista dos Tribunais*, Sao Paulo, Edit. Revista dos Tribunais, año 79, vol. 662, diciembre 1990, 662, pág. 14.

filiación (procreación sin filiación: expósitos) o no existir una procreación propiamente dicha y una filiación por determinarse (reproducción asistida y filiación indeterminada).

El problema surge cuando se intenta relacionar el vínculo biológico con el jurídico. Mientras el biológico es natural, ilimitado y reservado en su determinación, el jurídico es creado, limitado y concreto en su establecimiento. Como vemos, se contraponen, hasta cierto punto.

Escapa al derecho la posibilidad de crear un vínculo biológico. Solo lo puede reconocer o impugnar, de allí que el vínculo jurídico no es el elemento creador de la filiación, sino que es el elemento calificador y condicionante de la misma.

Existen, asumiendo esta posición, dos cuestiones elementales en lo que atañe a la filiación, a saber: el hecho biológico de la procreación¹⁴ y el acto jurídico de su prueba.

Estos dos presupuestos básicos relacionados con la filiación sientan sus bases en las ciencias biológicas, las que tienen como regla evidente el hecho de que cada hijo tiene necesariamente un padre que lo fecundó y una madre que lo alumbró. Sin embargo, para el derecho puede carecerse de uno de ellos o de los dos porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre estos no está necesariamente la atribución de un estado de filiación.

§ 73. CLASES O GRADOS DE PATERNIDAD

Decir que una persona es padre de otra no supone, necesariamente, la existencia de un vínculo biológico, esta afirmación se sustenta en que ser padre implica actuar oficiosa y veladamente cuidando a la prole (padre es el que cría), mientras el término progenitor indica el vínculo biológico entre una persona y otra por la cual uno es el genitor y otro el generado (progenitor es el que engendra). Desde esta orientación MARÍA DOLORES VILA-CORO¹⁵, de manera clara y acertada, precisa las clases o grados de paternidad en el siguiente sentido:

Paternidad plena: el padre es aquel que ha engendrado al hijo (padre biológico) y tiene una relación jurídica con la madre (matrimonio o concubinato) que le otorga la calidad de *padre legal*. Tiene una presencia física en el hogar, en el desarrollo del niño y ejerce los derechos y obligaciones paterno-filiales.

Es el caso de una paternidad absoluta o completa en la que no existe disociación entre el aspecto biológico y el legal.

¹⁴ “El hecho de la procreación interesa al derecho solamente en cuanto da lugar a una relación social especial. Por la procreación se produce un sujeto de derecho que se relaciona con los demás individuos y con el Estado. Pero se origina también una relación especial entre procreantes y procreado, lo cual significa que hay una actividad particular que deriva de tal cualidad, que hay deberes y derechos que se refieren a ella”. CICU, *op. cit.*, pág. 1.

¹⁵ VILA-CORO BARRACHINA, *Huérfanos biológicos*, Madrid, San Pablo, 1997, págs. 77 a 86.

Paternidad referencial: es el padre cuyo hijo no goza de su presencia física, pero tiene referencias de él que le ayudan a desarrollarse dentro de los conceptos o lineamientos de una familia con antecedentes y estirpes. El hijo conoce la identidad de su padre (rasgos, profesión, calidades, etc.). Se puede presentar en dos casos:

- Aquella que corresponde al hijo de una pareja en la que el marido ha fallecido o está ausente.
- Aquella que se da por fecundación *post mortem*, el hijo tendrá conocimiento de la identidad de su padre, pero está privado de los derechos legales.

Es decir, la paternidad referencial sirve para establecer la identidad filogenética del hijo.

Paternidad social: en esta el padre ha engendrado al hijo, pero no convive con él, de manera tal que su relación no tiene efecto legal, pero sí contenido emocional, ya que le permite tener a un hombre como imagen de padre.

Padre excluido: Es aquel padre que, producto de una técnica de reproducción, ha cedido su material genético (de manera anónima, pues prima la reserva en su identificación) sin compromiso de asumir una paternidad, privando del derecho de conocer su identidad al hijo engendrado con su semen. El hijo no cuenta con la persona del padre ni con su presencia referencial: no podrá establecer su identidad.

Todo ello lleva a afirmar que la paternidad representa una multiplicidad de lazos y variedad de relaciones que, organizadas entre sí, orientan la labor natural del hombre en la familia cual es la interrelación padre-hijo. En otras palabras, la paternidad implica consideraciones de orden personal, biológico, social y legal, generando en su conjunto un estado paternal pleno.

§ 74. NUEVA TEORÍA DEL PARENTESCO GENÉTICO

Comentábamos en nuestra tesis doctoral¹⁶ en el capítulo sobre “Parentesco, filiación y vínculos genéticos”, que el parentesco es la relación existente entre sujetos en virtud de la consanguinidad, afinidad o adopción que conforman una familia (la amplia), mientras que la filiación es aquella que configura el núcleo paterno-materno-filial, esto es, la relación del hijo con su padre o madre (también llamada familia nuclear). Como estado de familia general, el parentesco reposa sobre la filiación, siendo esta su fuente.

En sentido amplio, cuando decimos que dos personas son parientes entre sí es porque tienen un antecesor común (tronco) y entonces se habla de estir-

¹⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Filiación, derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*, Lima, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1999, págs. 38 a 40.

pes. En sentido restringido, cuando existe una relación de descendencia en línea directa inmediata surge una paternidad o maternidad (padre o madre: hijo). Lo que implica que la filiación, estructurada sobre la base del parentesco, es aquella relación parental entre dos personas que tienen un parentesco consanguíneo en línea recta ascendente en primer grado (hijo: padre-madre).

Las clases de parentesco implican la extensión de sus efectos (el consanguíneo es más fuerte que el afín, la línea recta que la colateral y los grados más cercanos frente a los más remotos). Por su parte, la filiación, como estado de familia específico, genera efectos *erga omnes* respecto de quienes gozan de la misma.

Como forma de vincular a las personas dentro de una familia, y tomando en consideración las nuevas formas de individualización e identificación, el parentesco está variando su composición originaria que se sustenta en el método romano basado en la *teoría pangenética de la herencia* y se está orientando hacia sus verdaderos objetivos, encontrar la real vinculación sanguínea entre las personas, *teoría genética de la herencia*.

De esta manera, es adecuado mencionar las diferencias entre ambos sistemas:

Sistema romano

Los grados de parentesco se determinan por las líneas generacionales entre las personas, ascendiendo hasta un antecesor común.

- Grado, vínculo entre dos individuos que forman una generación.
- Línea, es la serie no interrumpida de grados.
- Tronco, es el ascendiente común de dos o más ramas.

Sistema genético

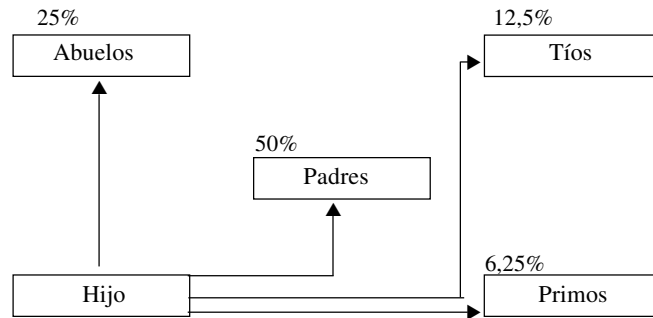
El parentesco se especifica de acuerdo con los genes idénticos que en proporción adquiere por transmisibilidad la descendencia.

- Proporción de genes idénticos al de un antecesor común.
- Reservorio común de genes iguales por descendencia, lo que establece el grado de parentesco.

De allí que COKE alegue que: "... el derecho romano y los Códigos Civiles estatuyen que los grados de parentesco de la familia están determinados por las distancias generacionales entre las personas, ascendiendo hasta un antecesor común. Por el contrario, la teoría genética estatuye que los grados de parentesco están determinados en proporción de genes idénticos por descendencia"¹⁷.

Para ser más explícitos proponemos como ejemplo el siguiente esquema:

¹⁷ RICARDO COKE, "Nueva nomenclatura familiar del genoma humano", en *El derecho ante el proyecto genoma humano*, vol. IV, Madrid, Fundación BBV, 1994, págs. 147 a 154.



Porcentaje de transmisión de genes idénticos

Explicación: el hijo heredará de cada uno de sus padres el 50% de información genética, mientras que de sus abuelos el 25% en conjunto. Así mismo, respecto de los hermanos de sus padres el 12,5%, compartiendo 6,25% con sus primos hermanos.

Esto nos lleva a reflexionar que el origen del parentesco ha encontrado su verdadera fuente en la *teoría genética*. Esta busca la exacta relación entre la identidad ontogenética (individualidad) y la identidad filogenética (parentalidad).

Como bien refiere ROBERTO ANDORNO, las nuevas técnicas de reproducción alteran subrepticamente la representación del valor clásico de la persona, su corporeidad y la familia, basada en los lazos de sangre. El empleo de gametos extraños a la pareja, al provocar la atomización de la paternidad y de la maternidad, determinan que las nociones de ‘ascendientes’ y ‘descendientes’ pierdan su razón de ser. Este fenómeno nos coloca frente a una pregunta clave: ¿es imaginable producir una especie humana privada de todo lazo genealógico? Según LEÓN KASS¹⁸, más bien cabe pensar lo contrario, es decir, que los ciudadanos del mañana, privados de todo vínculo genealógico, se verían condenados a vivir en un presente solitario e impersonal, esencialmente inhumano¹⁹.

El mismo ANDORNO indica que la técnica de clonación con su fin ultraindividualista implicaría la pérdida de identidad de los ciudadanos de las generaciones futuras que, después de haber sido duplicados hasta el infinito, “ya no sabrán exactamente quién es quién, ni quién proviene de quién”²⁰.

¹⁸ LEÓN KASS, *Toward a More Natural Science. Biology and Human Affairs*, New York, The Free Press, 1985.

¹⁹ ROBERTO ANDORNO, “¿Tenemos el derecho de modificar la especie humana?”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. VII, núm. 25, Galicia, España, Grupo de Investigación en Bioética de Galicia, 1996, págs. 10 y 11.

²⁰ *Ibidem*, “¿Podrá el derecho evitar la clonación humana?”, en *La Ley*, Buenos Aires, en prensa.

En definitiva, todos tenemos un mismo tronco común, asumiendo la teoría de la evolución de DARWIN, en otras palabras, si la humanidad recorre su genealogía en busca de los más viejos ancestros, encontrará lejos (miles de años) un abuelo y una abuela comunes²¹.

§ 75. PRINCIPIO DE PRUEBA DE PATERNIDAD

La indagación realizada en proceso judicial para la investigación de paternidad permite el ejercicio de una facultad inherente de la persona, conocer su ascendencia o descendencia, sentido por el cual algunos sectores doctrinarios argumentan que su naturaleza jurídica le otorga la calidad de ser un derecho de la persona, el derecho a la investigación de la paternidad.

La investigación judicial de la paternidad está sustentada en presunciones, estas significan situaciones que permiten la investigación de la prueba²² y el debate de la paternidad, pero de ningún modo determinarán una declaración de paternidad (por sí solas) si no se acreditan previamente y de manera debida. Estos elementos son las presunciones de paternidad y funcionan como hipótesis o indicios, reflejando casos comunes de la vida social²³ que nos lleven a suponer que una persona es padre de otra, porque existen hechos ocurridos, conductas asumidas o situaciones por comprobarse, que así lo indican (rapto, retención violenta, seducción, violación, concubinato —todos coincidentes con la época de la concepción—, posesión de estado o escrito indubitado).

²¹ ANTONIO MADRIDEJOS, “Adán no conoció a Eva”. Un estudio genético ubica en el tiempo a los ancestros comunes más lejanos, en <http://www.elperiodico.com>. El artículo aclara que “De acuerdo con el estudio, que hoy publica la revista *Nature Genetics*, los 6.000 millones de humanos actuales comparten un tatarabuelo y una tatarabuela, bautizados simbólicamente como Adán y Eva, aunque eso no significa que tengan todos los ancestros idénticos. Si retrocedemos solo 10 generaciones, sin consanguinidad, cada uno de nosotros debe sus genes a 1.024 antepasados (512 varones y 512 mujeres)” (20diciembre 2000).

²² Ante una demanda de declaración de filiación extramatrimonial el juez, por interés superior del niño, ordenará una investigación judicial de paternidad sobre todo por el carácter oculto en que generalmente se desarrollan las relaciones sexuales extramatrimoniales. Cas. 720-97 (Lima), DOEP, 3 diciembre 1998.

²³ Dichos o refranes populares se han referido a la determinación de la paternidad: 1. “Los hijos de mis hijas nietos míos son, los de mis hijos sábelo Dios”, 2. ¡Ay, hijo mío!, cómo te pareces a tu verdadero padre”, 3. “De tal palo, tal astilla”, 4. “De tal padre, tal hijo” (*qualis pater, tales filius*), 5. “Del perro se ve, del gato se oye y del hombre se presume”, 6. “De padres jilgueros, hijos cantores”, 7. “De padres gatos, hijos mininos”, 8. ¿Por qué será que el hijo de Eneas, es parecido a Benitín?, 9. “Sí, nosotros somos rubios, pero Johnny es morenito porque nació en África ...”. Mentiras Universales. Véase a SOFLOCETO, “Humor dominical”, en El Dominical, suplemento del diario *El Comercio*, Lima, LII, núm. 21, 24 mayo 1998, pág. 19, 10. “El niño reconoce a su madre por la sonrisa, pero a su padre...?” (VIRGILIO), 11. “No es la carne y la sangre, sino el corazón lo que hace padres e hijos” (SCHILLER).

Todas y cada una de las presunciones admiten prueba en descargo del demandado. Así, el supuesto padre probará por los medios que le faculta la ley —el más efectivo, la prueba negativa de los grupos sanguíneos— su no paternidad.

En resumen, diremos que estas presunciones se caracterizan porque:

- No determinan automáticamente la paternidad.
- Son un requisito para indagar la paternidad.
- Deberán ser probadas.
- Son hechos sociales.
- Son presunciones *iuris tantum*.
- Admiten a debate la alegada relación filial.
- Pierden su eficacia frente a hechos biológicos.
- Están basadas en relaciones factuales, comunes, universales y de conducta.
- Son desestimadas plenamente cuando se haya demostrado biológicamente que el demandado no es el padre, no obstante haberse probado (art. 402, *in fine*, modificado por la ley 27.048) tal circunstancia.

Las presunciones de paternidad están siendo desplazadas por las biopruebas. Es más, la aplicación de las biopruebas y la negativa de la parte a su sometimiento ha generado el surgimiento de una nueva presunción. Compartimos con ZANNONI el hecho de que “si las conclusiones de la pericia arrojan un índice de paternidad probada de (99% o más), es casi ocioso preguntarse acerca de otras circunstancias que, antes, permitían inferir solo presunciones *hominis*”²⁴.

Esta formulación restrictiva para la investigación de paternidad ha llevado a plantear en el sistema español dos tendencias teóricas definidas *en pro* o *en contra* de un sustento preliminar o principio de prueba para demandar la indagación filial. Estas son:

A) *El principio de prueba como límite al derecho a la tutela judicial efectiva*

El Código Civil español establece en el artículo 127 que “En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba en que se funde”. El Código Civil de Québec indica en el artículo 533 que “La probanza de la filiación se puede realizar por cualquier medio de prueba...”.

²⁴ EDUARDO ZANNONI, “Identidad personal y pruebas biológicas”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 13, Derecho privado en la reforma constitucional, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1997, pág. 167.

Debemos mencionar que en el caso de los supuestos de paternidad consagrados en el Código Civil peruano (arts. 363 y 402) surge la interrogante siguiente, ¿son taxativos o enunciativos? Es decir, solo es procedente la demanda cuando se sustenta necesariamente en alguno de los indicados en la ley o cabe la posibilidad de fundamentar una futura acción en un supuesto no contemplado expresamente.

De ser lo primero, que prime la taxatividad, se estaría consolidando exclusivamente una verdad formal (*favor legitimatis*), que cobijaría solo aquellos hechos que se alinean con la ley. Si es lo segundo, con fundamento en el criterio enunciativo, tenderíamos al establecimiento de una verdad real (*favor veritatis*); en esta, las posibilidades para accionar en paternidad no están enunciadas taxativamente, por lo que será labor de interpretación y probanza que nos aproxime a lo biológico. Sobre este último sentido se ha pronunciado la jurisprudencia peruana²⁵, así como la brasileña²⁶ de manera que se puede volver a accionar una investigación de paternidad si el motivo alegado es diferente al presentado en proceso anterior.

B) *La legitimidad del principio de prueba en defensa de otros valores*

Otra corriente sostiene que si bien la exigencia de un principio de prueba responde a una previsión legal, a fin de tutelar otros valores constitucionales,

²⁵ El juzgador decidió la controversia aplicando la norma legal pertinente al caso concreto, no obstante no haber sido sustentada la demanda en una de las causales de filiación extramatrimonial, contenidas en el art. 402 del C. C. De esta manera hace uso de la facultad que le concede el artículo VII del TPCPC. Cas. 3759-2000 (Lima), DOEP, 27 febrero 2001.

“... c) la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, refiere que el artículo séptimo del título preliminar del Código Adjetivo proclama el carácter rigurosamente legal de la administración de justicia cuando señala que el juez debe aplicar el derecho; que la Sala de Familia no ha aplicado el derecho, sino una imaginaria creación legislativa elaborada por ellos mismos, además, han reconocido expresamente al admitir que el caso *sub iudice* no estaba previsto en ninguno de los incisos del artículo cuatrocientos dos del Código Civil, por lo que se ha vulnerado el principio de legalidad de la administración de justicia consagrado en la Constitución Política del Estado y en el artículo 1° de la Ley Orgánica del Poder Judicial; ... Tercero: Que en cuanto al tercer cargo, esta denuncia está dirigida a cuestionar la interpretación modificativa efectuada por la sala de mérito, sustentada en una línea jurisprudencial, que ha sido recogida con posterioridad en la ley veintisiete mil cuarentiocho, y a la que se podía arribar luego de una interpretación sistemática del conjunto de normas que regulan el derecho familiar, hechos que en estricto no configuran contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, sino el ejercicio de la facultad conferida por el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Civil, como es el de aplicar el derecho que corresponda al proceso, fundamentando su decisión en hechos alegados por las partes...”. Cas. 1753-2000, Lima.

²⁶ “O autor de ação de investigação de paternidade rejeitada pelo Poder Judiciário pode entrar com novo pedido na Justiça, desde que o motivo alegado seja diferente do apresentado no processo anterior. O entendimento serviu para a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça determinar o prosseguimento de ação de investigação de paternidade impetrado por uma comerciante do Rio Grande do Sul. Ela alega ser filha de um fazendeiro que já morreu”. Véase “Quem é o pai?, Ação de paternidade pode ser impetrada mais de uma vez”, en *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, www.conjur.com.br, 13 septiembre de 2001.

para determinar qué casos admiten a debate la relación filial, este prerequisite, u obstáculo, satisface esta exigencia —en parte puede decirse que es justificado— lo que supone que la actitud del juez que exige el principio de prueba no podrá ser catalogada de arbitraria.

Más aún, si es claro que en los procesos de filiación se ha interpretado esta exigencia con cierta flexibilidad, admitiendo pruebas de por sí indirectas (tipología sanguínea, fotografías, afinidades personales) en aras de ampliar las posibilidades de su investigación.

El derecho y la ley deben reconocer expresamente la facultad inherente que tiene el hijo de reclamar judicialmente su estado filiativo²⁷ y exigir a sus padres que cumplan con los deberes y obligaciones naturales que tienen respecto de él. Entendemos que el Estado tiene interés en que ni la sombra ni la confusión se proyecten a tan trascendental relación, debiendo dictar medidas de protección para asegurar el cumplimiento de la filiación y de los deberes familiares. Sin embargo, la relación paterno-filial y su connotación universal han determinado que el Estado no solo haya tomado medidas legales para remediar los problemas suscitados, sino que ha tenido que valerse de alternativas biomédicas, como las más adecuadas, para resolver el problema de la relación filial. A ello se suman los programas de planificación familiar que han servido para disminuir la tasa de natalidad.

El cambio esencial y necesario del derecho se ve reflejado en temas como:

- La igualdad de los hijos.
- La permisibilidad en la investigación de la paternidad.
- La admisibilidad de las pruebas heredobiológicas en la investigación de la filiación paternal.
- El amparo a la paternidad responsable.

Dejamos esbozadas estas ideas a fin de que, de acuerdo con un sano criterio, podamos encontrar una solución pronta y adecuada a este espinoso problema de la determinación de la paternidad y de la igualdad entre los hijos.

§ 76. NATURALEZA Y VALOR JURÍDICO DE LAS PRUEBAS HEREDOBIOLOGICAS EN LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

La pericia es un medio de prueba que fue creado con objeto de examinar cuestiones que si bien merecían conocimientos especializados solo servían para

²⁷ Muchas veces el accionar en paternidad daña algunos derechos del menor, tal es el caso de la intimidad al difundirse o publicitarse lo actuado. “El actor en un juicio de filiación promovido contra un célebre deportista solicitó y obtuvo del juez de primera instancia que se prohibiera a la prensa difundir noticias o datos sobre el menor involucrado en el pleito, bajo apercibimiento de multa y desobediencia. Apelada tal resolución por la agencia Diarios y Revistas, la Cámara limitó la prohibición a cualquier noticia vinculada con el pleito, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiera darse a la sentencia definitiva. Concedido el recurso extraordinario deducido por la misma agencia, la Corte, por mayoría, confirmó el decisorio solo en cuanto a los datos que pudieran servir para identificar al menor”. *La Ley*, Buenos Aires, año, LXVI, núm. 25, 5 febrero 2002.

otorgar al juez elementos de mera convicción. Es decir, permitían, igual hoy, comprobar mediante elementos científicos, artísticos o industriales, cuál es la relación existente entre los hechos controvertidos y el derecho de los justiciables, a fin de obtener una correcta solución a su pretensión.

En definitiva, la pericia sirve para ayudar y colaborar con los conocimientos del juez, dejando en claro que no determinan probatoriamente nada, solo fijan futuras pautas que se deben seguir para permitir una adecuada decisión judicial.

Hoy, la ciencia ha avanzado considerablemente. A pesar de ello nuestra legislación sustantiva y adjetiva vigente es inadecuada para regular los progresos científicos que, desde su ángulo procesal-probatorio, deben ser regulados por las reglas de la pericia, conforme ha sido siempre entendida. Como tal, este medio de prueba es insuficiente para permitir una decisión acertada, correcta y determinante en casos especiales. Efectivamente, en nuestros días, y a causa del vertiginoso avance de la ciencia, tanto los procedimientos como las reglas que norman procesalmente la pericia resultan inapropiados a muchos métodos y aplicaciones científicas que pueden, *per se* y con absoluta certeza, resolver la materia controvertida.

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de las pruebas biomédicas. Se ha alegado, por un lado, su característica pericial *sui generis* y, por otro, el modo de aplicación puramente técnica de la cual goza.

Para nuestro ordenamiento procesal, la pericia más que una prueba es un medio para la obtención de elementos probatorios que esclarezcan los hechos controvertidos en el juicio. El dictamen pericial en ningún momento podrá obligar al juez, quien está facultado para valorarlo de acuerdo con reglas de apreciación²⁸.

El juzgador no puede reemplazar al técnico especializado e incursionar en un terreno tan espinoso y vedado para el derecho como es la transmisibilidad de los marcadores genéticos de generación en generación, desestimando los principios biológicos en los cuales se sustenta el informe pericial. Sin duda alguna (insistimos en esta idea), la palabra del especialista que interviene en estas pruebas no puede ser considerada *cosa juzgada*, pero tampoco podemos negarle que en gran medida lo es.

Además, efectivamente, la técnica genética se convierte en una prueba de indiscutible valor en la decisión judicial²⁹. Con ella se demuestra de manera

²⁸ “Si bien es cierto que la prueba de ADN reviste un reconocido grado de certeza científica, también es cierto que no obliga al Juzgador, pues se debe atribuir a dicha prueba la calidad de ilustrativa con sujeción a las reglas de la crítica”. Exp. 3446-96, Lima. CD Explorador jurisprudencial 2001-2002, Diálogo con la jurisprudencia.

²⁹ Debe tenerse presente que el juez ha dado a la prueba de ADN un valor simplemente coadyuvante, ello teniendo en cuenta que su incorporación a la legislación sobre la materia es posterior a la interposición de la demanda. Sin embargo, este hecho no perjudica el derecho de contradicción de los recurrentes y, por ende, no contraviene de modo alguno las garantías del debido proceso”. Cas. 65-2001 (Lima), DOEP, 8 marzo 2001.

biológica *quién es el padre* o, en su caso, *quién no puede serlo*, lo que producirá de inmediato una valoración absoluta del resultado, determinante al momento de expedir sentencia³⁰. Es más, con las pruebas genéticas puede volverse a demandar impugnaciones o declaraciones de paternidad o maternidad que fueron declaradas en su momentos infundadas, ya que no se probaron los supuestos alegados³¹.

Desde el punto de vista jurídico resulta forzada la valoración y vinculación judicial de la prueba genética en los juicios de investigación paternal. Debemos considerar las leyes biológicas y principios genéticos en los cuales se sustenta la prueba heredobiológica de paternidad y relacionarlos con lo poco coherente que resulta la valoración subjetiva que otorga nuestra ley procesal a las pericias en general, sin hacer la distinción o clasificación que requieren estos tipos de investigaciones técnico-científicas.

§ 77. PRUEBA ORDINARIA

Concretamente, las pruebas biopaternal son de carácter ordinario o común, es decir, no son obligatorias. Su utilización no es necesaria, exclusiva o preferente. Podemos prescindir de ellas, pues la investigación filial implica un análisis amplio de todas las pruebas existentes, agotándose los medios necesarios. La biologización judicial de la paternidad no debe tomarse como premisa fundamental ni única. Por sobre todo, estas pruebas deben orientarse, y así utilizarse, al hecho principal.

³⁰ En la corriente procesal (Uruguay 1989, Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica 1988, Paraguay 1987, Venezuela 1986, Argentina 1981, Perú, 1992) las pruebas plenas o tasadas ya han sido desplazadas.

El juez tiene mayor poder de decisión para valorar libre y ampliamente los medios de prueba, independientemente de su valor probatorio. El criterio dictaminador del juez se ceñirá a la certeza y eficacia de la prueba, pero será él quien juzgue conveniente (según su correcto y leal entender) el resultado obtenido. Para ello, no solo será exiguo mencionar la existencia de una novísima prueba, sino que también será necesario agotar jurídica y técnicamente su esencia con el objetivo de obtener la convicción judicial deseada.

³¹ “Existiendo un proceso de reclamación de la paternidad extramatrimonial en el que se declaró infundada la demanda ¿puede ejercitarse tal pretensión invocando la causal del inc. 6º del art. 402, modificado por la ley 27.048, referida a la acreditación del vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza? Resulta evidente que no podrá prosperar la excepción de cosa juzgada, por cuanto se trata de *causa petendi* diferentes; salvo que ... se incurra en el error de configurar esta nueva causa petendi invocando los mismos hechos que fueron objeto de debate y análisis en el proceso anterior” (ALEX F. PLÁCIDO VILCACHAGUA, “El petitum y la causa petendi en la reclamación de paternidad extramatrimonial”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, núm.40, enero, 2002, pág. 35).

§ 78. PRUEBA EXTRAORDINARIA

En Italia, la jurisprudencia³² ha determinado que la prueba biopaternal tiene carácter extraordinario, en otras palabras, es practicable solo cuando el juez no puede alcanzar de otro modo su convencimiento directo. En todo caso, se presenta como excepcional. Este criterio es limitativo, ya que restringe a los tribunales de una de las herramientas de convicción más certeras en la determinación de la paternidad.

Será esencial recurrir a las biopruebas en aquellos supuestos en los que exista prueba preliminar o suficiente (principio de prueba) para admitir la demanda, pero será insuficiente por sí sola para acreditar la paternidad.

En Argentina, este sentir legal es consagrado en la ley 23.511 (ley de banco de datos genéticos), que en su artículo 4° expresa que “cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable se practicará el examen genético...”.

Esto servirá como un medio para salvaguardar el derecho de todo ciudadano a no verse sometido a reconocimientos de carácter biológico a causa de demandas —como las denomina la jurisprudencia española— frívolas o torticeras.

§ 79. LA PRUEBA BIOLÓGICA Y LOS INTERVINIENTES EN EL PROCESO JUDICIAL DE FILIACIÓN

El hecho de que se fomente la bioinvestigación de la paternidad no implica que se vulneren las relaciones sociales existentes, de allí la exigencia de un principio de prueba, a fin de vincular el principio de veracidad (que corresponde al demandante) con el de seguridad jurídica y estabilidad (que subyace en el proceso). Con esta orientación MÉNDEZ COSTA argumenta “que no podría exigirse la prueba hematológica si antes no se ha demostrado por cualquier medio que el hecho de la filiación demandada es posible”³³.

De modo que quienes intervienen necesariamente en todo proceso judicial son el juez y las partes.

§ 80. EL JUEZ Y LA PRUEBA BIOLÓGICA

Toda prueba debe tener vinculación con los hechos alegados y producir certeza en el juez respecto a los puntos controvertidos, a fin de que sea de utili-

³² Sentencia de la Corte di Cassazione, 2 marzo 1976 y 4 marzo 1960, Véase a FRANCISCO LLEDO YAGÜE, “Las pruebas biológicas en los procesos de paternidad”, *La Ley*, Buenos Aires, 1986, pág. 1.075, notas 2 y 4.

³³ Citado por CECILIA P. GROSMAN Y CARLOS ARIANNA, “Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”, en *La Ley*, Buenos Aires, t. 1992, pág. 1194.

dad para fundamentar sus decisiones³⁴. En tal sentido, el juez puede negarse a admitir una prueba si la considera improcedente o ilegal. Por el contrario, está obligado a su admisión cuando se refiera a los hechos controvertidos y a la costumbre, cuando esta última sustente la pretensión³⁵ (obligatoriedad judicial). Con similar posición, la jurisprudencia brasileña ha establecido que, habiendo elementos suficientes para el convencimiento del juez respecto a la paternidad objetiva en la acción de investigación, es necesario el examen hematológico HLA, a fin de evidenciar que el supuesto padre es el portador del fenotipo raro.

§ 81. LAS PARTES Y LA PRUEBA BIOLÓGICA

La aplicación de la prueba genética suscita sendas cuestiones de carácter procesal, sea en lo referente a su admisibilidad³⁶, eficacia³⁷ y obligatoriedad a su sometimiento. Es en este último aspecto que las implicaciones directas con el órgano jurisdiccional que conoce la causa y con las partes que discuten el nexo biológico determinan efectos jurídicos trascendentales.

§ 82. OBLIGATORIEDAD DE LAS PARTES A SOMETERSE AL EXAMEN HEREDOBIOLOGICO

Este es el punto de mayor importancia en la aplicación judicial de las pruebas biológicas. El sometimiento de las partes a las experticias en estudio moti-

³⁴ “El recurso de casación no reúne los requisitos de fondo para establecer su procedencia, aunque sí cumple con los requisitos de forma para su admisibilidad... Que la prueba de ADN no se actuó con las formalidades de ley”. Cas. 2818 de 1999 (Lambayeque), DOEP, 1º diciembre 1999.

³⁵ Relacionado con el principio de pertinencia, art. 190 del C. P. C.

³⁶ “Siendo un cálculo de probabilidad el acontecimiento de la paternidad extramatrimonial, es de resaltar la prueba del ADN, la misma que viene a dar plena certeza respecto del padre biológico, con un nivel de aproximación científica del 99,86%. El carácter científico de la prueba genética del ADN da valores absolutos que encuadra perfectamente en la *ratio legis* del Código Civil y debe ser admitida por el Juzgador sin reserva ni limitaciones”. Exp. 3114 de 1996, Lima. CD Explorador jurisprudencial 2001-2002, *Diálogo con la jurisprudencia*.

“Que la denuncia de la aplicación indebida del inc. 2º del art. 403 [*sic*. 402] del C. C. no resulta procedente, toda vez que está referida a un tema de prueba relativo a la acreditación del concubinato durante la época de la concepción del menor, lo cual resulta ser ajeno a los fines y a las causales sustantivas del recurso de casación que versan exclusivamente sobre cuestiones de derecho. Que, igualmente el cargo de inaplicación del art. 402 *in fine*, del C. C. no resulta procedente porque la prueba sanguínea actuada en el proceso no desvirtúa la veracidad de la relación convivencial que ha servido de base para demandar la filiación extramatrimonial”. Cas. 1726 de 2001 (San Roman), DOEP, 25 julio 2001.

³⁷ “Los análisis de ADN constituyen en nuestros días una prueba concluyente para determinar la paternidad. En el presente proceso, la actora pretende que al demandado se le declare padre de su menor hijo amparándose en la correspondencia que ha cursado con este durante la etapa de la concepción y durante la época de su embarazo. La Corte Suprema declara que estas pruebas son insuficientes, pese a la opinión del fiscal supremo y al voto en discordia del magistrado Montoya”. Exp. 316 de 1988-LIMA. CD Explorador jurisprudencial 2001-2002, *Diálogo con la jurisprudencia*.

va innumerables problemas de orden jurídico que van desde los derechos y garantías constitucionales hasta la valoración de la negativa de parte para esclarecer el nexo biológico. Existen dos teorías doctrinales —entre las más importantes—, muy bien definidas, que tratan sobre la relación jurídica de la conducta de parte frente al valor justicia para investigar la paternidad:

A) *Teoría de la justicia como fin supremo*

La obligación de participar activamente y de colaborar en el proceso judicial es un acto inherente a toda persona, por la razón de vivir en un Estado de derecho y con sujeción a las normas del orden jurídico. El sometimiento a las pruebas genéticas ordenadas por el juzgador para investigar la paternidad es una *colaboración obligatoria*, y que de ningún modo atenta contra la libertad individual, en razón de que las técnicas de paternidad son sencillas y no implican una violación de los derechos. Quien alegue tal restricción estaría cometiendo un abuso de derecho. El demandado no está *obligado* a prestar su cuerpo, pero sí tiene la *carga* de hacerlo, porque si no lo hace su negativa constituirá una de las pautas para juzgar la situación de hecho³⁸.

Por sobre todo está el valor justicia y el esclarecimiento de los hechos, más aún tratándose de indagar una filiación que es el sustento de un derecho natural, el derecho a conocer quién es nuestro padre biológico. En todos estos procesos, lo que se busca no es la defensa de los progenitores, sino el reconocimiento de los derechos del hijo. Una forma indirecta que la prueba biológica de paternidad sea obligatoria es el establecimiento de una presunción en caso de que exista una negativa a su sometimiento. Indiscutiblemente, un gran sector de la población —*pro* defensa del niño y de la familia— propugna vivamente la obligatoriedad legal de los exámenes biológicos, es decir, propugnan una forma directa y expresa, reconocida por la ley, para que las pruebas de paternidad tengan el carácter de obligatorias.

B) *Teoría de los derechos de la persona*

Sostiene que a nadie puede obligársele a un examen biocorporal, en razón de la existencia de derechos personales. Si bien estos planteamientos benefician a los litigantes de mala fe, que ocultan y resguardan su responsabilidad paternal en los principios constitucionales de libertad humana y de la inviolabilidad de la persona, debe considerarse que el impedimento para actuar la pericia reside en la coacción o compulsión al sometimiento de la misma. Sin embargo, los argumentos antes mencionados no son del todo válidos al estar de por medio un interés de carácter preferente, consiste en que todo sujeto tiene derecho a conocer quién es su padre.

³⁸ Citado por EDUARDO ZANNONI, “Identidad personal y pruebas biológicas”, en *op. cit.*, pág. 170, nota 20, refiriendo el voto de Cifuentes en el fallo de la Cám. Nac. Civ., Sala C-22 octubre 1993, E. D.157-270.

Los derechos de la persona como la integridad, la libertad, la intimidad, el honor, la igualdad y la tutela judicial efectiva pueden verse afectados por el propio acto de intervención, no importando el resultado que el mismo arroje. Sea negativo o positivo, el daño a los derechos está dado, pero se toma en cuenta el *interés superior del niño* (Código de los niños y adolescentes, art. IX) o *mejor interés del niño*³⁹. En la fase probatoria del proceso, los derechos de las partes pueden verse seriamente afectados por una acción de investigación de la paternidad, es más, cualquier acto realizado contra la voluntad humana atentaría contra sus facultades inherentes.

a) *Derecho a la integridad*. La integridad es la característica propia, el contexto corporal y funcional que como sujeto de derecho le corresponde al ser humano. Su finalidad es proteger al hombre como un *todo*.

Mediante este derecho se determina la protección de la estructura corporal (integridad física), psicológica (integridad psíquica) y social (integridad moral) de la persona humana. De allí que sean contrarios todos aquellos actos tendentes a la vulneración de la corporeidad (*latu sensu*).

Existen casos en los que la integridad cede el frente a casos concretos como son los actos de libre disposición del cuerpo humano y exámenes médicos o quirúrgicos.

La Comisión Europea de Derechos Humanos (decisión de 13 octubre 1989) indicó que “una intervención tan banal como un examen de sangre no constituye injerencia prohibida por el art. 2.1 del Convenio Europeo”. En tal caso, no es dable considerarlo como un ataque al derecho a la integridad, de serlo, la repercusión sería mínima, pues al ejercerse cierto grado de violencia para obtener muestras o fluidos corpóreos, la repercusión es ínfima en comparación con los intereses superiores que emanan de la determinación del origen filial y de la identidad.

No obstante, para fines de la averiguación filial se ha tendido una corriente que declara la *inspectio corporis necessarie*, facilitando y admitiendo la realización (*cuasi* impositiva) de los exámenes sanguíneos.

b) *Derecho a la libertad*. Desde el punto de vista jurídico, la libertad se vincula con el derecho a la autodeterminación y con el derecho a decidir libremente. Se ha determinado, casi unánimemente, que el derecho que más resulta lesionado con la aplicación de las pruebas biológicas es la libertad personal, en el sentido de que a toda persona le corresponde la facultad de oponerse a la ejecución de aquello que sea impuesto sin fundamento legal.

La jurisprudencia española (tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional) se ha manifestado contraria a la imposición coercitiva de la prueba, defendiendo extensamente la libertad individual.

³⁹ La Constitución Política colombiana detalla: “Artículo 44. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

La obtención de una prueba contra la voluntad del sujeto implica una violencia, una fuerza para lograr las muestras necesarias. La *vis absoluta* califica primariamente a esta prueba como ineficaz⁴⁰.

Esta clara tesis lleva a considerar que si bien la voluntad y el consentimiento son la esencia para la validez de una prueba, es preciso valorar la conducta del sujeto a efectos de proteger los derechos que están en juego, en este caso, la libertad personal y el derecho a conocer la identidad de su progenitor.

c) *Derecho a la intimidad*. La vida del ser humano es reservada. En ella se reúnen diversos aspectos (personal, familiar y laboral, entre otros) que, dado su contenido, pertenecen exclusivamente a su titular. Por ello, nadie tiene facultad alguna de conocerlos ni divulgarlos, por lo reservado de los mismos. Esta prerrogativa es el derecho a la intimidad.

En la actualidad, ese mundo interno del hombre merece una cautela y seguridad especial respecto a la información contenida en su código genético y en sus genes, ya que, por ejemplo: a) la forma como ha sido procreado, b) su estructura genética, c) los resultados que se obtengan de los análisis realizados, y d) las prácticas médicas a las que se ha sometido no pueden ser reveladas. Y, justamente, el derecho a la intimidad protege consideraciones que a nadie más que a un solo sujeto le interesan.

La intimidad es otro de los derechos recurridos para justificar la negativa a los exámenes biocorporales de paternidad, pues se vulnera mediante los actos de indagación (intromisión) y puesta en conocimiento público (divulgación).

La gran mayoría de pronunciamientos del Tribunal Supremo español se inclinan por no afectar el derecho a la intimidad, incluso no puede considerarse inconstitucional. En cambio, sí hablaríamos de una lesión a la intimidad si las muestras se obtienen sin el consentimiento, autorización o conocimiento del interesado.

Los engaños y argucias para el sometimiento, así como el ocultamiento o divulgación de los resultados de las pruebas, le restringen efectividad y dejan libre el ámbito del sujeto analizado para hablar de un atentado directo contra sus derechos, en especial la intimidad.

d) *Derecho al honor*. El honor es un crédito moral que se configura mediante el cumplimiento de nuestros deberes. Es, en pocas palabras, lo que permite la socialización de la persona. Su vulneración se da, en nuestro estudio, por la exigencia a someterse a las pruebas biológicas, la repercusión que genera la información obtenida o el uso indebido de la misma. De manera tal que los efectos repercuten contra el sentimiento propio (honra), estado de honestidad (pudor), la reserva de vida (recato) y el reconocimiento social (reputación) de la persona intervenida.

⁴⁰ Código Procesal Civil: “Artículo 199. *Ineficacia de la prueba*. Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno”.

Este es el argumento que se aduce en defensa del derecho al honor frente a la investigación de la paternidad, y de acuerdo con el cual el probable atentado irrogado a este derecho está dado básicamente en el entorno social, al ponerse al descubierto relaciones sexuales extramatrimoniales y el nacimiento de un hijo como consecuencia de las mismas.

Los efectos son mayores si la persona a la cual se indagó biológicamente es casada o es personaje público.

e) *Derecho a la igualdad*. Este derecho está relacionado con la libertad, y contrapuesto con la discriminación. Su fundamento se circunscribe en la prohibición que el derecho impone frente a las diferencias existentes entre las personas.

El análisis sobre la investigación paterna y sobre este derecho, debemos realizarlo partiendo de que si bien existe una igualdad entre los hijos, esta es limitada, pues en temas como la determinación parental no se da. Así, tenemos que los hijos matrimoniales gozan de una presunción legal *pater est*, mientras que los extramatrimoniales carecen de relación preestablecida, por lo que extraer una aproximación a la vinculación filial frente a la negativa al sometimiento de la prueba biológica es tender al fortalecimiento del derecho a la igualdad entre los hijos.

f) *Derecho a la tutela judicial efectiva*. Este derecho se vincula con la administración de justicia y la facultad que tiene la persona de gozar de una adecuada solución jurisdiccional frente a sus problemas, partiendo del principio de que las partes tienen el deber de colaborar y actuar de buena fe, así como el juez de encargarse adecuadamente del proceso.

Los argumentos en *pro* de este derecho han sido de los más variados, tenemos algunos por citar:

- El derecho que a todo sujeto le asiste a no declarar contra sí mismo (*principio de no autoinculpación*). En los procesos judiciales, las partes no solo son titulares de derechos, sino también sujetos de obligaciones y cargas.

- La negativa puede implicar un fraude de ley.

- Es un abuso de derecho.

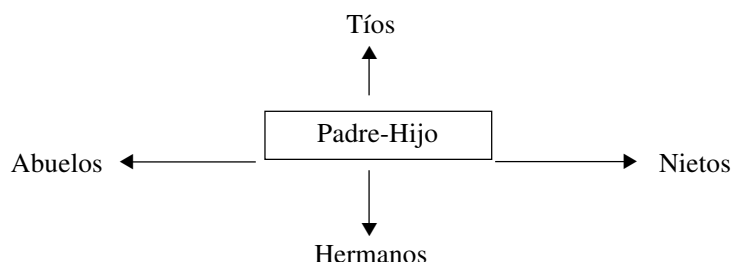
- Es una falta de colaboración con la administración de justicia.

- La negativa a la práctica de pruebas biológicas no supone, *ab initio*, una *ficta confessio* ni será una *ficta pericia*.

En particular, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse afectado de diversas maneras de acuerdo con los intereses de las partes: (1) En el demandante, si no procede investigar la verdad biológica a partir de medios de prueba indirectos y tiene lugar la negativa de la parte demandada a la prueba biológica, obstaculizándose la continuación del proceso; (2) En el demandado, si es sometido compulsivamente a exámenes biológicos.

§ 83. LOS TERCEROS Y LA PRUEBA BIOLÓGICA

La intervención de terceros puede facilitar la investigación del nexo filial en discusión. Como hemos determinado, las pruebas heredobiológicas tienen como sustento la transmisibilidad de los marcadores genéticos de generación en generación, individualizándose cada vez más conforme se vaya estrechando el vínculo biológico entre los parientes consanguíneos, esto es:



Así, en los juicios de filiación, los presuntos abuelos, hermanos, tíos, primos, pueden aportar elementos biológicos básicos para sentenciar correctamente.

En nuestro medio no existe amparo legal para que los terceros ajenos al litigio (esto es abuelos, hermanos, etc.) se sometan al examen heredobiológico para investigar en sus marcadores genéticos la transmisibilidad de la *huella familiar* en relación con las partes litigantes (padre e hijo). Incluso, para estos terceros ajenos al litigio no rige el deber de declarar o de someterse establecido para el caso de los testigos (C. P. C., art. 222).

§ 84. NEGATIVA A SOMETERSE AL EXAMEN BIOLÓGICO

Entendida la tendencia doctrinal de la obligatoriedad de parte a colaborar con la prueba heredobiológica, y descartada la compulsión o ejecución forzada de la misma, es necesario analizar dos situaciones como son la negativa justificada e injustificada, así como los efectos jurídicos que surgirían de la resistencia al sometimiento a tal examen biológico.

§ 85. NEGATIVA JUSTIFICADA

En estas situaciones los argumentos deben ser razonables y estar debidamente probados. De esta manera, solo la existencia de causas muy calificadas, y debidamente justificadas, podrían legitimar la negativa al sometimiento de la prueba biológica.

Entre algunos casos de especial consideración tenemos:

- Razones de salud física (hemofílica) o psíquica⁴¹.
- El demandado es un anciano de ochenta y tres años que padece de arteriosclerosis avanzada, con hipertensión y una esclerosis coronaria con un bronco enfisema pulmonar, edad y padecimientos que algunos meses después le produjeron la muerte⁴².
- Motivos religiosos⁴³ o de credo, así como otras causas relevantes vinculadas a la libertad religiosa.
- El imputado como padre demuestra su imposibilidad física de haber cohabitado con la madre: estar de viaje, en etapa de convalecencia o en prisión.
- Se demuestra efectivamente la infertilidad o impotencia.
- La negativa de un menor de 14 años, tomando en consideración que el reconocimiento en nuestro sistema se realiza a partir de dicha edad (*principio de economía básico*).
- Error en la identidad del demandado⁴⁴.

⁴¹ “Así, un tribunal alemán, el Olg de Koblenz (sent., 19 setiembre 1975; Véase *NJW*, 1976, pág. 379), estimó como argumento válido, en un proceso de impugnación de paternidad matrimonial, para negarse la madre al sometimiento de la prueba hematológica, los importantes daños psíquicos que de ello se podrían derivar, dado su gran temor al pinchazo en la extracción de sangre. El tribunal concluyó que, puesto que había sido probado que la señora efectivamente padecía una *Spritzen-Phobie*, y que esta podía ser tratada y curada, si no era posible decidir sobre la filiación mediante las restantes pruebas, cabía postergar la práctica de esa prueba a un momento posterior”.

⁴² “Tribunal Supremo de España, 14 mayo 1991, sentencia comentada por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS y JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA, *Revista de Derecho Privado de Madrid*, diciembre 1991, pág. 1057”. Citado por AÍDA R. KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El valor de la prueba genética en el derecho argentino”, en *El derecho ante el proyecto de genoma*, Madrid, Fundación BBV, vol. IV, 1994, pág. 182, nota 31 y MARÍA ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA, *op. cit.* (ii), pág. 59, nota 86.

⁴³ En la sentencia de 3 diciembre 1991, el Tribunal Supremo de España descartó la negativa fundada en razones religiosas, el rechazo estuvo motivado en que estas razones se esgrimieron por primera vez en la instancia de la casación y no estaban probadas. Véase *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 28, pág. 29, especial comentario de FRANCISCO RIVERA HERNÁNDEZ. El autor recuerda la sentencia de 14 noviembre 1987 en la que el Tribunal estimó irrelevante ser miembro de la secta religiosa denominada Testigos de Jehová porque el representante de la Asociación que los nuclea testimonió que esa religión no prohíbe la extracción sanguínea con el fin de practicar un análisis, dejándose su ejecución a la conciencia de cada uno.

⁴⁴ “En el caso se consideró acreditado que la madre del menor en la época de la concepción se desempeñaba como doméstica con cama adentro en el domicilio del presunto padre. A su vez, este no había acreditado que la madre tuviera en aquel tiempo relaciones sexuales con otros hombres. Por otra parte, el demandado no concurrió a someterse a los estudios biológicos, declarando ante el juez que los mismos no dan seguridad y que era mellizo gemelo con otra persona. En relación con ello, el tribunal entendió que al contestar la demanda no se había dicho nada respecto del hermano, ni solicitado que se integrara la litis con él, ni acompañado oportunamente certificados de nacimiento, y mucho menos ofrecido la prueba biológica para acreditar la gemelidad. Finalmente se afirmó que cuando los presuntos padres son mellizos, pueden ser dicigótico o monocigótico” (Cámara Civil y Comercial de Morón, sala I, 2 junio 1992), Citado en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 8, Santa Fe, Edit. Rubinzal Culzoni, pág. 426.

- Carecer de vínculo sanguíneo.

Los casos mencionados forman parte de lo que se conoce como las *probabilidades a priori contingentes* en la investigación de la paternidad, es decir, aquellas situaciones analizadas con anterioridad al examen biológico.

Otros casos que, en cierta manera, justificarían la negativa y que se han presentado en la jurisprudencia comparada son:

- La inexistencia evidente de indicios serios de la conducta que se le atribuye al demandado, pues no hay razones que induzcan una paternidad.
- La absoluta falta de necesidad de la misma (prueba heredobiológica) al existir otros medios probatorios, fácilmente utilizables, que pueden conducir a la determinación de la paternidad, si hay razones suficientes que inducen a pensar en una paternidad.

§ 86. NEGATIVA INJUSTIFICADA

No serán considerados como motivos justos:

- El daño a la integridad física (la tipificación de los estudios de ADN no requiere sangre, sino que los mismos se realizan con cualquier otro fluido corporal).
- El riesgo económico (el demandado asume el costo de la prueba si resulta positiva).
- La deshonra social (que sea un personaje público o por notoriedad de la persona).
- La vulneración a la integridad familiar (causal de divorcio por adulterio, injuria grave).
- El desmedro profesional (profesional exitoso).
- Falta de fiabilidad del laboratorio⁴⁵.
- Un posible contagio de enfermedades infecciosas.
- El hecho punible como consecuencia de la negativa (delito contra la administración de justicia o ser acusado de violación al comprobarse la compatibilidad génica).

Todo ello será apreciado por el juez de acuerdo con su poder discrecional, considerando que la negativa injustificada al sometimiento de la bioprueba no se dirige a la protección del cuerpo humano, sino a obstaculizar una investigación filial.

⁴⁵ “El peritaje de los grupos sanguíneos no es un examen determinante, como sí lo sería el examen de ácido desoxirribonucleico —ADN— para declarar la filiación extramatrimonial. El cuestionamiento del demandado para no someterse a la prueba del ADN por no ofrecerle garantías el laboratorio, es un argumento deleznable, pues la extracción de muestras, el envío al exterior y posterior recepción están sometidos a normas de seguridad e inviolabilidad que garantizan el resultado de dicho peritaje”. Exp. 542 de 1997, Lima. CD Explorador jurisprudencial 2001-2002, *Diálogo con la jurisprudencia*.

§ 87. EFECTOS JURÍDICOS

La negativa puede derivarse del padre, de la madre o del hijo e indiscutiblemente los efectos jurídicos que produzca serán disímiles en relación con la persona de quien provenga. En similar sentido el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Argentina, ha resuelto por mayoría que: "... no puede atribuirse el mismo efecto si el renuente a la prueba biológica es el pretense padre, o si lo es un descendiente colateral o ascendiente, en una acción de filiación *post mortem*"⁴⁶. Es más la doctrina nacional va sentando una clara posición en el sentido de que "el juez debe evaluar la negativa, de acuerdo con el caso concreto y no equipararla *sic et simpliciter* a un reconocimiento tácito de paternidad"⁴⁷.

Por tanto, tenemos:

- Cuando es la madre o el hijo quien de modo injustificado se niega a someterse al examen genético, deducimos que de dicha actitud se desprende un temor a que sea descubierto el verdadero nexo biológico, quedando desestimada la demanda por aquellos interpuesta. Igualmente, que sea considerado como una causa fehaciente de no paternidad cuando la prueba biológica haya sido ofrecida por el padre como medio de prueba⁴⁸. En este caso, el juez considerará una presunción de incompatibilidad de marcadores genéticos desfavorable a la madre o el hijo que afirmó el vínculo en su demanda, independientemente de quien presentó la prueba de paternidad biológica.

- Cuando es el padre quien se resiste al sometimiento de la experticia biomédica, tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada no son uniformes.

En este caso el criterio dictaminador común y lógico es que el juez apreciará la negativa del supuesto padre como una conducta encubridora de la relación filial demandada, ya que si el imputado como progenitor no lo fuera realmente no evadiría una prueba que tiene por objeto poner de manifiesto la existencia o imposibilidad del vínculo parental⁴⁹.

⁴⁶ Cámara 1ª Civil y Comercial de San Nicolás, 22 diciembre 1994, Citado en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 11, Santa Fe, Edit. Rubinzal Culzoni, pág. 338.

⁴⁷ JUAN ESPINOZA ESPINOZA, "Una vedete, un reportero y un viejo cuento... a propósito de los modelos jurídicos circulantes en materia de pruebas biológicas a efectos de declarar la filiación extramatrimonial en la experiencia jurídica nacional)", en *Diálogo con la jurisprudencia*, núm. 40, enero 2002, pág. 74.

⁴⁸ Impugnación de paternidad y negativa de la madre: "... la negativa al sometimiento fue invocada como elemento coadyuvante para acoger la demanda de impugnación de la paternidad iniciada por el marido de la madre. En el caso, el hijo había nacido dos años después de la separación de hecho seguida de una declaración o manifestación efectuada ante una defensoría en que se dejó constancia de esa situación. La madre, demandada conjuntamente con el hijo, se opuso tenazmente a esta prueba, elemento que fue valorado por el tribunal para acoger la demanda de impugnación" (Cámara Nacional Civil, sala E, "B. F. c/P. R. A. y otro", 29 agosto 1991), Citado en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 2, Santa Fe, Edit. Rubinzal Culzoni, pág. 327.

⁴⁹ De esta manera dictaminó el Tribunal Constitucional español, al declarar la paternidad del famoso torero *El Cordobés* en favor de Manuel Benítez Velasco, hijo de Aline Elizabeth

• Cuando es un tercero el que niega someterse a la prueba biológica, por citar algunos ejemplos: a) el abuelo que se rehúsa al examen para investigar la paternidad de un supuesto nieto, b) el adoptante que se niega a la investigación biológica de su hijo legal). En estos casos no podemos deducir ningún tipo de supuesto relacional de filiación.

Presentemos un caso concreto: la negativa de la viuda y de los presuntos medios hermanos a someterse a la prueba biológica, a fin de determinar el vínculo filial *post mortem* solicitado por la madre de un hijo extramatrimonial, quien reconoce carecer de otras pruebas.

La doctrina y la jurisprudencia actuales en el derecho comparado, como ya lo hemos mencionado acerca de los efectos de la negativa al sometimiento de las pruebas biológicas de paternidad, sostienen que se debe obtener de ellas un indicio o presunción que sumada con otras pruebas confieran al juez elementos sólidos para fallar la acción de filiación. Frente a esta conducta procesal de renuencia se valorará el conjunto, no la individualidad, pues el sustrato de la negativa es una mera presunción. Las biopruebas, por lo sustentado jurídicamente, servirán de elementos de convicción al juez para reforzar los supuestos alegados y fundamentados. La idea es sumar indicios al de la negativa a fin de llegar a una conclusión clara, no por ello apresurada. Sin embargo, es de señalarse que no toda negativa genera efectos directos en el razonamiento judicial para fallar una paternidad, pues pueden darse casos de negativas justificadas o cualificadas en las que se argumenten motivos que legitimen la oposición de la parte al sometimiento de la prueba biológica.

Para que la negativa pueda implicar una valoración jurídica de aproximación al fallo de paternidad, deberá cumplir con los siguientes elementos, conforme lo señala la jurisprudencia española⁵⁰: ser seria y sensata, injustificada, manifestada personalmente por el interesado, ser obstruccionista y reveladora de un expreso propósito de no comparecer al juzgado o ante los peritos para someterse a las pruebas biológicas. De no cumplirse con estos elementos esenciales la negativa será admitida como justificada. Es más, y centrándonos en la pregunta esbozada, en nuestro medio no existe amparo legal para que los terceros (esto es, abuelos, hermanos, tíos, primos, etc.) se sometan al examen hereditario biológico para investigar en sus marcadores genéticos la transmisibilidad

Velasco (otro modelo y amante del demandado). La alta Corte basó su sentencia en que *El Cordobés* se negó siempre a hacerse las pruebas de paternidad. El tribunal español consideró que tal negativa “constituye base suficiente para que el tribunal establezca el nexo causal preciso para llegar a una conclusión sobre la paternidad reclamada”. Con el fallo del Tribunal Constitucional se confirmó en definitiva la paternidad del demandado “quien no podrá recurrir de nuevo a la sentencia”. (Véase *Semana*, núm. 2615, Canarias, España, Ed. Rivadeneira, 28 marzo 1990 y diario *Expreso*, Lima, 30 abril 1990, pág. 28 y 3 mayo 1990, pág. 28).

⁵⁰ STS de 29 marzo 1993, SS.TS 14 julio y 23 setiembre 1988 y 15 marzo 1989. Véase a MARÍA ANGELES EGUZQUIZA BALMASEDA, *op. cit.*, (ii), pág. 54.

de la *huella familiar* en relación con las partes accionantes directas en paternidad (padre e hijo).

Los efectos jurídicos de la negativa serán disímiles en relación con la persona de quien provenga, sea el padre, la madre, el hijo, el abuelo, el hermano, el tío, el primo, etc.

Podemos sustentar, con elementos teóricos y fallos de la jurisprudencia antes mencionados, que las partes demandadas pueden legítimamente alegar una negativa justificada:

a) La viuda, por carecer de relación biológica con el menor requirente en paternidad. En este sentido, la prueba biológica solicitada resulta por demás inoficiosa e inútil, pues no probará nada respecto de la filiación reclamada.

b) Las hijas, porque no hay medios, indicios, presunciones, supuestos o fundamentos de hecho serios y claros acerca de la relación parental que se le atribuye a su difunto padre. De esta manera, la procedencia de la prueba y el sometimiento personal a la misma depende de los argumentos alegados que impliquen una supuesta relación de paternidad. Por el contrario, si los hechos en que se fundamenta la pretensión de la actora no se relacionan con el principio de prueba de paternidad, la biopueba debe ser declarada improcedente.

En caso de que se quiera valorar dichas negativas, y al no existir otros elementos de pruebas que lleven a suponer una paternidad, la demanda debe ser declarada infundada. En la línea seguida por los puntos a) y b) ha decidido la jurisprudencia española que "... la negativa a someterse a las pruebas biológicas debe ser evaluada caso por caso; pero de la negativa, en general, debe extraerse la presunción de lo afirmado por la otra parte"⁵¹. Todo lo contrario, es decir, aceptar o reconocer la negativa injustificada al sometimiento de la prueba de paternidad, sería un acto directamente lesivo contra los derechos del recurrente en filiación así como una violación al ordenamiento jurídico⁵².

Creemos oportuno prohiar el criterio de GROSMAN y ARIANNA⁵³, quienes alegan respecto del significado de la obligatoriedad de los bioexámenes que extraen de la negativa una presunción de que son ciertas las afirmaciones de la contraparte, si bien permiten la declaración filial, esta adolece de una deficiencia

⁵¹ Cámara Nacional Civil, sala M, 8 junio 1993, Citado en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 5, Santa Fe, Edit. Rubinzal Culzoni, pág. 378.

⁵² En esta orientación, la resolución de la Corte Suprema Argentina 4 diciembre 95-H., C. S. y otro "admitir la negativa a su cumplimiento importaría tanto como desconocer lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño —especialmente en su art. 8º—, circunstancia esta que podría ocasionar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos". Citado por SANTOS CIFUENTES, "Difícil y necesario equilibrio entre los intereses públicos y los derechos personalísimos (La inspectio corporis forzada)", en *Diálogo con la jurisprudencia*, Revista de Crítica y Análisis Jurisprudencial, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1997, año III, núm. 6, pág. 313, punto 14.

⁵³ CECILIA P. GROSMAN y CARLOS ARIANNA, "Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", en *op. cit.*, pág. 1201.

ética, ya que se está reemplazando la posibilidad de obtener un alto grado de probabilidad de paternidad, por una presunción de paternidad nacida de un acto de errada conducta procesal. Con esto se está sustituyendo el derecho del hijo a ser declarado como tal sobre la base de pruebas eficientes, por una filiación fruto de un reconocimiento *ficto*. Por otro lado, es de reconocer, y así valorar los efectos, que desde la posición del demandado, es menos comprometedor perder un juicio como resultado de una ficción que como consecuencia de la comprobación de una verdad negada. De esta manera se deja latente la duda.

§ 88. VALORACIÓN DE LA NEGATIVA Y SU RELACIÓN CON OTRAS PRUEBAS

En un primer momento la negativa al sometimiento a las biopruebas de paternidad fue considerada como un indicio de valor a efectos de declarar el vínculo filial, criterio este asumido por los primeros fallos españoles, así como, de una manera poco más cautelosa, por los Códigos Civiles de Colombia⁵⁴, Venezuela⁵⁵ y por la ley de banco de datos genéticos de Argentina⁵⁶. Sin embargo, hay países en los cuales aún no existe una regulación clara sobre el tema, tal es el caso de Costa Rica⁵⁷.

Hoy es clara y definida la posición que propugna otorgarle validez a dicha negativa solo en los casos en que la misma es valorada con otras pruebas actuadas en el proceso. Esto quiere decir que, únicamente o de manera individual, la referida resistencia a la bioinvestigación carece de efectos jurídicos y, por el

⁵⁴ Ley 75 (4 diciembre 1968) complementaria al Código Civil en su “Artículo 7º. (...) La renuencia de los interesados a la práctica de tales exámenes, será apreciada por el juez como indicio, según las circunstancias”.

⁵⁵ El Código Civil venezolano indica: “Artículo 210. La negativa de este [se refiere al padre] a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en contra”.

⁵⁶ Esta ley 135.11 establece (art. 4º) que “La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá un indicio contrario a la posición sustentada por el renuente” y, como sustenta un fallo de la corte de Bahía Blanca, la aplicación de este artículo no hace sino recoger un axioma que la realidad muestra, pues resulta lógico presumir que quien no quiere develar la verdad, algo tiene que ocultar (Cámara 1ª Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala 1º, 27 diciembre 1991, en *La Ley*, 1992-E-253, 11).

⁵⁷ “No más hijos ‘sin padre’ en Costa Rica con nueva ley”, San José, 19 marzo 2001 (ACI). Un tribunal consultivo dio luz verde a un proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados de Costa Rica que permitiría a las madres identificar al padre de sus hijos obligando al supuesto responsable a someterse a una prueba de ADN. La normativa permite a la madre de un menor declarar el nombre del presunto padre en la boleta de inscripción del Registro Civil, si así lo desea. El supuesto progenitor será notificado y si no se opone a su supuesta paternidad el bebé será inscrito con los apellidos de ambos padres. Si la rechaza, queda obligado a someterse a un examen de marcadores genéticos (ácido desoxirribonucleico, ADN) en los laboratorios de la Caja del Seguro Social. Con la medida se quiere contrarrestar la tasa de 30 por ciento de niños que cada año nace sin padre conocido. Solo en 1999, de 78.526 niños nacidos 23.845 solo llevaron el apellido de su madre.

contrario, la misma es importante cuando genera una relación implícita con otros hechos que tenderían a acreditar la pretensión filial. Frente a esta conducta procesal se valorará el conjunto, no la individualidad, pues el sustrato de esta última es una mera presunción⁵⁸.

De esta forma, las pruebas que se ofrezcan, así como las obtenidas, serán valoradas a partir de tal indicio. Las biopruebas servirán de elementos de convicción al juez para reforzar los supuestos alegados. La idea es sumar indicios al de la negativa a fin de llegar a una conclusión clara, no por ello apresurada ni mucho menos parcializada. En este sentido, “la no comparecencia o bien la negativa a la práctica de las pruebas constituye «un dato de gran valor cuando va unida a otras pruebas o indicios que revelen la razonable posibilidad de la unión carnal, sobre la que no debe esperarse una prueba plena y directa...»⁵⁹ Las Cortes españolas prohíjan su doctrina constitucional sobre el valor de la negativa a someterse a la práctica de pruebas biológicas y examinan todos los elementos probatorios aportados para determinar que dan lugar a un juicio de verosimilitud que conduce necesariamente a la estimación de la demanda, al sumarse la negativa a la práctica de la prueba biológica⁶⁰. Esto sí implicaría un acercamiento a la determinación del vínculo filial.

⁵⁸ “Si el documento ha demostrado falta de cooperación para la realización de la prueba científica del ADN, el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que estas asumen dentro del proceso. Debe valorarse además la fecha de la concepción y nacimiento del menor, pues el alumbramiento de este se ha producido al término del plazo estimado”. Exp. 2170 de 1998, Sala de Familia, Lima. CD Explorador jurisprudencial 2001-2002, *Diálogo con la jurisprudencia*.

⁵⁹ Jurisprudencia española en este sentido: SS 28 de junio de 1991 (RJ 1991/4639), 5 y 17 marzo 1992 (RJ 1992/2193), 17 junio 1992 (RJ 1992/5319), 26 enero 1993 (RJ 1993/364) y SS.TS 30 de octubre de 1993, 8 octubre 1993, 28 abril 1993.

⁶⁰ “La Sala, especialmente desde la sentencia del TC 7 de 1994, de 17 enero reiterada por la 55 de 2001, de 26 febrero, ha mantenido que la negativa a someterse a la prueba biológica no es una ficta confessio que implique per se la declaración de paternidad, sino que, unido a otras pruebas, a otros indicios o, en definitiva y en todo caso, a un juicio de verosimilitud de los hechos alegados, da lugar a la declaración de paternidad. Es decir, el demandado no puede impedir, con su simple obstrucción, la práctica de la prueba decisiva y, si lo hace, debe cargar con las consecuencias; someterse a la prueba biológica no es un deber pero sí una carga; en otras palabras, el demandado puede practicar la prueba y probar que no es el padre, desestimándose así la demanda y si se niega a practicarla, no puede cargar a la parte demandante las consecuencias de su negativa. En este sentido, la mencionada sentencia del TC 7 de 1994, de 17 enero, dice (lo que recoge, entre otras, la sentencia de esta Sala de 26 julio 1999): “Es evidente que en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probado por otros medios, ni aparece huérfana de toda

En otros términos, y aproximando la práctica judicial a la hipótesis de esta teoría, se dirá que para declarar la paternidad por vía de la presunción, debemos interrelacionar los hechos ocurridos (demostrables mediante un escrito indubitado, posesión de estado, relación amorosa estrecha o estado de enamorados, concubinato, entre otros) con la prueba biológica. Alegaremos, con más seguridad, que ese indicio probatorio (...) ha de estar acompañado en forma incontrovertible de otras pruebas absolutamente definidas, que conduzcan derechamente al juzgador al convencimiento de la paternidad.

En Perú, el Código Procesal Civil en su artículo 281 (*Presunción judicial*) y en especial el artículo 282 (*Presunción y conducta procesal de las partes*)⁶¹, así como la jurisprudencia nacional⁶², permiten al juez poder valorar la negativa de la parte a someterse al examen biológico.

El Código Civil, modificado por la ley 27.048, establece en su artículo 402 que “La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: (...). Inciso 6° “Ante la negativa de someterse a algunas de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el juez

verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico, en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación” ... A esta negativa a la práctica de la prueba biológica se le suma: relaciones de la demandante que esta explica con todo detalle, con la clandestinidad que conlleva una relación doblemente adulterina; el reconocimiento por el demandado de haber estado en la casa donde ella residía; la relación laboral en la que el demandado era el esposo de la dueña del establecimiento “que frecuentaba; el despido de la demandante, que, por cierto, fue declarado nulo por el Juzgado de lo Social, al poco de nacer su hija. Todo lo cual no es un conjunto de pruebas, sino que dan lugar a un juicio de verosimilitud que conduce necesariamente a estimar la demanda, al sumarse a la negativa a la práctica de la prueba biológica”. Tribunal Supremo español-sala primera, de lo civil. Sent., 3 noviembre 2001 [R° Cas. 2082 de 1996. Sent., 1000 de 2001]. XAVIER O’CALLAGHAN MUÑOZ, en *Revista de Actualidad Civil*, núm. 5, semana de 28 enero a 3 febrero 2002 de La Ley.

⁶¹ “El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a las conductas que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez estarán debidamente fundamentadas”.

⁶² “... las instancias de mérito valoraron las pruebas conforme al artículo ciento noventa y siete del Código Adjetivo, esto es, de manera conjunta y atendiendo a su apreciación razonada; en concordancia con lo dispuesto por los artículos doscientos ochentinueve y doscientos ochenta del acodado Código: que contemplan las figuras de la presunción judicial y la conducta procesal de las partes en un proceso, respectivamente; ... la prueba de ADN no se actuó por no llegarse a un acuerdo con el demandado en relación con el pago de la misma, a pesar de que en audiencia de fojas ciento treintinueve se estableció que los gastos del examen serían cubiertos por el demandado en un equivalente al setenticinco por ciento y por la demandante en un equivalente al veinticinco por ciento a lo que el recurrente dio su conformidad”. Cas. 2922 de 2001 (Lima), DOEP, 2 febrero 2002.

evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando su paternidad o al hijo como alimentista...”⁶³.

Esta solución nos lleva a precisar lo siguiente:

- Los efectos de esta norma son exclusivos para los procesos de declaración de la paternidad extramatrimonial.
- Es necesario el pedido de parte para que se aplique el apercibimiento judicial.
- El juez hace un análisis general de todo lo actuado y ofrecido en el proceso a efectos de emitir sentencia frente a esta conducta procesal.
- Se mantiene la incertidumbre, al permitirse la posibilidad del juez que declare al hijo como alimentista.

A todo lo expuesto debe sumarse el hecho de que, mientras más efectiva sea la prueba, la negativa a su sometimiento será más relevante en cuanto a la presunción que haga surgir⁶⁴. Así mismo, se ha esbozado la teoría de que la negativa injustificada podría tipificar un delito, pues es un comportamiento contra una orden judicial, en este caso, un delito contra la administración de justicia. Así lo consideraría nuestro Código Penal: “Artículo 368.—El que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años”.

En el proyecto de reforma de filiación⁶⁵ presentado a la Subcomisión de Familia por la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil peruano, contempla en su articulado un precepto referido al tema de la negativa, presentándose bastante tajante en cuanto a los efectos

⁶³ “... Cuarto. Que, cuando el inciso sexto del artículo cuatrocientos dos del Código Civil establece que ante la negatividad de someterse a la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, luego de haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará tal negatividad, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado, declarando la paternidad o al hijo como alimentista, se trata de una norma de contenido procesal y no sustantiva. Quinto. Que, las normas procesales, son de vigencia inmediata y de carácter imperativas, de acuerdo con lo establecido por el artículo noveno del título preliminar del Código Procesal Civil; Sexto. Que, cuando el juzgado dispuso de oficio se practique la prueba pericial de ADN, por resolución número veintitrés del quince de octubre de mil novecientos noventinueve, ya se encontraba vigente el inciso sexto del artículo cuatrocientos dos del Código Civil, que fue comprendido en la ley veintisiete mil cuatrocientos ochenta y ocho promulgada el seis de enero de mil novecientos noventinueve; Séptimo. Que, por ello, al aplicar la Sala Superior una norma vigente al momento de calificar la conducta procesal del demandado, no ha incurrido en contravención al debido proceso; ...”. Cas. 1576-2001 (Puno), DOEP, 2 febrero 2002.

⁶⁴ La reciente jurisprudencia italiana declara que negarse al examen genético de ADN es considerado como una prueba de paternidad.

⁶⁵ Véase a ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, “Derecho genético: su influencia en el derecho de las personas y en el derecho de familia”, en *Diez años del Código Civil peruano: Balance y perspectivas*, 1ª ed., Lima, Universidad de Lima, 1995, pág. 160 (art. 386).

concluyentes según sea quien se resista: se determinará la paternidad si el padre es quien se niega, o se desestimaré la demanda si es la madre o el hijo quien inició la acción.

Con relación a ello, las tendencias legislativas otorgan una solución por vía de apremio, de presunciones o de tenerse por ciertos los hechos alegados respecto a quien se niega.

Sección II. *Casuística*

§ 89. MODERNO CRITERIO DE LA JURISPRUDENCIA

La filiación extramatrimonial es determinada en nuestro Código Civil por medio de presunciones taxativas, que son supuestos de hecho que ha tomado en cuenta el legislador como comunes y típicos en la vida cotidiana, para abrir paso a una investigación judicial de la paternidad. De esta manera, se tiende al establecimiento de una filiación social antes que a una biológica.

Como casos expresos, el artículo 402 de la ley civil no ha considerado todas las posibilidades en que socialmente se puede atribuir una paternidad. Así, el estado de enamorados, el abandono con promesa de matrimonio, el abandono de mujer embarazada y la relación extramatrimonial durante la época de la concepción no son casos que admitan el emplazamiento judicial de paternidad.

Sin embargo, la omisión o deficiencia de esta norma legal no puede dejar sin protección jurídica al hijo cuando existen otros indicios suficientes para probar la paternidad. Este es el principal y novedoso fundamento que hoy aplica la jurisprudencia comparada, a fin de salvar los perjuicios y deficiencias que ocasionan los Códigos Civiles o de Familia que acogen los sistemas cerrados de paternidad.

Nuestra corriente legislativa debe tender a establecer el vínculo de sangre (filiación biológica), dejándose de lado el vínculo afectivo (filiación social).

De esta manera se ha pronunciado la jurisprudencia extranjera y también la nacional. Respecto del criterio judicial nacional cabe citar dos claros pronunciamientos:

“Si bien el artículo 402 del Código Civil no considera la relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción, la omisión o deficiencia de esta norma legal no puede dejar sin protección jurídica a una menor, pues ello importaría atentar contra su derecho de llevar el patronímico que le corresponde de ser reconocida como hija de quien la engendró” (Corte Suprema de Justicia, 1993, exp. 271-92)⁶⁶.

⁶⁶ *Revista Jurídica del Perú*, año XLV, núm. 2, Trujillo, Ed. Normas Legales, 1995, págs. 157 y 158.

“Si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 402 del Código Civil, son cinco los supuestos legales para la investigación judicial de la paternidad, no es menos cierto que dichas previsiones legales no tienen otro objeto que acercarse a la ley, y por tanto, al juez, a la veracidad de los hechos en una filiación extramatrimonial ante la ausencia de reconocimiento expreso conforme a ley, de manera que si hoy día el avance científico de la ciencia médica, sobre todo en la genética, permiten la misma aproximación, ello no debe ser descuidado ni desdeñado, ya que el propio Código Civil de mil novecientos ochenta y cuatro se acercaba a la investigación científica de la paternidad con la previsión del artículo 413, cuando admite como válida la prueba negativa de los tipos sanguíneos. Que, en consecuencia, haciendo de ello una interpretación *a fortiori*, esto es, con mayor razón, la prueba genética de la determinación de la paternidad por la vía del análisis celular del ácido desoxirribonucleico (ADN) está contenida en el espíritu del texto legal, sobre todo en la primera parte, *in fine*, del ya citado numeral 413, cuando se refiere que en los juicios sobre declaración de paternidad (...) extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica (...). Que, en consecuencia, siendo el objeto legal de la investigación judicial de la paternidad extramatrimonial la determinación fehaciente de tal filiación, el numeral 402 del Código Civil establece, en realidad, parámetros legales inductores del modo y forma de llegar a tal convicción, donde una prueba de carácter científico, como la genética del ADN, de valores casi absolutos, encuadra perfectamente en la *ratio legis* del Código Civil y debe ser admitida por el juzgador sin reserva ni limitaciones, tanto más si se ha llevado a cabo en conjunto por laboratorios genéticos del Perú con asistencia extranjera y bajo el refrendo del Instituto de Medicina Legal” (Corte Suprema de Justicia de Lima, Sexta Sala Civil, 1997, exp. 3114-96)⁶⁷.

Algunos alcances al respecto que podemos obtener de los criterios judiciales en mención son:

La filiación, identidad y paternidad no son conceptos exclusivos del derecho civil, son también de interés constitucional al establecer vínculos jurídicos de protección al sujeto de derecho, y en especial a la niñez.

El Código Civil establece que la determinación de la filiación se sustenta en presunciones expresas que permiten su investigación judicial. Como supuestos cotidianos, estas presunciones no agotan todas las posibilidades en que se puede indagar el nexo parental, restringiendo el legítimo interés natural de accionar en defensa del reconocimiento de nuestro derecho a la identidad. Así, nuestro sistema tiende al establecimiento de una *filiación social* antes que a una *filiación biológica*.

⁶⁷ JUAN ESPINOZA ESPINOZA, “Una vedete, un reportero y un viejo cuento... a propósito de los modelos jurídicos circulantes en materia de pruebas biológicas a efectos de declarar la filiación extramatrimonial en la experiencia jurídica nacional”, en *op. cit.*, 2002, pág. 62 y 63.

De lo expuesto, es claro que la ley civil no brinda una regulación adecuada a la filiación, contraponiéndose a la Constitución y a los tratados internacionales. Prefiere la duda y desprotección de la niñez. De esta manera lo ha entendido la resolución judicial analizada cuando aplica la regla *ind ubio pro fili*.

Sin embargo, la omisión o deficiencia de las normas no pueden dejar sin amparo jurídico al hijo cuando existen otros indicios suficientes para probar la paternidad. Esta es la *ratio decidendi* de la resolución judicial que, salvando los perjuicios del sistema cerrado de paternidad, abrió paso a una investigación libre, pero coherente y oportuna, de los supuestos presentados en el juicio de reclamación del vínculo filial. Se deja de lado la *filiación social* y se busca la *filiación biológica*.

La paternidad puede ser declarada al comprobarse la relación extramatrimonial antes, durante y después de la época de la concepción. Además, debemos valernos del avance científico de la ciencia biogenética que permite la determinación de la paternidad, lo que no puede ser ignorado ni desdeñado por el Código Civil.

Estos criterios judiciales se apartan de las consideraciones taxativas y esquemáticas de la determinación de paternidad extramatrimonial del Código Civil, pero se ciñen a las normas constitucionales referidas al respeto y defensa de los derechos fundamentales de las personas y a la protección de la niñez, como principio básico para resolver la pretensión. Así mismo, en defensa de la procreación, reconoce las consecuencias de las relaciones extramatrimoniales, de manera tal que, relacionándolas, determina la filiación.

Dentro del razonamiento judicial se consideraron puntos esenciales para la decisión: la filiación, la maternidad y la familia como derechos sociales, de los que se desprenden la protección de la persona y la familia, la unidad de la filiación y la promoción constitucional de la investigación de la paternidad; el derecho a la identidad; a la investigación de la paternidad; a conocer el propio origen biológico y la legalidad de la aplicación de pruebas biogenéticas.

De ello podemos alegar, en concordancia con el derecho comparado, que el derecho a la identidad se ha especializado con la identidad genética y ha aparecido un *nuevo derecho*, el de conocer el propio origen biológico y su garantía, cual es la promoción constitucional de la investigación de la paternidad.

Estos derechos no están expresamente reconocidos en nuestra legislación, debiéndose asumir dentro de la corriente actual de positivización en defensa del ser humano.

§ 90. EL DERECHO A LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

El legítimo interés faculta a todo sujeto a iniciar las acciones legales a fin de averiguar su nexo filial.

Esto quiere decir que la investigación de la paternidad es un derecho inherente de la persona cuyo objetivo es indagar, adecuar y establecer la verdad biológica con la relación jurídica de la filiación. Es por ello por lo que, como derecho, protege y encauza el interés privado de la persona por hallar sus orígenes familiares cuando acude a los medios jurisdiccionales correspondientes.

La decisión de hacer uso de este derecho implica accionar judicialmente. Accionar que, por su naturaleza, supone un acto de libertad pensado, evaluado cuidadosamente, pues lo que se va a discutir y establecer, el entronque familiar, resulta sustancial para la persona.

Partiendo de una interpretación *in extenso* del principio del interés superior del niño, reconocido en nuestro ordenamiento y en el ámbito internacional, es fácil establecer que el sistema jurídico peruano pone especial atención en el niño, configurándose, por tanto, como un derecho que corresponde, en primer término, al hijo.

Se aprecia que la tendencia de la jurisprudencia es la de afirmar la investigación de la paternidad entraña un *derecho primigenio del hijo frente a otros derechos individualistas*. Esto es demostrado frente a las colisiones alegadas entre este derecho y otros, como el honor, la intimidad, la integridad o la tutela judicial efectiva, entendiéndose que el derecho a la investigación de la paternidad responde esencialmente a una *finalidad protectora*, de allí su prevalencia.

Por el momento, el derecho a la investigación de la paternidad no se tutela *per se* como un derecho autónomo, sino que depende de la existencia de otros derechos para su configuración, como es el derecho a conocer el propio origen biológico, entre los principales. Es necesario forjar su inmediata independización y configuración como derecho fundamental de la persona. Sus objetivos, características y fundamentos así lo exigen.

En cuanto a las características de este derecho debemos resaltar las siguientes:

- Es un derecho de la persona.
- Tiene una finalidad protectora y de establecimiento del estado civil filial.
- Su objetivo es fijar la adecuación entre la verdad formal y la verdad biológica.

§ 91. EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO

En Alemania, a fines de la década de los cuarenta surge un nuevo derecho, el derecho a conocer el propio origen biológico o ascendencia biológica del que toda persona es titular. Y es a fines de la década de los ochenta, más exactamente el 31 de enero de 1989, cuando la Corte Constitucional de la República Federal de Alemania declaró que toda persona tiene el derecho constitucional a conocer su realidad biológica⁶⁸.

⁶⁸ AIDA ROSA KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Material genético y reproducción asistida. Reacción jurisprudencial (parte I)", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 6, enero-junio, Bilbao, 1997, pág. 145.

Esta es una facultad propia y natural del ser humano que, sustentada en el principio de la verdad biológica, le permite el ejercicio de averiguar quién es su progenitor, que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible (*patre nullu natus*).

Este derecho recibió un impulso mayor a inicios de los ochenta como consecuencia de los avances de las técnicas de reproducción humana asistida, dado que la aplicación indiscriminada y sin respeto a los principios naturales desencajaron la coherencia biolegal, al utilizar gametos de terceros así como las prácticas de maternidad subrogada, lo que ha generado la “*contractualización de la filiación*”⁶⁹.

En el sistema peruano, el derecho a conocer el propio origen biológico no es un derecho expreso en la Constitución, pero podríamos decir que está reconocido tácitamente con la dignidad e identidad, con fundamento en el artículo 3° (derechos implícitos o no enumerados), que es una cláusula general abierta mediante la cual el ordenamiento jurídico tutela a la persona también en supuestos no típicamente establecidos, cuando así lo entiende o exige la sociedad.

Los fundamentos que determinan la existencia de este derecho están íntimamente relacionados con el derecho a conocer la identidad del progenitor o el derecho a conocer a sus padres⁷⁰. El niño tiene el derecho a saber quién es su padre biológico, esta es la tendencia del derecho comparado en Australia, Austria, Alemania, Suecia y Suiza; en posición contraria están España, Gran Bretaña y Francia.

Su objetivo o ámbito será la investigación de la filiación natural o sanguínea, el derecho a conocer la identidad del progenitor del niño adoptado y el derecho a conocer la identidad del cedente de gametos en las técnicas de reproducción.

Dada la trascendencia que el ejercicio de este derecho significa para la persona, es prioritario fomentar su reconocimiento expreso y que sea elevado como derecho de la persona y, más aún, como derecho fundamental con rango constitucional.

⁶⁹ HERNÁN CORRAL TALCIANI utiliza este término e indica que “el favorecimiento de la técnicas heterólogas y, en algunos ámbitos, de la maternidad por subrogación, implica el quiebre del sistema filiativo tradicional, que amenaza ser sustituido por otro que ve en los lazos entre el padre, madre e hijo, no la fuerza del amor incondicionado, sino solo la voluntad negocial... La filiación ya no vendrá determinada por la naturaleza, sino por el contrato. No estaremos frente a un *status*, sino a un *contractus* (“La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida”, en *Revista de Derecho*, Guayacán, Universidad Católica del Norte, 2000, págs. 113 y 114.

⁷⁰ La Convención sobre los derechos del niño manda que el niño tendrá derecho, en la medida de lo posible, desde que nace a conocer a sus padres (art. 7°), el Código de los niños y adolescentes, que el niño y adolescente tienen el derecho a conocer a sus padres (art. 6°). Así mismo, el Código de la Familia de Panamá indica que todo menor tiene derecho a conocer quiénes son sus padres (art. 489, inc. 3°) y el Código del Niño de Uruguay (art. 173) dice que todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres.

§ 92. EL DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA

Las preguntas ¿quién soy? y ¿quiénes son mis padres? son interrogantes que no solo angustian a personajes de ficción, de obras famosas de la literatura universal o de la poesía, sino que también hombres y mujeres comunes se las han formulado alguna vez en su vida, y que algunos las plantean dramáticamente en razón a circunstancias singulares de su existencia.

En nuestra tesis de magíster⁷¹ afirmamos que el hombre es un ‘todo’, en el que convergen valores, actitudes y elementos biológicos, en fin, aquello que le permite la vida y la socialización. Toda persona es un ser absolutamente único, singular e irreplicable, con una perfecta unidad de alma y de cuerpo. Dicho cuerpo y su conformación biogenética lo diferencia de sus semejantes con quienes comparte una misma naturaleza: la humana.

El ser humano es un conjunto celular y genómico. La información contenida en el núcleo de la célula se conforma a partir de las características de los progenitores. En el núcleo celular se halla el patrón o huella genética que tiene todo ser viviente. En el caso del ser humano, surge en el momento de la concepción (específicamente con la singamia) cuando el núcleo del espermatozoide intercambia su información genética con el núcleo del óvulo. Esta huella o pauta genética, insistimos, es el resumen de la información aportada por los progenitores del procreado, de allí la posibilidad de determinar con certeza el origen biológico de la filiación.

De esto se deduce concretamente que desde la concepción “el ser humano tiene una determinada identidad, innata, que irá luego desarrollando y enriqueciendo a través de toda su vida, pasando por la infancia, la adolescencia, la juventud y la edad adulta, hasta la muerte”⁷². Dentro de esta clase de derecho a la identidad se sitúa la posibilidad científica de indagar y afirmar la paternidad o maternidad, por medio de las pruebas biogenéticas. Con estos métodos especiales se busca determinar el origen de la huella genética de un sujeto de manera tal que encuentre su verdadera relación filial.

La huella genética y el genoma son parte del derecho a la identidad genética, teniendo una estrecha vinculación con el derecho a la integridad (al trabajar con elementos biogenéticos), a la dignidad (correcta aplicación y uso), a la libertad (autodeterminación de someterse o no a las pruebas) y a la intimidad (la información obtenida es individual y privada). Este tipo de identidad será

⁷¹ *Clonación. La manipulación genética frente al derecho*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Escuela de Post Grado, Unidad de Post Grado en Derecho, enero 1996, págs. 141 a 145. Vid. también ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Derecho y manipulación genética*, 1ª ed., Lima, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1996, pág. 11; 2ª ed., Lima, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1997, pág. 135.

⁷² CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1992, pág. 21.

entendida en un doble sentido: identidad genotípica (herencia genética) e identidad hábitat (paratipo-ambiente que permite desarrollar unos genes u otros).

MARÍA DOLORES VILA-CORO⁷³ viene proponiendo que el derecho a la identidad personal se desdobra en dos facultades especiales:

- *El derecho a la propia herencia genética*, que se vulnera mediante la manipulación genética al variarse la información natural del ser humano (investigaciones científicas, terapias genéticas).

- *El derecho al propio “hábitat” natural que le proporcionan sus progenitores*, se ve afectado cuando se aísla o aparta al concebido del medio que le es propio, situándolo en otro distinto, sea en la etapa *pre* o *posnatal* (cesión de material genético —anonimato— o embriones —maternidad subrogada—, fecundación *post mortem*).

Nuestra legislación no es ajena al término identidad genética. La ley de propiedad industrial refiere que no serán patentables las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo (art. 28, inc. c). La orientación legal de esta norma está dada en proteger el genoma humano como un bien jurídico de la persona y como patrimonio de la humanidad. La identidad filiatoria surge del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia en relación con quienes aparecen jurídicamente como sus padres.

Conclusión

Habiendo estudiado la efectividad de la prueba positiva de paternidad y reconocido el campo de aplicación en la negación de la misma, debemos establecer que estas pruebas genéticas pueden ser utilizadas, según la función que cumplen, tanto como prueba de cargo o de descargo por el padre, la madre o el hijo para investigar la verdadera relación paterno-filial.

Establecido el grado de validez científica, si alguna de las partes desea probar un vínculo filial mediante la prueba genética, esta no deberá ser rechazada, ya que es una prueba idónea y, por tanto, admisible debido a los efectos positivos que produce, los cuales servirán de asidero biotécnico al juzgador para la valoración conjunta de las demás pruebas presentadas en la controversia.

Formulado el marco conceptual de la aplicación jurídica y de los efectos procesales de las pruebas hereditarias en la investigación de la paternidad, solo queda añadir que el presente estudio logre conceder la validez jurídica a los avances de la ciencia biomédica y, con ello, actualizar nuestras normas sustantivas y adjetivas para lograr los verdaderos fines morales, familiares y sociales que implican los juicios de indagación filial. La falta de normatividad en la aplicación de la prueba de marcadores genéticos puede ocasionar un uso inadecua-

⁷³ MARÍA DOLORES VILA-CORO BARRACHINA, *op. cit.*, págs. 209 a 228.

do de la misma, lo cual atentaría seriamente contra los principios de seguridad jurídica e integridad familiar. Antes que ello, estas experticias deberán servir para cautelar y contener la armonía familiar, dando una alternativa eficaz como medio probatorio, sirviendo de elemento robustecedor a la institución de la paternidad responsable de manera tal que se evite, en gran parte y de manera indirecta, la promiscuidad y el trato sexual indiscriminado en las relaciones furtivas de amor, las cuales ocasionan problemas de índole netamente filial.

Tenemos que la filiación no es un derecho, sino una relación jurídica familiar que surge de la procreación y no del mero acto sexual, y que la transmisibilidad de caracteres a la descendencia jurídicamente se ven garantizados en nexos legales de orden filial. Precisamente este fue el gran problema que afrontó el derecho para la investigación y correspondiente atribución de paternidad, la falta de posibilidad de saber quién engendró al reclamante. Esto justifica el epígrafe del título de un ensayo publicado *La filiación no es cuestión de sexo, sino de piel*⁷⁴, porque sexo, procreación y conformación de un nuevo genoma es la generatriz natural de la filiación. En nuestros días la filiación está consolidada por el derecho a la identidad, habiendo surgido nuevos derechos que tienden a su protección y determinación, como el derecho a la individualidad biológica, el derecho a conocer el propio origen biológico y derecho a la investigación de la paternidad.

La importancia que tiene para el derecho la determinación del nexo entre el engendrado y sus progenitores es esencial, ya que del mismo surge una vasta gama de derechos, deberes y obligaciones muy importantes, natural y emocionalmente, para todo hombre.

⁷⁴ ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, “La filiación (no es cuestión de sexo sino de piel)”, en *Diálogos con la Jurisprudencia*, año 8, núm. 40, Lima, enero 2002, págs. 19 a 34.

CAPÍTULO SEXTO

INTIMIDAD GENÉTICA

El ser humano tiene una vida interna, reservada y secreta que conforma su interioridad. En ella se reúnen aspectos personales, familiares y sociales que por su contenido pertenecen solo y exclusivamente a su titular y, en algunas circunstancias, a quienes él decida que deban conocerla. De allí que nadie más puede conocerlos ni menos divulgarlos, por su esencia reservada, ya que toda persona tiene derecho a la vida privada. Esta facultad es conocida como el derecho a la intimidad. Este derecho permite la reserva, el secreto, la confidencialidad de todas las situaciones que uno considere propios. Es la vigilia a la vida privada del ser humano, el estar exento, libre de intromisiones, a fin de que se nos deje vivir tranquilos, en paz, sin mortificaciones, en sosiego, con nuestras virtudes y defectos. Frente a tal facultad se da el control y disposición de nuestra información que poseemos en pensamientos, datos, experiencias y estructura biológica, es decir, lo que se conoce como la autodeterminación informativa. La intimidad se edifica sobre la base de las legítimas facultades de exclusión del conocimiento por terceros de aspectos vinculados a mi persona.

Como parte del conocimiento y vivencias individuales, el derecho a la intimidad tiene ámbitos de aplicación como la vida interna de la persona (pensamientos, creencias e ideas), la relación de esta con su entorno social (su familia, compañías y círculos frecuentados), la comunicación que considere secreta (su correspondencia y memorias) y la representación de sus cualidades (imagen y voz). Existen, a su vez, tipos de intimidad como la territorial (inviolabilidad del domicilio), la psicológica o espiritual (percepciones y emociones internas) y la corporal (relacionada con el soma).

Si profundizamos veremos que la intimidad corporal viene siendo interferida radicalmente como consecuencia de las investigaciones biotecnológicas. La verdadera interioridad biológica del ser, su genoma, es materia de estudio y análisis. Frente a esto nos planteamos el siguiente interrogante; ¿qué más íntimo que la estructura biogenética en cuanto a factor endógeno existente en el ser humano? Siguiendo esta vertiente de la intimidad corporal merece que se amplíe su ámbito de cautela a un nuevo tipo de intimidad, la genética. Con la velocidad que están cambiando las cosas, y principalmente en el campo de las ciencias aplicadas, el derecho no debe ser ajeno a esta realidad. En los últimos años, somos testigos de la redefinición del derecho, que se extiende al campo del derecho genético, ya que las tradicionales instituciones jurídicas (como el

derecho a la intimidad, la presunción de paternidad y el hijo alimentista) se han redefinido por posturas modernas (como el derecho a la intimidad genética, el derecho a conocer el propio origen biológico y la filiación biológica)¹.

Hoy, este mundo interno del hombre merece y precisa una cautela y seguridad especial respecto a la información contenida en sus genes, por ejemplo respecto de la forma como ha sido procreado, los resultados que se obtengan de los análisis realizados o las prácticas médicas a las que se ha sometido, no pueden ser reveladas sin que previamente exista un consentimiento de esa persona de manera que no se sienta afectada con las revelaciones. Y es justamente el derecho a la intimidad el llamado a proteger consideraciones que a nadie más que a un solo sujeto le incumben. En este sentido es lógico e indispensable referirnos a un derecho a la intimidad de naturaleza especial que sería la intimidad genética. Son conceptos nuevos y revolucionarios que el derecho debe reglamentar, asumiendo la máxima defensa de la persona. Hoy podemos decir que de la privacidad de las cartas, pasando por las escuchas telefónicas hasta llegar a las intrincadas técnicas de mapeo genético las nuevas formas de lesión a la intimidad son cada vez más complejas. Deben fijarse, entonces, nuevos alcances, límites y grados en lo referente a la disposición de la información en el ámbito de estos tipos de intervenciones genéticas, a fin de evitar que se produzca una afectación en el ámbito subjetivo de la persona y la consecuente violación de sus derechos. Frente a esto, ¿qué deberá primar: la divulgación (transparencia) o la reserva (opacidad); la privacidad (lo propio) o la difusión (lo público)? Diremos que solo el beneficio y bienestar del sujeto puede determinarlo. Sin embargo, esta protección que se le debe dar a la intimidad de los genes de la persona no puede ser absoluta, e indiscutiblemente, como todo derecho, la intimidad genética tiene límites y puede ser restringida.

§ 93. PRIVACIDAD, RESERVA Y PROTECCIÓN DEL GENOMA HUMANO

El hombre tiene un mundo externo que lo rodea y un mundo interno que lo compone.

El genoma reúne los caracteres estructurales precisos, pero principalmente propios e individuales del ser humano que lo identifican e individualizan. El genoma es *el hombre y es del hombre*. Convencido de este presupuesto, CARLOS DE SOLÁ nos aproxima a la respuesta de la pregunta planteada en la introducción diciéndonos que “la información del genoma de un individuo representa la más íntima expresión de cuantos factores endógenos intervienen en la conformación de su estado de salud no solo actual, sino también futura”². El ge-

¹ DANIEL ECHAIZ MORENO, “La redefinición del derecho”, en *Revista Noticias*, Lima, Universidad de Lima, año XIX, núm. 112, mayo de 1999, pág. 16. Del mismo autor y con igual título en *Diario La República*, Lima, 25 junio 1999, pág. 21.

² CARLOS SOLA, “Privacidad y datos genéticos (I)”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 1, Bilbao, Universidad de Deusto, 1994, pág. 179.

noma es información, pero información especial que podría estar configurada como datos sensibles³ de la persona; he ahí el hecho de que merezca protección para configurarlo como una manifestación más de un derecho de la persona. Su tratamiento ha de ser equilibrado para evitar exigentes limitaciones y para prevenir liberales investigaciones. El derecho a la intimidad genética o *genetic privacy* (para los ingleses) forma parte consustancial de la dignidad de la persona, a nadie más que a ella le interesa saber cómo es y quién es. El patrimonio genético constituye un signo característico y distintivo del individuo, inseparable de su persona, un elemento especial; los elementos biológicos representan lo más interior del ser y como tal surge la necesidad de estructurar un derecho cuyo objeto sea la protección de lo más intrínseco y configurador del hombre, su genoma. El derecho a la intimidad genética merece un tratamiento efectivo y real; ello induce a GALÁN CORTÉS a decir que “La protección específica de la intimidad en relación con los datos genéticos se configura como fundamental, y es consecuencia lógica y directa de la protección general de la intimidad, a la que no es ajena la protección de los datos de nuestro genoma”⁴.

En términos genéricos la intimidad genética está sustentada, según MALEM SEÑA⁵, en dos principios:

El principio de transparencia, que tiene como base el conocimiento de la información del patrimonio genético de una persona, sea por parte de ella como de terceros. Es una actitud de apertura al conocimiento de la información que se puede obtener sobre la estructura genética y que permite su estudio así como posibles tratamientos en caso de sufrir alguna enfermedad.

El principio de opacidad. Se sustenta en la no intervención de terceros en el ámbito personal, por lo tanto el conocimiento de los elementos que conforman la interioridad del ser solo corresponde a la persona que los posee. Esta es una actitud de reserva de los datos obtenidos en el estudio de la estructura genética.

Este mismo autor considera la posibilidad de una colisión entre estos principios, en el sentido de que en los últimos tiempos el principio de transparencia ha prevalecido sobre el de opacidad; lo cual no favorece, no solo porque entra en conflicto con el principio de privacidad, sino también porque a su vez incita a que se viole la dignidad de la persona, al convertirse en una manera de discrimi-

³ “La especial sensibilidad de los datos relativos a la condición genética quizás recomiende, como se ha preconizado, la futura articulación de un sistema de doble consentimiento sucesivo, que operaría anudando a la primera autorización para practicar el análisis genético una segunda autorización para revelar el resultado obtenido del mismo”. PEDRO YANES, “Seguros de personas e información genética”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 2, Bilbao, Universidad de Deusto, 1995, págs. 180-181.

⁴ JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, España, Edit. Civitas, 2001, pág. 349.

⁵ JORGE F. MALEM SEÑA, “Privacidad y mapa genético”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 2, Bilbao, Universidad de Deusto, 1995, págs. 130 y 136.

minación, lo que posibilitaría ser juzgados por nuestros estados y no por nuestras acciones, incrementando así las posibilidades de dominación.

FIGUEROA YÁÑEZ⁶ afirma que no existe nada más íntimo que el código genético individual por lo que ha de reconocerse la existencia de un nuevo ámbito inviolable en cada persona, constituido por su estructura genética propia, dentro de la cual resultaría ilícita toda intromisión arbitraria y toda publicidad posterior, situaciones que deben ser protegidas por el derecho a la intimidad genética.

§ 94. EL DERECHO A LA INTIMIDAD GENÉTICA

De las escuchas telefónicas a la
transparencia del gen

Como derecho, la intimidad genética es la facultad con la que cuenta el sujeto de derecho a fin de mantener su bioautonomía interna libre de intromisiones, restringiendo el acceso a la información que se desprenda de ella. Es un derecho básico que protege y respeta la intangibilidad de su patrimonio genético, ya que el genoma de cada individuo se diferencia de cualquier otro por su carácter *estrictamente personal*. Mediante este derecho la persona se puede identificar y se individualiza como sujeto biológico y unidad genésica dentro del orden jurídico. Como dice RUIZ MIGUEL⁷, el derecho a la intimidad genética es el derecho que busca determinar las condiciones de acceso a la información genética y su contenido, configurándose entonces sobre dos elementos:

Elemento objetivo. Es el espacio, zona, esfera o dato que no es público. En este caso el elemento objetivo es el genoma humano y, por derivación, cualquier tejido o parte del cuerpo humano en el que exista información genética.

Elemento subjetivo. Es la voluntad del sujeto a determinar quién y bajo qué condiciones se puede acceder a su genoma. Así, el elemento subjetivo es la autodeterminación informativa.

La información sobre el genoma de un individuo representa la más íntima expresión de cuantos factores internos intervienen en la conformación de su estado de salud, no solo actual, sino también futuro; depende del propio sujeto titular de los datos genéticos el conocerlos y mantenerlos en su fuero interior o, simplemente, no enterarse de ellos. Esta idea encierra el derecho a saber y el derecho a no saber la información que sobre datos genéticos se tenga. El ma-

⁶ GONZALO FIGUEROA YÁÑEZ, “El derecho a la intimidad, reserva o secreto. Cambios de perspectiva a partir de las investigaciones sobre el genoma humano”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 11, Bilbao, Universidad de Deusto, 1999, pág. 67.

⁷ CARLOS RUIZ MIGUEL, “La nueva frontera del derecho a la intimidad”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 14, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pág. 150.

nejo de esta información puede resultar peligroso, ya que contiene la reseña genésica de una persona y podría facilitar, como lo indica FIGUEROA YÁÑEZ⁸, intromisiones indebidas en el código genético individual en diversas materias como restricción a la admisión escolar, impedimentos matrimoniales, esterilizaciones o abortos de sujetos con determinadas particularidades genéticas. Esto no es otra cosa que discriminación genética (*genoísmo* o *genetismo*) y que se sitúa actualmente al lado del racismo y del sexismo. Con tal actitud se limita el normal desarrollo educacional, laboral y contractual de una persona al saberse su propensión a una enfermedad o a su imposibilidad de curación. Un caso concreto para ilustrar lo explicado: Juan fue despedido a raíz de que su empleador se enteró de que le habían detectado *Alpha I*, una enfermedad genética que afecta los pulmones. Si se divulgare el mapa genético de las personas y se empezara a seleccionarlas, estas se encontrarían expuestas a actos de discriminación social que atentaría contra el derecho a la igualdad (ello no es difícil de creer; basta pensar en la situación actual de personas minusválidas o con enfermedades incurables)⁹.

Actualmente, no existe problema de confusión o error en la identificación de una persona, ya que el análisis genético del ADN nos facilita este trabajo¹⁰. Lo que sí puede ocurrir es que con los resultados que se obtengan del análisis genético se afecte la integridad física, intimidad o dignidad del individuo. El código genético más que un bien de la persona es un atributo cuya característica es la intangibilidad, pues su dotación genética es inmutable y, por tanto, una manifestación especial de la especie humana. Su protección se convierte indiscutiblemente en un derecho que el ordenamiento jurídico debe tutelar. Es en este sentido que deberían establecerse “procedimientos para acceder a la información que sobre nuestro genoma puedan acceder administraciones o particulares (*habeas genoma*); procedimientos para rectificar las informaciones genómicas que puedan ser equivocadas, así como procedimientos para cancelar información genética que se posea; procedimientos para crear ficheros genéticos”¹¹.

En su aspecto positivo, la investigación del genoma humano conduce a un gran progreso en el conocimiento y la prevención de las enfermedades genéticas y se espera que en un futuro también en el tratamiento de las mismas. En el aspecto negativo, el desciframiento genómico puede ser utilizado también para propósitos distintos, quizás perjudiciales, a medida que se haga más sencillo el

⁸ FIGUEROA YÁÑEZ, *Derecho civil de la persona (del genoma al nacimiento)*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, págs. 284 y 285.

⁹ Véase a ECHAIZ MORENO, “El genoma y sus implicancias jurídicas”, en Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 12 julio 2000, pág. 12; del mismo autor, “Los desafíos jurídicos de la ingeniería genética (genoma vs. derecho)” en *Portal derecho @1 Día* (26 octubre 2000), <http://peru.derecho.org/rcp/19>.

¹⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Filiación, derecho y genética*, Lima, coedición Fondo de Cultura Económica y Universidad de Lima, 1999.

¹¹ RUIZ MIGUEL, “La nueva frontera del derecho a la intimidad”, en *op. cit.*, pág. 153.

acceso a estas pruebas y se extienda su uso, se tenderá a encasillar a un número cada vez mayor de personas, basándose en información genética predictiva, produciéndose cuadros discriminativos y estigmatizantes. Como nos dice GARRIDO FALLA, “nos encontramos en el momento crítico en el que la alianza entre la tecno-biología y la tecno-informática pueden conseguir —deliberadamente o por el propio despliegue de sus posibilidades—, la anulación del núcleo mismo de la persona humana”¹².

La utilización del análisis del genoma vulnera el derecho a la intimidad. Las consecuencias de esta utilización dependen de los poderes públicos, de los científicos y las de personas interesadas en conocer su propio patrimonio genético o el de terceros, quienes deberán actuar en forma responsable respecto de esta información. Por tanto, es importante limitar los alcances del derecho a la intimidad al igual que el acceso y utilización de los resultados de las pruebas genéticas. SALVADOR BERGEL nos guía en el sentido de que “en materia de información genética, a través de una normativa especial, deberán asegurarse una serie de derechos fundamentales: a) el derecho a la autodeterminación traducido en el requisito del consentimiento libre e informado para todos los actos que derivan de la propia obtención de la información, así como su circulación y conservación; b) el derecho a conocer y estar informado; c) el derecho a no conocer. Hoy día, tan importante como el derecho a conocer, existe el derecho a no conocer, que debe ser respetado en toda su extensión, y d) el derecho a controlar la información genética propia obrante en bases de datos para que solo sea conocida por los sujetos autorizados por el titular de dicha información”¹³.

Pero así como se limita el derecho a la intimidad es de trascendental importancia establecer las sanciones para aquellos que violan la esencia de esta facultad, es decir, proceder a la tipificación de los delitos contra la intimidad genética. En esta línea de pensamiento dice ESTEBAN SOLA¹⁴ que la confección de disposiciones penales destinadas a proteger la manifestación genética de la intimidad resultan inespecíficos, es decir, inoperantes; a continuación presentamos solo algunos casos:

- Apoderamiento no consentido de una muestra orgánica para descubrir datos genéticos de una persona.
- Utilización de una muestra orgánica legítimamente obtenida para fines indagatorios no consentidos.

¹² FERNANDO GARRIDO FALLA, “El derecho a la intimidad y el uso de la información genética”, en «información genética», en *El derecho ante el proyecto genoma humano*, vol. IV, Madrid, Fundación BBV, 1994, pág. 354.

¹³ SALVADOR BERGEL, “Genoma humano: cómo y qué legislar”, en *La Ley*, año LXV, núm. 235, 7 diciembre 2001.

¹⁴ ESTEBAN SOLA RECHE, “La protección de los datos personales genéticos en el derecho español”, en CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (editor), *Genética y derecho penal (Previsiones en el Código penal español)*, Bilbao-Granada, Cátedra de derecho y genoma humano - Edit. Comares, 2001, págs. 219-235.

- Actos de difusión, revelación o cesión de datos genéticos.

El derecho a la intimidad se presenta como un derecho complejo, y más aún tratándose de la intimidad genética; en tal sentido, resulta necesario tratar temas como el derecho de confidencialidad y del uso de información genética. Sobre esta base al decir de PAULA KOKKONEN¹⁵ se sustentan en tres Recomendaciones del Consejo de Europa:

Primera recomendación. En la detección y el diagnóstico genético prenatal o el asesoramiento genético asociado únicamente pueden recogerse, procesarse y almacenarse datos personales con fines de asistencia sanitaria, diagnóstico y prevención de enfermedades. Solo deben concederse los datos sanitarios al interesado. Los datos genéticos que se refieren a un miembro de la pareja no deberían comunicarse al otro sin el consentimiento del primero. Esta recomendación prohíbe las pruebas con meros fines de investigación.

Segunda recomendación. Trata de la detección y de las pruebas genéticas con fines de asistencia sanitaria. Esta recomendación se titula “protección de datos y secreto profesional”¹⁶, ya que protege al individuo contra posibles peticiones de terceros relativas a la información confidencial. En este punto se exige una confidencialidad estricta y una legislación dirigida a la prevención de usos indebidos de la información genética, salvo en caso de un riesgo genético grave para otros miembros de la familia sobre cuestiones pertinentes para su salud o la de sus futuros hijos.

Tercera recomendación. (Sobre el uso de las pruebas de ADN en el ámbito de la justicia penal). Esto se refiere en caso de identificación de un sospechoso dentro del marco y del procesamiento de delitos. Las muestras recogidas con fines de justicia penal no se utilizarán para ningún otro fin. El uso de muestras de ADN con fines estadísticos y de investigación es aceptable, siempre que no se pueda averiguar la identificación del individuo.

Como se aprecia en conjunto, hay personas que tienen recelo a someterse a pruebas genéticas, pues lo obtenido podría ser utilizado con un fin distinto para el cual fue recogida la información. Por eso es importante una legislación adecuada, que ofrezca garantías a la persona sobre la información que se obtenga de las pruebas y sobre todo que proteja la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad, conforme lo indica la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (art. 7º)¹⁷, así

¹⁵ PAULA KOKKONEN, “El derecho a la confidencialidad: uso de la información genética”, en *El derecho ante el proyecto genoma humano*, vol. IV, Madrid, Fundación BBV, 1994, págs. 317-323.

¹⁶ España cuenta con la Ley Orgánica 15 de 1999, *Protección de datos de carácter personal*, BOE núm. 298, de 14 diciembre 1999.

¹⁷ El Informe Explicativo de la Declaración Universal sobre el Genoma y derechos Humanos. Sustenta el artículo 7º en las siguientes consideraciones: “37. La protección de la confi-

también la Carta de derechos en Genética¹⁸ al indicar esta última que “Todas las personas tienen el derecho a la privacidad genética, incluso el derecho a prevenir la toma o almacenamiento de muestras corporales para información genética sin su voluntario consentimiento informado” (art. 7º). Los principios de consentimiento, privacidad y derecho de la información también se encuentran regulados en el *Convenio de los derechos humanos y la biomedicina* (arts. 5º y 10, respectivamente).

Con todo, se afirma que la noción de intimidad genética no tiene sentido desde un punto de vista biológico, pues muchas leyes brindan una protección especial para las pruebas genéticas, pero un análisis corriente de colesterol puede revelar mucho más sobre el historial de una familia, por ejemplo, su predisposición a las enfermedades coronarias. Es más conveniente proteger la intimidad médica, y no solo la genética¹⁹. Se ha discutido si el concepto de “intimidad genética” constituye o no una contradicción terminológica por la correlación en el ámbito sanitario entre los derechos y deberes de los pacientes de confianza con los profesionales de la salud²⁰. En todo caso la necesidad de regulación de esta especial materia y nueva facultad de la persona se torna imprescindible, según algunos sectores del derecho comparado que han mostrado su preocupación²¹.

dencialidad de los datos genéticos, asociados con una persona identificable, está vinculada con el principio general del respeto de la vida privada, afirmando en particular en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 y el artículo 17 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966. Esta protección resulta indispensable, habida cuenta de los riesgos específicos por el acceso a esas informaciones. La información genética es de índole absolutamente inédita, puesto que proporciona datos sobre la persona, su salud y sus predisposiciones, así como sobre sus colaterales y su descendencia. 38. la incertidumbre científica que existe en torno al carácter y la importancia de la función que desempeñen los genes y los riesgos de utilizaciones abusivas llevan a hacer hincapié en el principio ético de la confidencialidad. Por esta razón en este artículo se prevé que la protección de la confidencialidad debe asegurarse en las condiciones estipuladas por la ley, en particular por lo que se refiere a las relaciones entre los individuos y las compañías de seguros o los empleados”.

¹⁸ Dado por el *Council for Responsible Genetics* (Consejo para una Genética Responsable), publicado en *Bulletin of Medical Ethics*, núm. 158, may 2000, pág. 7. Traducción libre de Geraldina J. Picardi.

¹⁹ AMY OTCHET, “Proteger los secretos genéticos”, en *El Correo de la Unesco*, marzo 2001.

²⁰ Véase a SOMMERVILLE y ENGLISH, “Genetic privacy, orthodoxy or oxymoron?”, en *Journal of Medical Ethics*, 2, 1999, págs. 1444 a 1448. Esto es citado por ESTEBAN SOLA RECHE, “La protección de los datos personales genéticos en el derecho español”, en CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (editor), *Genética y derecho penal (Previsiones en el Código Penal español)*, Bilbao-Granada, Cátedra de derecho y genoma humano - Edit. Comares, 2001, pág. 206, nota 19.

²¹ Las fuerzas de seguridad y una treintena de laboratorios públicos y privados en España almacenan ya miles de perfiles genéticos no identificados. Los expertos aseguran que la identificación de muchos de ellos ayudaría a resolver numerosos casos abiertos sin embargo, el actual vacío legal en esta materia impide la utilización amplia, algo que además supone un riesgo para

§ 95. AUTONOMÍA GENÉTICA

La autonomía genética es la facultad de la persona de poder disponer libremente de sus componentes biogenéticos. Esta disposición puede ser material o formal. La material se refiere a los actos de cesión, mientras que la formal se relaciona con la entrega de datos informativos de la misma. El derecho a la autodeterminación informativa implica la autonomía o autogobierno de la información, es decir, para el caso concreto en análisis, la capacidad que tiene el sujeto de decidir acerca del destino de los datos de su genoma. Resulta evidente que se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informen los resultados de un examen genético y sus consecuencias, regla establecida en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (art. 5º c) y en el Convenio de los Derechos Humanos y la Biomedicina (art. 10.2).

La profesora danesa LINDA NIELSEN se refiere al tema en los siguientes términos: “El principio clave de la intimidad que exige protección parece ser ‘el derecho a no conocer’ secretos de la propia persona desconocidos hasta entonces, incluido el hecho de ser un ‘enfermo saludable’ y el derecho a que no sean conocidos por terceros dichos rasgos genéticos”²². Estas consideraciones han hecho surgir derechos derivados de la intimidad, que se presentan como facultades de relación en el sentido de que las mismas pueden operar como atributos de restricción fundados en la autonomía de la voluntad del sujeto en *querer saber o conocer o publicitar* su conformación y evolución biogenética.

Ello explica que hayan surgido los siguientes derechos: el derecho a saber y el derecho a no saber.

§ 96. EL DERECHO A SABER

El diagnóstico genético nos permite descubrir padecimientos inesperados, siendo estos de poca o de mucha importancia. En algunos casos es de interés

la intimidad de las personas. Los expertos advierten que, en 1999, redactaron un borrador de anteproyecto de ley reguladora de las bases de datos de ADN. España, Italia y Grecia son los únicos países de la Unión Europea sin una ley sobre análisis de ADN y bases de datos genéticos. Los países no han regulado de forma homogénea esta materia. El Reino Unido incluye en una base de datos el perfil genético de cualquier sospechoso de haber cometido un delito leve y dispone ya de casi dos millones de perfiles identificados, el mayor banco de Europa, y pretende llegar a los cinco millones. Holanda solo incluye en la base imputados por delitos sexuales. En España, unos 30 laboratorios han generado ya al menos 50.000 perfiles de ADN, señala Antonio Alonso, del Instituto Toxicológico Nacional. Véase “Juristas y expertos en ADN forense piden una ley que regule las bases de datos genéticos”, en: Diario *El País*, Madrid, 18 marzo 2002.

²² LINDA NIELSEN, “Pruebas genéticas y derecho a la intimidad: Una perspectiva europea”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 4, Bilbao, Universidad de Deusto, 1996, pág. 80.

de un sujeto saber lo encontrado en él, es decir, conocer su patrimonio genético, su esencia como ser biológico, tener en cuenta qué es hoy y qué será mañana, pues con ello puede redefinir o reorientar su comportamiento. Si el individuo no ha expresado el derecho a saber, en otras palabras, a conocer los resultados de un bioanálisis, podemos preguntarnos: ¿es obligatorio comunicarle los datos que tengan relevancia terapéutica o preventiva? Es obligación del médico decir: si lo tienes, sí informo; si no lo tienes, no informo.

En esta línea de pensamiento, el derecho a saber es la facultad de conocer y acceder a nuestra información personal de la salud que tiene bajo su custodia un profesional o una autoridad pública. El fin de este derecho fundamental es la correspondiente protección de datos biológicos y genéticos como parte de la intimidad. Estos datos que ya han sido de conocimiento de la persona quedan bajo su dominio y disposición y puede reservarlos para sí. Este derecho se sustenta en el principio de la transparencia, ya que permite establecer dos actitudes: la primera, es la de permitir que se extraiga información sobre el patrimonio genético, y la segunda, como consecuencia de la primera, es el querer conocer acerca de los resultados que se obtengan de la investigación.

§ 97. EL DERECHO A NO SABER

Del derecho a saber se deriva su aspecto negativo o antagónico, que es el derecho a no saber. El derecho a saber se transforma en el derecho a no saber por motivos que tienen que ver con la conservación de la capacidad de elegir y de no ser informado del resultado de los exámenes, análisis y otros actos médicos.

En sentido genérico, es la facultad mediante la cual el sujeto puede ejercer una reserva a no conocer, a ignorar o desconocer determinados acontecimientos, hechos, virtudes o defectos biológicos. Para que tenga validez debe ser manifiesta y expresa, es decir, no podemos presumir este derecho. El derecho a no saber “al poseer un carácter defensivo, dirigido a obtener una *omisión de otros*, va claramente más allá del mero hecho de no ejercer o de renunciar a derechos activos propios”²³, de esta manera vemos que la independencia y autonomía de este derecho es clara y definida. En algunos casos, como el de una enfermedad terminal para la que no exista curación o tratamiento conocido, la puesta en conocimiento al paciente tendría consecuencias psicológicas devastadoras, profundos cambios vitales o impediría probablemente a dicha persona disfrutar plenamente de su vida, estas consecuencias son conocidas como las dimensiones psico-dinámicas de los análisis genéticos²⁴. Y aquí reside una de las

²³ JOCHEN TAUPITZ, “El derecho a no saber en la legislación alemana (parte II), en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 8, España, Universidad de Deusto, enero-junio, 1998, pág. 174.

²⁴ *Idem, ibidem*, pág. 168.

mayores amenazas para la intimidad derivada de la información obtenida de pruebas genéticas que son los denominados “usos secundarios” de información de carácter personal, usos que no guardan relación con la finalidad original por la que se llevó a cabo la obtención de estos datos.

En lo referente a la bioconformación del hombre es claro decir que no toda enfermedad genética dispone de terapia o prevención, lo único que se sabe es que en cualquier momento aparece, sin poder prevenirla o retrasarla. La interrogante ha plantearse será: ¿debe el médico informar acerca de lo diagnosticado?

Hay dos puntos de vista al respecto: esto puede causar intranquilidad o desasosiego en el paciente, o puede ser de utilidad para programar su forma de vida.

La posibilidad que normalmente se maneja es que se procede a comunicar dicha información a los parientes, a fin de que puedan hacer uso de la misma y decidir la utilización de técnicas preventivas o terapéuticas. Sin embargo, con esta actitud a favor de la salud del paciente, se estaría vulnerando su derecho a la intimidad al informarse a sus familiares sin su previo consentimiento. La situación es clara, el derecho a no saber no es absoluto y cede frente a casos especiales. GALÁN CORTÉS²⁵ sostiene que el precio de la libertad individual es tal que, sin duda, hay motivos éticos para aceptar este derecho en la medida que ninguna otra persona aparte del interesado pueda verse perjudicada.

En cuanto a esta nueva forma de ver el derecho a la intimidad tenemos que el Convenio de los derechos humanos y la biomedicina “protege la dignidad e identidad de todo ser humano y garantiza a toda persona, sin discriminación, el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina” (art. 1º). Si bien taxativamente esta cláusula no se pronuncia en relación al derecho a la intimidad, cabe interpretar que este derecho está comprendido dentro del término “demás derechos y libertades fundamentales”, además, el tomarlo así, va de la mano con el objetivo que se desea lograr, el cual es la más amplia protección de la esencia de la persona, su patrimonio genético. Sin embargo, el artículo 10 si trata expresamente de la vida privada y derecho a la información en el sentido de que: “1. Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud. 2. Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada. 3. De modo excepcional, la ley podrá establecer restricciones, en interés del paciente, con respecto al ejercicio de los derechos mencionados en el apartado 2”. Por su parte, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos indica que “Se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias” (art. 5º c).

²⁵ GALÁN CORTÉS, *op. cit.*

La información genética obtenida debe ser utilizada según el fin para el cual se recolectó y no para objetivos distintos que posibiliten desnaturalizar el propósito para el cual una persona aceptó someterse a este tipo de investigaciones. CAVUKIAN²⁶ dice que, quizás el más importante de los principios que se sustentan en el *Código de prácticas de información leal* es el de “limitaciones de uso” por el cual la información recogida únicamente debe utilizarse para los fines comunicados al sujeto.

El derecho a no saber se vincula con el principio de opacidad (reserva limitada), en el sentido de que, pese a permitir la investigación sobre el patrimonio genético, la persona ejerce una actitud de reserva, ya que no autoriza que el resultado de ese estudio se conozca, ni por él ni por terceros. Según JOCHEN TAUPITZ²⁷, reconociendo la existencia del derecho a no saber, aclara que partiendo del término “saber” como representación mental de un hecho, el cual también abarca la información genética que concierne al individuo, suele mencionarse el surgimiento de su opuesto, es decir, de un “derecho a no saber”, en el sentido de que no sometiéndose a las pruebas genéticas el afectado evita conocer si realmente es portador de una enfermedad genética o si puede, incluso, padecerla en el futuro. El “derecho a no saber” como “derecho a no ser informado” estaría rubricado tanto por el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (Constitución alemana, art. 2º) como por el derecho fundamental a la libertad de información. Con tal principio el individuo tiene total libertad de no informarse y con ello hacer prevalecer su mundo interno, su decisión. Sin embargo, es necesario tener presente que quien pretende invocar este “derecho a no saber”, no rechaza los tratamientos terapéuticos, es decir, solo quiere la cura, mas no conocer lo que tiene. En este caso se ve con claridad qué significa el derecho a no saber, ya que la realización de la prueba es legal, pues la persona únicamente no quiere saber el resultado de la prueba²⁸. Por ello se indica con toda claridad que el derecho a no saber una predisposición genética es independiente de su no exploración, averiguación y tratamiento.

§ 97 A. SECRETO MÉDICO

Como institución propia del derecho médico²⁹ el secreto no solo es uno de los deberes esenciales del profesional de la salud, sino que también se vincula con la relación médico-paciente en el aspecto de la fe con que se inicia y se de-

²⁶ ANN CAVUKIAN, “La confidencialidad en la genética: La necesidad del derecho a la intimidad y el derecho a no saber”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 2, Bilbao, Universidad de Deusto, 1995, pág. 66.

²⁷ TAUPITZ, “El derecho a no saber...”, *op. cit.*, págs. 106 a 115.

²⁸ Un análisis genético y las conclusiones directas que derivan de la predisposición genética de un familiar al propio derecho a no saber (o a saber) de la familia. TAUPITZ, *op. cit.*, pág. 114.

sarrolla la relación debido a que cuando se mantiene el secreto se conserva la confianza del paciente. La reserva o secreto médico implica no revelar aquellos hechos de los que tuviera conocimiento el médico por su profesión y que afectan la privacidad del paciente. Los datos que comprende la obligación de secreto son todos aquellos conocidos en el ejercicio de la profesión, los revelados por el paciente —sean confidenciales o no—, así como los descubrimientos que haga el médico durante el diagnóstico y tratamiento. En tal sentido, la ley general de salud establece que toda la información relativa al acto médico tiene carácter reservado. VELOSO DE FRANÇA³⁰ nos dice que existen ciertas circunstancias en que se discute la validez del secreto médico, entre ellos menciona: en causa propia, estudiantes de medicina, revelación al paciente, esposas de médicos, secretos post mortem, sida, pericias médicas en presos o detenidos, determinación de un delito, información a autoridad de salud, privacidad en informática médica, tiempo en que se guarda la información, prensa, atestado médico, boletín médico, el secreto y la cobranza judicial de honorarios.

Como relación jurídica subjetiva el secreto profesional se presenta también como un derecho que tiene el médico, lo que determina que no solo es una obligación de no revelar (obligación de no hacer) la información que conoce en su ámbito técnico respecto de sus pacientes. Indiscutiblemente, existen excepciones y el deber de secreto desaparece por el consentimiento del interesado, por autorización legal, por mandato judicial o si media una causa justa. Como reserva máxima en los actos médicos e independientemente del origen y forma de los mismos debe mantenerse siempre la reserva de los datos de cada paciente, podría entenderse como un contrasentido en razón a lo expresado líneas arriba, pero si se trata de información genética, quizás el tipo más personal de información médica³¹, susceptible de afectar esferas tan variadas y trascendentales del ser, de allí que el secreto médico debe ser más determinante.

§ 98. PRUEBAS GENÉTICAS E INTIMIDAD SOCIAL

En casos específicos podemos referirnos a una intimidad social, es decir, aquella privacidad y reserva que merece, la colectividad, no la individualidad, pues aquella podría ver afectada su estabilidad al conocerse aspectos genéticos que afectan a todas las personas que lo conforman por compartir características sociales comunes. Es el caso, como menciona CAVUKIAN³², que se viene apli-

²⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Derecho médico peruano*, Lima, Universidad de Lima, 2001, págs. 117-120.

³⁰ GENIVAL VELOSO DE FRANÇA, *Direito médico*, 7ª ed., São Paulo, Fundo Editorial BYK, 2001, págs. 154 a 159.

³¹ JOSÉ ELIZALDE, “El secreto médico, el derecho a la intimidad y la información genética”, en *El derecho ante el proyecto genoma humano*, núm. 1, Bilbao, Universidad de Deusto, 1994, pág. 328.

³² CAVUKIAN, *op.cit.*, págs. 65 y 66.

cando a determinados grupos o poblaciones con respecto a enfermedades genéticas de sus integrantes de manera que se verifique quiénes tienen mayor probabilidad de portar dicha deficiencia biológica. Por ejemplo:

Se sabe que la comunidad de judíos askenazís tiene una alta incidencia de portadores del gen recesivo de la enfermedad *tay-sachs*, una enfermedad neurológica degenerativa que es mortal en la primera infancia. Esta comunidad de judíos, en Nueva York y Jerusalén, alienta a los jóvenes en las primeras etapas de relación como pareja a que se sometan a pruebas de detección antes de pensar en el matrimonio. El proyecto es denominado «Dor Yeshorim», que significa la generación de los judíos, por lo que se anima a los jóvenes ortodoxos a someterse a un análisis de sangre para ver si son portadores de genes de tres enfermedades genéticas: *tay-sachs*, fibrosis quística y la enfermedad de gaucher. Tras el análisis, a la persona se le asigna un número de identificación de seis dígitos. Cuando dos personas se conocen y empiezan a salir, se les anima a que llamen a la línea directa del proyecto Dor Yeshorim de Nueva York y faciliten sus números de identificación, luego se les comunica si formarían una pareja compatible o no. Si no lo son se les pide que acudan para asesorarle genéticamente y se les informa sobre los riesgos existentes.

La exigencia de que la gente se someta a pruebas genéticas para determinar si son portadores de un gen especial plantea una preocupación fundamental en relación con la intimidad personal y social. Suprime la capacidad de la persona de actuar como ser que se autogobierna, de ser autónomo: libre para decidir qué análisis médico deba obtener y libre para decidir si quiere o no conocer su destino genético.

§ 99. LA NATURALEZA “TRÍPTICA-DÍPTICA” DE LA INTIMIDAD GENÉTICA

Según BERTHA KNOPPERS³³, la información genética es, por su propia naturaleza, individual, familiar y universal. La distancia individual es el espacio territorial necesario entre los ejemplares de una especie; la distancia íntima es el espacio entre los miembros de una pareja o una familia y la distancia social es el vínculo de un individuo con los demás miembros de una comunidad. Para la autora citada no resulta suficiente demostrar la singularidad genética como fundamento de la intimidad, por eso dice que hay muchos niveles de relación implicados en torno a la genética humana. Menciona tres en particular, los cuales son:

El primer nivel, el de la *identidad genética* que corresponde a la constitución genética de la persona, tanto muerta como viva. En un sentido objetivo es el nivel más íntimo. Sin embargo, es en este nivel que deben garantizarse las

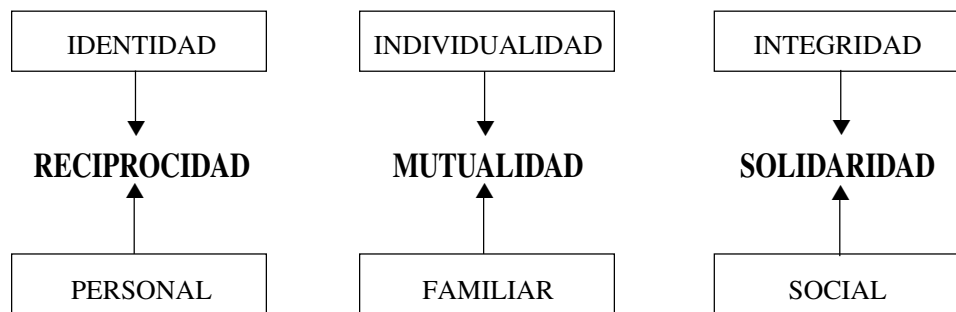
³³ BERTHA KNOPPERS, “Hacia la intimidad genética”, en *El derecho ante el proyecto genoma humano*, núm. 1, Bilbao, Universidad de Deusto, 1994, págs. 387 a 390.

opciones personales más fundamentales si queremos salvaguardar el control de la persona física sobre la generación y la utilización del ADN y de su información genética.

El segundo nivel, el de la *individualidad genética*, traduce la expresión fenotípica de una persona en una familia. La información genética individual es necesariamente familiar y transgeneracional. Las normas tradicionales de confidencialidad y acceso requerirán una reformulación y diferenciación de los conceptos de intimidad dentro del contexto familiar.

El tercer nivel, el de la *integridad genética*, reconoce el ámbito social de la genética humana. La comprensión social de la integridad genética depende de su imagen social y de los valores vigentes. Es en ese nivel donde deberían actuar los mecanismos operativos de protección socioeconómica, así como la concepción de la política estatal para limitar la estigmatización y discriminación.

Estos tres derechos se verán protegidos y salvaguardados en relación bies-estructural con los contextos en los cuales se desarrolla el ser humano. Entonces se dice que es *díptica* por la relación surgida entre dos planos, los derechos y los niveles de relación de la persona, y *tríptica* porque son tres los derechos, correspondiéndole a cada derecho un determinado contexto.



KNOPPERS, basada en esos 3 niveles, los denominó principios de reciprocidad, mutualidad y solidaridad, diciendo que podrían constituir los fundamentos de la ética de la información genética (*infamgenic ethics*).

La reciprocidad se aplica al nivel de las relaciones entre el investigador-médico y el paciente. El médico debe proporcionar información y las alternativas correspondientes al paciente respecto a la recepción de resultados y depositar la información de ADN en bancos, compartirla, codificarla y darle acceso a otros investigadores.

La mutualidad implica el intercambio, pero esta vez dentro de la familia, desarrollando el principio de la no maleficencia, y la obligación moral de comunicar la información relevante de riesgo a los miembros de la familia a fin de prevenir daños que vengan de la propia relación.

La solidaridad se aplica también al Estado que, a cambio de la participación del paciente y de la familia en la detección y las pruebas debe proporcionar la necesaria infraestructura para un acceso libre, universal y equitativo a los servicios y al ejercicio voluntario de estas opciones sin consecuencias discriminatorias sociales o económicas.

§ 100. EXCEPCIONES A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad, el principio de consentimiento y la confidencialidad adquieren un carácter secundario o pueden ser limitados cuando existen razones imperiosas que lo justifiquen, siempre que se respeten los derechos humanos de ellos derivados, conforme la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (art. 9º) y el Convenio de los Derechos Humanos y la Biomedicina (art. 10.3).

Entre los casos de justificación tenemos:

- Cuando está en juego un derecho preeminente y de interés superior (tal es el caso del derecho a conocer el propio origen biológico).
- El hallazgo de un mal será reservado, pues la persona sometida a la prueba se negó a la difusión de la información, sin embargo, la comunicación será necesaria, siempre que se trate de salvar las vidas de sus familiares.
- La información genética suscita temor y podría contribuir más a un tratamiento cruel y a una discriminación por parte de los demás. En este caso debe hacerse un análisis equilibrado para determinar qué es lo más conveniente para proteger a la persona y lo que vaya más acorde con la protección de su dignidad.

De esta manera, la reserva y utilización adecuada e igualitaria de la información genética debe buscar combatir el genoísmo, es decir, el trato desigual y hasta discriminatorio por las características de los genes. Siguiendo este criterio la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos señala claramente (art. 6º) que: “Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos humanos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad”, y el Convenio de los Derechos Humanos y la Biomedicina indica (art. 11, de la no discriminación) “Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético”.

Se debe evitar el genoísmo, pues además de afectar a las personas con la divulgación irresponsable de información genética, también se les puede afectar en su dignidad cuando no hay solución a sus males, o cuando los intereses de otras personas respecto de la confidencialidad de la información afecte a un grupo más amplio. Otros casos en los que se plantea la admisibilidad a la limitación del derecho a la intimidad genética son: la protección de la salud privada,

la determinación de la filiación, la investigación de delitos, la protección de la salud pública, la contratación de trabajadores y el otorgamiento de pólizas de seguros.

§ 101. EL DERECHO A LA IMAGEN GENÉTICA

La imagen es el aspecto y figura de la persona, el rasgo fisonómico reconocible. El derecho a la imagen está vinculado a la esfera de la intimidad de la persona, ya que mediante este derecho se protege la representación o reproducción gráfica y el uso, si no ha existido previo consentimiento, de la figura o forma del cuerpo y su uso.

Por referir, la técnica de la clonación vulnera el derecho a la propia imagen genética del sujeto³⁴, ya no será *unicum*, sino *plurimum*, al crearse un doble, otro igual que en definitiva es (con la fisión gemelar) o será (con la transferencia del núcleo o partenogénesis) una proyección de su imagen, una escultura con vida, que como singular y típica ha de pertenecerle solo a él. Debe entenderse, en este orden de ideas, que ninguna ciencia o método puede biológica, ni mucho menos técnicamente, hacerle compartir el aspecto biofísico a un ser humano programando en serie sus caracteres, pues esto no solo afectaría su imagen, sino también su esencia como persona. Refiere ROBERTO ANDORNO³⁵, que una de las posibles consecuencias que se pueden distinguir de la utilización de los exámenes genéticos es su repercusión sobre el derecho a la imagen, ya que el hecho de saberse gravemente enfermo o enterarse de que existe una probabilidad de enfermedad grave puede constituir una carga psicológica muy pesada. En definitiva, no debe permitirse utilizar la imagen física de una persona cuando vaya en contra de su dignidad, como es el caso de la clonación.

§ 102. CONSEJO GENÉTICO

De las técnicas curativas sustentadas en la predicción y prevención correspondiente, la medicina recibe actualmente aportes de la genética, a fin de brindar la máxima protección en la salud del ser humano.

³⁴ La clonación (al igual que las diversas manifestaciones de manipulación genética) afecta, entre otros derechos, el correspondiente a la imagen genética, por lo cual no se justifica, incluso en aquellos casos que supuestamente persiguen fines terapéuticos y no reproductivos. Véase a ECHAIZ MORENO, “La clonación de embriones humanos”, en Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 10 febrero 2001, pág. 11. Del mismo autor, “El derecho frente a la experimentación genética: límites jurídicos a la clonación” en Portal V-lex Perú, Lima, desde el 5 febrero 2001, <http://vlex.com/pe/doctrinal/40>.

³⁵ ROBERTO ANDORNO, *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, Edit. Tecnos, 1998, págs. 135 y 136.

El consejo genético es una nueva forma en el tratamiento y aplicación de la medicina. Es entendido como “El proceso por el cual los pacientes o sus parientes con riesgo de una enfermedad de carácter hereditario son advertidos de las consecuencias de la enfermedad, de la probabilidad de padecerla o de transmitirla y los métodos posibles para evitarla o mejorarla”³⁶. Es, en sentido técnico, el acto médico por el cual se comunica e informa acerca de la posibilidad de padecer un trastorno genético suministrando información sobre todas las formas de prevenir males mayores, dejando a criterio de los pacientes las técnicas que a ellos les parezca mejor desarrollar. De esta manera, se ve que los estudios genéticos permiten el diagnóstico de enfermedades de orden hereditario y de esta manera aplican tratamientos médicos especiales que se basan en la prevención de las consecuencias que normalmente ocurrirían si no se hubiese informado a tiempo sobre estas enfermedades y que bajo este método el riesgo de que sucedan se vuelve menor al informar preventivamente a las personas que hubieran podido ser afectadas. Aquí entra en juego el cribado genético o *Genetic Screening*, que es el test que busca determinar la estructura genética de la persona, incluso la existencia de un gen deletéreo (gen malo, mortífero, venenoso, por así llamarlo) en la integridad genésica de la persona investigada con el objetivo de aplicar el tratamiento del caso.

Por ello, el consejo genético presenta numerosas facetas de interés desde el punto de vista jurídico, no solo por su función, en sentido estricto, de transmisión de información a los consultantes y de evaluación de esta última, sino también por las pruebas previas que haya que realizar en cada caso, así como por las decisiones que se puedan adoptar como consecuencia de la información suministrada o del asesoramiento prestado³⁷.

El consejo genético, dice ROMEO CASABONA³⁸, presenta varias fases diferenciadas:

- Asesoramiento sobre la oportunidad de someterse a pruebas diagnósticas y la decisión sobre su realización. Por lo general se produce en torno a decisiones vinculadas a la reproducción, las cuales serán prestadas por profesionales que posean los conocimientos y prácticas suficientes para desarrollar tal labor (como ginecólogos y pediatras).
- La política de dichas pruebas según el momento en que se llevan a cabo: preconcepcivo (antes de tener descendencia), preimplantatorio (antes de la implantación *in vitro* en la mujer), prenatal (durante el embarazo) y posnatal (como consecuencia del parto).

³⁶ ROMEO CASABONA, *Del gen al derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, 1996, pág. 173, citando a HARPER y DELGADO RUBIO.

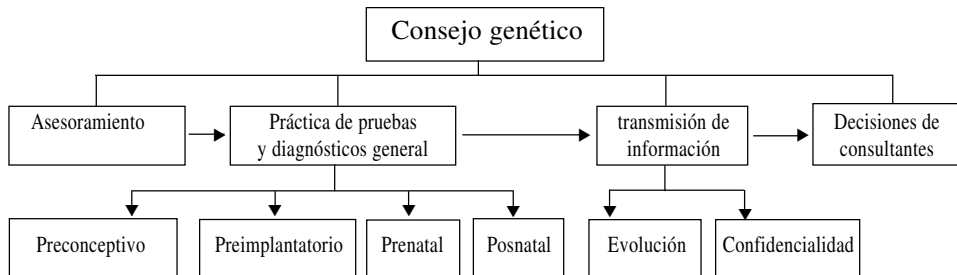
³⁷ *Idem*, “Aspectos jurídicos del consejo genético”, en *Biotecnología y derecho. Perspectivas en el derecho Comparado*, Bilbao-Granada, Edit. Comares, 1998, pág. 51.

³⁸ *Idem, ibidem*, págs. 51 a 75.

- La transmisión de la información obtenida debe ser clara y completa. En este sentido, el médico se encuentra en una disyuntiva cuando efectivamente el diagnóstico confirma la existencia de genes patológicos, potenciales transmisores de taras hereditarias al paciente o sus familiares.
- Las decisiones consecuentes a la información obtenida que pueden tomar los consultantes.

Esto lo podemos graficar de la siguiente manera:

espacio para 4 líneas



§ 103. BANCO DE DATOS GENÉTICOS

La utilización de pruebas genéticas para predecir o diagnosticar enfermedades, según RUBÉN MORENO³⁹, debe seguir siendo un mecanismo médico para mejorar la salud, teniendo presente que no debe ser obligatorio someterse a este tipo de pruebas ni revelar la información con un fin distinto del de mejorar la salud del paciente.

Para lograr resultados efectivos en el diagnóstico y en la terapia genética, el almacenamiento de la información genética privada resulta de vital importancia, de allí que los centros de resguardo de materiales genéticos hayan aumentado en los últimos años. Las bases de datos genéticos basadas en muestras obligatorias deberán limitarse a información de carácter identificativo, esto quiere decir que se base en información genética anónima, por ejemplo, en el caso de individuos culpables de delitos violentos, mas no revelar nunca otro tipo de información relacionadas con las características o comportamiento de la persona o, mejor dicho, con su propia intimidad. Por esta razón surge la necesidad inmediata de legislar respecto de los bancos de datos genéticos (bdADN) “pensando en ellos como entidades que colectan, analizan y controlan muestras de ADN e información derivada de ellas... Se requieren nuevas reglas para los

³⁹ RUBÉN MORENO, “Información genética (*informgenics*) e intimidad”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 1, Bilbao, Universidad de Deusto, 1995, págs. 396 y 397.

bdADN que no atenten contra la privacidad y libertad individuales, algo que la recolección, almacenamiento y distribución del material genético podría traer”⁴⁰. Es decir, debemos previamente dar regulación jurídica que proteja y cautele en su verdadera dimensión los derechos de las personas frente al avance de la biotecnología y, sobre todo, tener presente que un banco de datos o registro de genes implica esencialmente una disposición sobre la información genética en ellos contenida, de allí que pueden verse afectados derechos como la intimidad, libertad, igualdad e identidad, los que merecen una protección detallada y previa. Es necesario, y por demás indispensable, resguardar la información genética; en dicho sentido MIGUEL RUIZ MIGUEL indica que “la posibilidad de archivar esta información genética no debe impedir al individuo el ejercicio de su *habeas genoma* para verificar que los datos que poseen sobre él son correctos y, en su caso, pasado un determinado período de tiempo, cancelar tales datos”⁴¹.

§ 104. REGISTROS GENÉTICOS

La introducción de la tecnología del ADN ha hecho notar la importancia de los registros genéticos pues proporcionan el medio de almacenar datos genéticos. Los fines de estos registros deberían ser la detección, el seguimiento y el consejo de personas con alto riesgo de transmitir un trastorno genético grave a su descendencia. Algunos autores sostienen que debería ser completamente voluntario la característica de confidencialidad y que el acceso a dicha información se limite exclusivamente al médico que trate con la familia. Mientras que otros afirman la reserva absoluta de los datos genéticos. Pero, no obstante su importancia, existe riesgo si la información que poseen estos registros no es protegida y supervisada de la manera adecuada. Existe la posibilidad de que la información contenida allí sea obtenida por personas que no estén autorizadas para su conocimiento y que posteriormente realicen prácticas ilegales que afecten la persona. También es de cuidar que la información que versa en los bancos de datos sea cierta. Las personas autorizadas para tener acceso a esta información deben ser las personas que expresamente indique el paciente, el banco de datos no puede disponer de ellas para otros fines que no sean los necesarios para evitar daños en la descendencia de la persona.

Conclusión

Podemos entender por intimidad a aquellas manifestaciones de la persona cuyo conocimiento y desarrollo quedan reservados a su titular o sobre las que

⁴⁰ ROSA ELVIA BARAJAS OCHOA y YOLANDA CRISTINA MASSIEU TRIGO, “El proyecto genoma humano. Un reto para la ciencia, pero un dilema para la humanidad”, en *Sociológica*, año 12, núm. 35, México, Universidad Autónoma Metropolitana, septiembre-noviembre 1997, pág. 140.

⁴¹ RUIZ MIGUEL, “La nueva frontera del derecho a la intimidad”, en *op. cit.*, pág. 161.

ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados terceros. Por consiguiente, los problemas señalados, como dice ROMEO CASABONA⁴², pueden afectar tanto la libertad de las personas como su propia intimidad y los propósitos de la utilización de esa información. Puede afirmarse que el estudio del genoma ha tipificado un nuevo derecho a la intimidad, la genética.

El acceso a la información de datos genéticos dará a conocer aspectos muy importantes de la persona afectando de forma directa su esfera íntima, pero serán, a su vez, de gran utilidad para proteger su salud y la de su descendencia. Según MARCIA MUÑOZ dentro de esta cultura del derecho a la autodeterminación informativa se deberán difundir los siguientes principios: 1. Reconocimiento del derecho a acceder a la información personal, 2. Reconocimiento del derecho a controlar razonablemente la transmisión de la información personal, y 3. Garantizar el derecho a la intimidad individual mediante las siguientes pautas legales: a) Limitación del período de conservación de los datos personales; b) Definición de los objetivos para el uso de la información; c) Garantías para la efectiva calidad (veracidad, integridad y actualidad); d) Prohibición de la revelación de datos personales⁴³.

Debe reconocerse a la persona la facultad de decidir qué hacer con la información que se obtenga de sus genes con el propósito de evitar discriminaciones que afecten posteriormente su dignidad y estructurar leyes y elaborar criterios jurisprudenciales que garanticen la confidencialidad de la información genética se presenta como una realidad urgente; el derecho a la intimidad ha progresado o, mejor dicho, evolucionado de la intimidad personal a la familiar, de la inviolabilidad del domicilio al de la correspondencia, del derecho a la tranquilidad al derecho a la intimidad genética. La intimidad es así progresiva. Gracias a la genómica somos hoy en día hombres de cristal.

CAPÍTULO SÉPTIMO

PROCREACIÓN ASISTIDA

Todo hombre por naturaleza nace, crece y convive en una familia. Este hombre es producto biológico de dos progenitores de sexos complementarios, quienes lo han engendrado genéticamente y que, por lo demás, están casados. Este es el ideal de la procreación social.

Ahora bien, como individuo debe desarrollarse dentro de una tríada común y natural: vida (relación biovivencial), sexualidad (relación generacional) y familia (relación social). Sin embargo, todos y cada uno de estos estadios pueden ser fácilmente suplidos hoy en día por la ciencia.

Adicionalmente, los cambios sociales han influido en las relaciones interpersonales del hombre. Se fomentó no la aparición, pero sí la legalización de las uniones de hecho. Además, el avance de la ciencia facilitó la reproducción humana con las técnicas de reproducción asistida (Teras), por lo que la premisa natural, ideal y típica de la familia de Juan reviste nuevos planteamientos. Así mismo, cada uno de los casos citados han sufrido degeneraciones, por las uniones de hecho que vienen fomentando las relaciones extramatrimoniales y la utilización indiscriminada de las técnicas de reproducción, lo que afecta las relaciones sociales y jurídicas.

Estos inconvenientes se centran en el desmedido desarrollo social y científico frente a las normas del derecho, que no pueden ponerle un límite a dicho avance progresivo.

Sección I. Procreática y derechos de las personas

§ 105. REPRODUCCIÓN, INFERTILIDAD Y ESTADÍSTICAS

Una de las obras más completas sobre técnicas de reproducción humana asistida en nuestro medio es la de ROSARIO RODRÍGUEZ-CADILLA PONCE¹, de la cual tomamos algunos datos de interés antes de sumirnos en el análisis legal correspondiente.

Los patrones de reproducción de los seres humanos son variables de acuerdo con los cambios culturales, biológicos y sociales. Estos patrones de reproduc-

¹ ROSARIO RODRÍGUEZ-CADILLA PONCE, *Derecho genético: técnicas de reproducción humana asistida. Su trascendencia jurídica en el Perú*, Lima, Edit. San Marcos, 1997.

ción tienen profundos efectos sobre las condiciones de salud de la población y reciben, a su vez, la influencia de las nuevas tendencias en la formación de la familia y en la actitud hacia la reproducción.

La esterilidad es hoy uno de los problemas de salud más comunes. Está referido a la pareja, no al individuo. Es producto de incompatibilidad, a pesar de que uno y otro sean fértiles. Es decir, la corriente moderna analiza el origen de este mal en conjunto, no de manera unitaria. Más que una enfermedad, la esterilidad es un síntoma de una condición general subyacente, o propiamente una enfermedad endocrina o genital, que afecta el funcionamiento adecuado del sistema reproductivo.

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

Una pareja se debe someter a un examen de esterilidad si después de practicar el coito regularmente por un año no logra que se produzca el embarazo. El marco cronológico de un año se basa en las estadísticas que expresan el porcentaje de embarazos logrados por parejas que no usan anticonceptivos. Los datos obtenidos para demostrarlo son los siguientes: 25% logran el embarazo en el primer mes; 60% en 6 meses; 75% en 9 meses; 80% en un año, y 90% en 18 meses.

La concepción natural *in vivo*, por ciclo mensual en parejas normales en edad reproductiva que tienen relaciones sexuales de manera regular sin usar anticonceptivos, es de 60%, aproximadamente. De esas concepciones, 50% abortan espontáneamente, antes del reconocimiento clínico de embarazo o entre las 6 y 20 semanas de gestación. La otra mitad prosiguen como embarazos viables después de las 20 semanas. Es decir, de cada 100 óvulos expuestos a fertilización en parejas fértiles solo 30 tienen éxito².

Refiriéndonos a la concepción *in vitro*, la tasa de embarazos probables es 10% cuando se transfiere un solo embrión, 15% cuando se transfieren dos embriones y 19% cuando se transfieren tres embriones. Esas cifras representan tasas promedios y varían considerablemente entre los diferentes centros, dependiendo de la experiencia y de los criterios de selección de los pacientes³.

Otras estadísticas han ratificado que si se transfieren tres embriones simultáneamente existe una probabilidad del 40% de que prosiga el embarazo; si se transfieren dos, el 28% ; y si se transfiere uno, el 12%⁴.

² M. R. SOULES, *The "In Vitro" Fertilization pregnancy rate: Let's be honest With One Another. Fertile-Sterile*, 1985, 43:512.

³ *Loc. cit.*

⁴ CECILIA BLEST, "Lo que Hipócrates no previó", en *Justicia*, núm. 1, Lima, marzo 1990, pág. 13.

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

Las anomalías cromosómicas consisten en el exceso o la deficiencia de este material. Se estima que entre 10 y 15% de las concepciones sufren alguna anomalía cromosómica, que en su mayor parte se eliminan en forma natural, siendo responsable del 50% de los abortos espontáneos. El pequeño número de fetos con anomalías cromosómicas, que llega a término, constituyen el 0,5% de los nacimientos vivos⁵. Los niños afectados exhiben generalmente retardo mental e impedimentos físicos, siendo el síndrome de Down el más frecuente.

La esterilidad y la procreación de descendencia con taras, han determinado la utilización cada vez mayor de las denominadas técnicas de reproducción asistida, las que tienen en nuestro medio un grado de utilización y conocimiento bastante difundido.

Así tenemos que el 86% de las personas encuestadas conocen lo que es una inseminación artificial o una fecundación *in vitro*, mientras que solo el 14% declaró no tener un conocimiento al respecto. El 22,1% se informó o relacionó con el tema por medio de libros, revistas médicas o conferencias; el 38,1% por periódicos, radio o noticias de casos reales; el 19,5% por alguna película de cine o televisión; el 7,9% por algún caso cercano de familiares o amigos y solamente el 12,4% nunca ha recibido información.

El 60,5% declara estar de acuerdo en que a una mujer con problemas para quedar embarazada puede facilitársele artificialmente el encuentro de su óvulo con el espermatozoide de su esposo; el 28% no está de acuerdo con esta ayuda; y el 11,5% no sabe si aceptar o no la inseminación artificial homóloga.

Respecto a la inseminación o fecundación heteróloga, el 34,5% está de acuerdo en que si el marido es estéril se le fecunde a su mujer con el semen de un tercero o donante; el 39,5% no lo acepta; y el 26% no tiene una respuesta definida.

Respecto de si se debe permitir la inseminación de una mujer con el semen de su marido muerto que se conserva guardado en un banco de semen, el 35% considera que sí; el 46% que no, y el 19% no sabe.

En cuanto al tema de la maternidad sustituta, el 34,5% conviene en que una mujer que se encuentre imposibilitada de soportar el embarazo o el parto implante su embrión en el útero de otra mujer; el 38% considera que no debe aceptarse esta posibilidad; y el 27,5% no sabe si opinar a favor o en contra de esta situación.

⁵ L. Y. F. Hsu, *Prenatal diagnosis of chromosome abnormalities in Milunsky, A., Ed. Genetic Disorders and thye Fetus*, New York, Plenum, 1986.

§ 106. DERECHOS REPRODUCTIVOS

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

Los denominados derechos reproductivos⁶ permiten a las personas amplias facultades para:

- Disfrutar de la mejor salud física y mental posibles.
- El acceso, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, a los servicios que incluyan la planificación familiar y la salud reproductiva.
- Ser atendidos en salud reproductiva sin ningún tipo de coacción.
- Decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y disponer de la información, educación y medios necesarios para poder hacerlo.
- Que las instituciones de salud velen porque se cumplan estos principios en todas las fases de la atención.

Muchas veces estos derechos son mal entendidos y se comparan con el derecho *a la* procreación y el derecho *al* hijo, que más que derechos sociales son derechos individualistas. Es decir, en los derechos reproductivos no está de por medio la sola facultad del ser humano, sino la predisposición del Estado de impulsarlos o protegerlos de manera especial.

Podemos decir que los derechos reproductivos se desenvuelven en dos áreas:

- Los positivos, como es el caso del derecho a la procreación (Teras).
- Los negativos, el derecho a la no procreación (planificación familiar).

En cierta manera, con lógica singular, en la doctrina bioética se discute acerca de la correcta denominación de estos derechos, llamarlos derechos reproductivos no implica una relación esencial con el ser humano, ya que este no se reproduce, sino procrea, de allí que la denominación más adecuada para designar estos derechos sea la de derechos procreativos. Sin embargo, la discusión no solo se centra en ese sentido, sino que incluso algunos claman por su

⁶ Véase a ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Derecho médico peruano*, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, pág. 143.

no categorización como derechos, ni como nuevos derechos, ni mucho menos como derechos humanos⁷.

§ 107. DERECHO A LA PROCREACIÓN

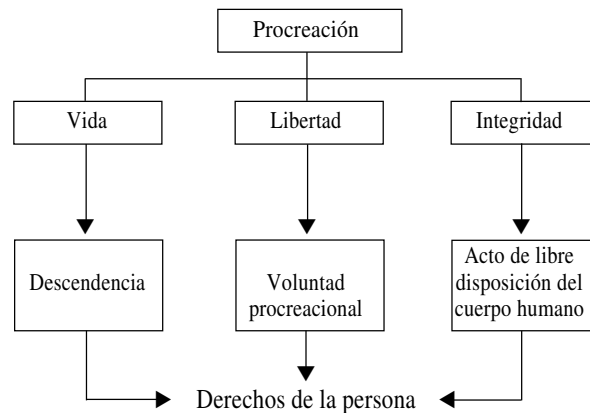
Se entiende como aquella facultad individual que tiene la persona para procrear *con quien quiera, cuando quiera y como quiera*⁸. Este derecho ha obtenido mayor connotación con la utilización de las técnicas de reproducción asistida en los casos de fecundación en mujeres solas, en homosexuales⁹, maternidad subrogada, crioconservación, clonación, entre otros.

Como facultad inherente al ser humano la procreación es un derecho derivado del derecho a la vida, de la integridad y de la libertad de la persona.

⁷ LILIANA MATOZZO DE ROMUALDI, “Sobre los derechos reproductivos”, en *El derecho* (Diario de jurisprudencia y doctrina), año XXXVIII, núm. 10.046, Buenos Aires, 14 julio 2000, págs. 1-4.

⁸ GRACIELA MEDINA, “Derecho a la procreación”, versión impresa facilitada por la autora.

⁹ *Dos homosexuales británicos tendrán gemelos con una madre ‘alquilada’*. Londres. Barrie Drewitt y Tony Barlow, dos homosexuales británicos que mantienen una relación estable desde hace 11 años, serán padres el próximo enero gracias a la colaboración de Rosalind Bellamy, una madre de alquiler estadounidense embarazada de sus gemelos tras una fecundación artificial. Aunque las leyes de adopción están abiertas en el Reino Unido a cualquier “candidato adecuado”, los servicios de asistencia social suelen rechazar a los del mismo sexo. Drewitt y Barlow sufrieron dicha suerte y por eso sus hijos -un niño y una niña- nacerán en Estados Unidos y serán adoptados allí de inmediato. Como se trata de los padres biológicos, las autoridades británicas solo les exigirán que los inscriban como descendientes suyos en cuanto regresen. Presentados ayer por la prensa británica como una pareja “modélica y acaudalada” que ha invertido 50 millones de pesetas en su paternidad, Barrie Drewitt, de 30 años, y Tony Barlow, de 35, defienden su decisión de ser padres con un argumento en apariencia incontestable: “Muchas parejas heterosexuales tienen hijos no deseados y es un desastre. Nosotros siempre hemos querido ser padres”. Esperan que su desahogada situación económica —la venta de su empresa de análisis de cosméticos les ha hecho millonarios— facilite la educación y cuidados de los bebés. Lograrlo no les ha resultado nada fácil. Rechazados como padres adoptivos por las autoridades de Essex, donde residen, decidieron inscribirse en la lista de espera de una asociación de California especializada en partos de alquiler. A través de la misma obtuvieron primero los óvulos de una donante y más tarde conocieron a Rosalind Bellamy, de 32 años, que ya había tenido antes gemelos para una pareja estéril. Madre a su vez de cuatro hijos propios, en esta ocasión espera mantener una relación estrecha con ambos. El contrato de subrogación que ha firmado le impedirá, no obstante, reclamar a los gemelos cuando nazcan. La parte clínica de esta fecundación ha sido también algo especial. De los cuatro embriones implantados en el útero de la madre de alquiler, dos fueron fertilizados con el semen de Drewitt. Los otros dos recibieron el de Barlow. Hasta que puedan hacerse las correspondientes pruebas de ADN, no podrá saberse de quién son hijos biológicos los gemelos. Sea cual fuere el resultado, llevarán ambos apellidos. Una vez informado de la situación, el Ayuntamiento de Essex ha asegurado que serán tratados como cualquier otro padre local. Pero las críticas no se han hecho esperar. Valerie Richards, directora de la asociación Preocupación por la Familia y la Juventud, especializada en relaciones parentales, ha dicho ya que la pareja “ha antepuesto sus deseos al bienestar de los niños”. A Richards le inquieta que los niños carezcan del entorno adecuado y les falte una madre. *El País digital*, núm. 1217, jueves, 2 septiembre 1999, <http://www.elpais.es>.



Con estos derechos se ejerce de manera real y efectiva la función biológica y, a la vez, responsable del hombre que es la procreación.

Como es lógico, el derecho a la procreación no es un derecho absoluto, sino relativo. Es decir, la capacidad de procrear de la persona no es ilimitada, sino que debe ser realizado dentro de ciertos lineamientos esenciales. Uno de ellos es la defensa, respeto y consideración que se debe tener con la vida que ha de generarse, que, dicho sea de paso, debe ser dual, de allí el término procrear (crear en conjunto). Prima, de esta manera, el interés superior del niño, que si bien aún no existe —pues no ha sido concebido— tiene todo el derecho de nacer dentro de condiciones naturales, de encontrarse con una familia establecida y de contar con un hábitat adecuado.

El interés individual (persona) o colectivo (pareja) de procrear no puede predominar sobre el interés superior del niño, el cual merece la más amplia protección, no solo por su estado biológico, sino sobre todo por el hecho de ser un humano. En definitiva, no se puede confundir el derecho a la procreación con el derecho al hijo, o, lo peor, con el derecho a tener el hijo a toda costa, cueste lo que costare. Estas dos últimas situaciones no se presentan como verdaderos derechos de la persona.

Sección II. *La práctica reproductiva*

§ 108. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Las técnicas de reproducción asistida son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. En ningún caso podemos decir que representan una terapia, puesto que nada curan, solamente paliar los efectos de la esterilidad.

De esta manera, se dice que las Teras son métodos supletorios, no alternativos. Supletorios, pues buscan superar una deficiencia biológica o psíquica que

impide tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o resultado ineficaces, de manera tal que, como acto médico¹⁰, robustecen el derecho a la salud reproductiva positiva (poder tener descendencia). No es alternativo, pues siendo la finalidad directa la procreación esta no puede estar supeditada a la mera voluntad de la persona.

§ 109. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN

La reproducción asistida tiene una larga historia por ser el método más antiguo para combatir la esterilidad.

Los pueblos babilónicos y arábigos hallaron en los vegetales el método de reproducción sin cópula, ya que lograron polinizar artificialmente palmeras para conseguir mayor producción de dátiles¹¹. En la antigua Grecia y en el imperio romano se realizó esta técnica con animales.

En el siglo VI los árabes utilizaban rudimentariamente, pero casi de manera constante, la inseminación artificial en animales.

En el siglo XII (Edad Media) un médico árabe practicaba en sus pacientes con problemas de fertilidad el baño en una tina que contenía agua con espermatozoides.

Y posteriormente tenemos que en 1322 un jeque árabe, utilizando una esponja, fecundó a su yegua con semen extraído de un caballo; alrededor de los años 1424 y 1474 el médico Arnaud de Villeneuve inseminó artificialmente a doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique VI de Castilla (*el Impotente*), en 1776 se estudian las consecuencias de la congelación de espermatozoides, en 1780 se insemina a una hembra de la especie canina, en 1799 se reporta el primer embarazo por inseminación artificial, en 1890 se logra la primera fecundación in vitro del ovocito de una coneja y la correspondiente transferencia

¹⁰ El acto médico es aquella intervención sobre el cuerpo humano realizada por el profesional de la salud titulado que tiene una finalidad de diagnóstico o de terapia. Sus características son: profesionalidad, ejecución regular o típica y licitud. Los actos médicos se presentan de la siguiente forma: actos médicos corpóreos. Actos directos: prevención o profilaxis, diagnóstico, prescripción, tratamiento, rehabilitación. Actos indirectos: trasplantes de órganos, transfusiones sanguíneas, autopsias y la investigación o experimentación tanto en seres vivos como en cadáveres. Actos médicos extracorpóreos: son los casos de investigación o experimentación médica. La ley general de salud indica que toda información relativa al acto médico tiene el carácter de reservado (art. 25). Así mismo, que “El acto médico debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado” (art. 29). Además, establece (art. 42) que “Todo acto médico que se lleve a cabo en un establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es susceptible de auditorías externas en las que puedan verificarse los diversos procedimientos a que es sometido el paciente, sean estos para prevenir, diagnosticar, curar, rehabilitar o realizar acciones de investigación”. Véase a VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Derecho médico peruano*, op. cit., pág. 57.

¹¹ RAMOS R. DE VEJANA, *La eutelenesia ante el derecho canónico*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1957.

del embrión, en 1930 se logra la activación artificial del óvulo de una coneja y el primer parto de un conejo vivo sin padre.

En 1937 un editorial anónimo de una prestigiosa revista¹² sugirió la posibilidad de fecundar extracorpóreamente material genético humano, en 1944 se fecunda un óvulo humano en probeta, pero rápidamente muere; 1949 descubren que la glicerina puede ser usada para congelar el esperma; es en 1950 cuando se produce el verdadero impulso en el campo de la reproducción asistida, al lograrse congelar semen de bovino y luego inseminarlo con éxito, en 1951 se transfiere exitosamente el embrión de una vaca a otra, en 1952 nace el primer becerro producto de semen congelado, en ese mismo año se clonan células de renacuajo¹³, en 1953 se usa semen congelado en una inseminación humana, así también se logra que un embrión fecundado *in vitro* sobreviva hasta el estado de mórula, en 1959 vive el primer conejo fruto de la fertilización *in vitro*.

En 1970 embriones de ratones son clonados, en 1971 se mantiene vivo un embrión humano durante 60 días en un tubo de ensayo, lo que fue condenado por la Iglesia, en 1972 sobreviven crías de ratones de embriones congelados, en 1973 nace el primer becerro de embrión congelado, en 1975 se logra la multiplicación por clones en conejos, en 1978 nace la primera bebé probeta, Louise Brown, Gran Bretaña, en 1979 embriones de oveja son clonados, en 1980 el embrión de una res es clonado, en 1981 nace la segunda bebé probeta, Amandine, Australia y, a fines de año se logra obtener ratones transgénicos (que llevaban en el ovocito fecundado un gen introducido artificialmente) como transnucleados (derivados de ovocito con núcleo sustituido), en 1983 nace el primer bebé producto del esperma del esposo y del óvulo de donante, en 1984 nace el primer bebé de un embrión congelado, Zoe (en griego, “regalo de vida”), Australia, en 1985 nacen los primeros cuádruples producto de las técnicas de reproducción; 1985 madre subrogada se niega a entregar al hijo que gestó¹⁴, en 1993

¹² “Conception in a Watch Glass”, en *The New England Journal Medicine*, núm. 217, Inglaterra, 1937, pág. 678.

¹³ El diario *USA Today* (Miami, 2 noviembre 1993, sec. D, pág. 7), refiere en un artículo intitulado “*From tadpoles, a theory is born*”, que esta intervención fue realizada por los doctores Robert Briggs y Thomas King del Instituto de Investigación de Cáncer de Filadelfia por la cual se crearon docenas de renacuajos genéticamente iguales. “La idea —detallada el artículo— fue originariamente propuesta a finales de los treinta por el premio Nobel HANS APERMANN. Pero aun entonces los científicos se hallaban ya ocupados trabajando con el antecedente de la clonación, conocida como partenogénesis (la habilidad para inducir la reproducción asexual en criaturas sexualmente comunes)”. Concluye el reportaje que las células clonadas fueron extraídas del estómago del renacuajo (la traducción ha sido realizada por María del Pilar Espejo Barthelmes).

¹⁴ “El caso jurisprudencial más célebre es el conocido con el nombre de ‘Baby M’, en Estados Unidos. Los hechos fueron los siguientes: en febrero de 1985, la señora Mary Beth Whitehead firmó un contrato de maternidad subrogada, aceptando ser inseminada artificialmente con el esperma de William Stern y entregar el niño a su nacimiento. A cambio de la entrega del niño recibiría la suma de diez mil dólares. Al mismo tiempo, aceptaba ser sometida a una amnio-

clonan embriones humanos, en 1995 se desarrolla la ingeniería de tejido e implante de órganos artificiales; en este mismo año se desarrolla el método ICSE de fecundación asistida; en 1996 se discute mundialmente la destrucción de embriones congelados, en 1997 se clona (autorreproduce) una oveja, Dolly; en enero de 2000, científicos estadounidenses logran clonar un mono llamado *Tetra* que procede de la fragmentación de un embrión en cuatro partes.

A) Clases

Las Teras se clasifican como sigue: inseminación artificial (IA) y fecundación extracorpórea (FEC).

La inseminación artificial: tiene como fin esencial la procreación, pues el semen se inocula, de manera directa, pero asistida, en la vagina de la mujer, y no da la posibilidad de realizar experimentación alguna (salvo en lo que respecta a la selección de gametos masculinos). Como tal es un proceso de baja tecnología médica.

La fecundación extracorpórea: busca la unión del espermatozoide y óvulo en una probeta y tiene entre sus objetivos (además) la investigación humana científica¹⁵. Esta técnica sí implica procesos de alta tecnología médica, sobre todo considerando sus innumerables derivaciones.

Los avances biotecnológicos permiten que estas técnicas puedan realizarse estando en vida la pareja o el cedente, o después de producida la muerte, pues

centesis y, si se detectaban anomalías en el feto, se obligaba a abortar a petición de la pareja que lo había ‘encargado’, bajo pena de perder el precio convenido. En marzo de 1986 la señora Whitehead dio a luz a una niña (Melisa, de donde deriva el nombre del caso) y la entregó, no sin reticencias, a los Stern, quienes decidieron confiársela ‘a título provisorio y para su salud moral’. Ella conservó a Melisa durante cuatro meses, sin intención de entregarla a los Stern, hasta que fue obligada por una decisión judicial. En marzo de 1987 un juez declaró extinguidos los derechos maternos de la señora Whitehead. Diez meses después, la Corte Suprema del estado de Nueva Jersey la restableció en sus derechos y declaró nula la adopción hecha por la señora Stern. La niña fue declarada legalmente hija natural de la señora Whitehead y del señor Stern. Fundándose en el interés superior de la menor, la Corte decidió que ella residiría normalmente con el matrimonio Stern, pero que a la madre subrogada —que era la madre genética—, le correspondía el derecho de visitas (Corte Suprema de Nueva Jersey, 3 febrero 1998, *Atlantic Reporter*, 2. Serie, N. J. 1998, pág. 1227)”. Véase a FRANÇOIS CHABAS, “Jurisprudence relative aux meres de substitution”, en *La Revue du Praticien*, núm. 37, de 10 octubre 1998, pág. 95. Citado por ROBERTO ANDORNO, *Bioética y dignidad de la persona, op. cit.*, págs. 142 y 143, nota 34.

¹⁵ Al decir de SOTO LAMADRID, la investigación humana científica es aquella que se realiza a través de la manipulación o la intervención directa, existiendo una diferenciación en los términos manipulación genética en sentido estricto (intervenciones sobre cargas genéticas) y la manipulación de gametos y embriones (basadas en la reproducción), en “Biogenética, filiación y delito”, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1990, pág. 211.

la crioconservación de gametos y del embrión permiten la transferencia en cualquier momento¹⁶.

La FEC presenta variaciones como:

- La transferencia de embriones (TE), es el método por el cual se coloca el cigoto directamente en la pared uterina;

- La transferencia intratubárica de gametos (TIG), que consiste en colocar los gametos masculinos y el femenino en la trompa de Falopio, es decir, en su lugar natural, a fin de que sea allí donde se realice la concepción;

- La transferencia intratubárica de embriones (TIE), que es una combinación de la TE y la TIG, en la que se practica la fecundación in vitro, pero el embrión se transfiere directamente a la trompa de Falopio, no al útero, permitiendo un crecimiento y una anidación más natural.

- La inyección intercitoplasmática de espermatozoide (ICSE), es una técnica que busca la fecundación del óvulo solo con un espermatozoide. En este procedimiento se selecciona, prepara e introduce solo un espermatozoide (predeterminado) en el óvulo, lográndose una fecundación total y absolutamente dirigida.

Como refiere MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ¹⁷ existen otras formas o tratamientos de complejidad secundaria como:

- PDZ, realización de un corte en la zona pelúcida del óvulo para facilitar el ingreso de los espermatozoides.

¹⁶ La inseminación de una viuda, negada por un tribunal británico. “Un tribunal de Londres ha denegado a una mujer la opción de tener un niño de su marido fallecido. Elizabeth Butler-Sloss, presidenta de la División de Familia del Tribunal Supremo, concedió la facultad de destruir el esperma congelado a la clínica de fertilidad, pero debería conservarlo hasta que la mujer tenga la oportunidad de apelar. “No puedo dejar que influya en mí la simpatía que todos tenemos por la viuda y su profundo deseo de tener un hijo de su último marido”, explicó. La juez afirmó que el marido rechazó en vida que su esperma se conservara y utilizara después de su fallecimiento. El marido se hizo una vasectomía, pero cuando se casó por segunda vez en 1993 pidió restablecer su estado anterior, que no consiguió. Con motivo de una operación realizada en 2000 logró obtener esperma, pero el tratamiento de inseminación de su mujer fue infructuoso. Antes de poderlo intentar de nuevo, el marido falleció. Este es un caso similar al de Briton Diane Blood, quien hace tres años dio a luz un niño concebido con el esperma de su marido fallecido. La mujer ganó su recurso ante la Corte de Apelación del Reino Unido en 1997, con el argumento de que, según la normativa europea, podía llevar el esperma del marido a Bélgica para someterse a un tratamiento de FIV. El asunto, no exento de polémica, fue analizado por Catherine Labrusse-Riou, profesora de derecho Privado en la Universidad de París, en el VII Congreso Nacional de derecho Sanitario. La sentencia calificó el esperma de accesorio imprescindible para ejecutar la libertad de prestación de servicios profesionales, en este caso los de inseminación artificial. La experta se preguntó si “los gametos eran elementos del cuerpo humano inseparables de la persona sin su consentimiento o mercancías al servicio del deseo de la viuda” (véase *Diario Médico*, de 24 octubre 2000).

¹⁷ GRACIELA NORA MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, *Bioderecho*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1998, págs. 73 y 74.

- SUZI, inyección de los espermatozoides bajo la zona pelúcida del óvulo, podría decirse que fue el inicio del método ICSE.
- Asisted Hatching, realización de una pequeña abertura en la zona pelúcida del embrión para ayudarlo a desprenderse de ella e implantarse en la pared uterina.

§ 110. FORMAS UTILIZADAS

“Ninguna terapéutica médica ha sido objeto de tan riguroso control como la reproducción asistida”.

LUIS NORIEGA HOCES, gineco-obstetra peruano
(Colegio Médico del Perú, agosto, 2000)

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

A) *Interconyugal*

La fecundación interconyugal, también llamada homóloga, no crea mayor problema, puesto que existe un vínculo matrimonial que le otorga seguridad jurídica a dicha práctica y sus consecuencias; así mismo, la unión de hecho que le ofrece una presunción legal de paternidad al producto de la concepción.

B) *Supraconyugal*

La fecundación supraconyugal, también llamada heteróloga, crea situaciones parcialmente inseguras, puesto que con el cedente se carece de una relación jurídica reconocida para exigirle el cumplimiento de obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria), deberes naturales (reconocimiento), negación de vínculos filiales (impugnación de paternidad), entre otros. Los casos más comunes que han sido discutidos en la jurisprudencia comparada, que cita y estudia de manera exhaustiva AÍDA KEMELMAJER¹⁸, son:

- Fecundación supraconyugal con consentimiento del marido, quien posteriormente niega la paternidad.

En Israel una pareja consintió el nacimiento de un niño mediante inseminación artificial con dador tercero. En 1980, la Corte Suprema, a pesar de no declarar que el niño sea hijo del esposo determinó de manera innovadora la obligación de este de pasar alimentos al niño.

¹⁸ AÍDA ROSA KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Material genético y reproducción asistida. Reacción jurisprudencial (parte I)”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 6, Bilbao, enero-junio, 1997, pág. 146 a 151.

En Alemania, el 7 de abril de 1983, el Tribunal Superior sentenció que en el caso de fecundación heteróloga con consentimiento del esposo este está legitimado para iniciar acción de impugnación de la paternidad. Esto se llevó a cabo y el hijo fue declarado extramatrimonial.

En Francia, el 10 de julio de 1990, la sala primera de casación resolvió que el marido o concubino que reconoce a un niño que sabía que no era suyo contrae obligaciones tanto frente al niño como frente a la madre.

En Italia, una mujer interpuso una acción por nulidad de matrimonio y daños y perjuicios debido a que el marido inició, luego de haber consentido la fecundación heteróloga, acción de desconocimiento. El 17 de febrero de 1994 el Tribunal de Cremona sentenció que el consentimiento del marido para la inseminación heteróloga de su esposa es irrelevante para decidir la acción de desconocimiento de la paternidad. Sentido contrario tuvo aquel fallo de la Corte de California que condenara penalmente al marido por no asistir económicamente al hijo nacido de inseminación artificial heteróloga con su consentimiento.

- Fecundación supraconyugal sin consentimiento del marido. El teleadulterio. En el caso Hoch con Hoch (Estados Unidos, 1945) el marido al regresar de la guerra y encontrar a su mujer con un hijo le inicia juicio de divorcio por adulterio. La mujer alegó que no había mantenido relaciones extramatrimoniales, sino que se había sometido a un tratamiento de fecundación asistida (lo cual no pudo probar). La Corte señaló que si lo probara no se le consideraría adúltera.

En Italia, tanto la Pretura (1958) como el Tribunal de Apelaciones de Padova (1959) resolvieron que la mujer sometida a inseminación heteróloga sin el consentimiento del marido cometía adulterio. En el mismo sentido, en el caso Doornbos con Doornbos (1954) la Corte sentenció que la mujer casada que se inseminó artificialmente con donante anónimo cometió adulterio, y por tanto el hijo era ilegítimo.

- Derecho de visitas. Sobre este tema en la jurisprudencia existen dos criterios dispares.

Derecho de visitas aceptado. En Estados Unidos dos mujeres, Mary y Victoria, decidieron criar juntas a un niño, para lo cual Mary se sometió exitosamente a un sistema de fecundación asistida con semen donado de Jordan. A pesar de que Mary se oponía a que el padre genético visitara al niño, el Tribunal de Apelaciones resolvió otorgar a Jordan el derecho de visitas. En el mismo sentido falló la Corte Suprema de New Jersey (1977) en un caso similar, basándose en que lo mejor para el niño es tener a su lado a ambos progenitores.

Derecho de visitas negado. En el estado de Oregón se negó al padre genético el derecho de visitas con el argumento de que la ley no establece responsabilidades ni derechos para el donante, sea anónimo o no. En otro caso, en New York, una pareja de lesbianas, Sandra y Robin, decidieron tener un hijo cada una, para lo cual se inseminaron exitosamente con material genético de dos hom-

bres homosexuales con la condición de que ambos no tendrían derechos ni obligaciones salvo conocer algún día a sus hijos. Sandra dio a luz a Cade, hijo de Jack, y Robin tuvo a Ry, hijo de Thomas. Cuando Ry empezó a preguntar por su padre, Thomas pudo frecuentarlo, tratándolo como a su hijo, no solo a Ry, sino también a Cade, pues Jack se alejó de él. Posteriormente, Thomas solicitó declaración de paternidad y régimen de visitas con respecto a Ry, pero la Corte negó la petición argumentando principalmente que en los primeros años de vida del niño, Thomas nunca se interesó en su hijo, y que este no necesitaba de un padre, pues contaba ya con dos madres. En caso similar, la casación francesa falló en sentido contrario, declarando que es nulo el convenio de fecundación heteróloga donde el padre genético renuncia a su paternidad, pues el menor tiene derecho a su identidad biológica y a relacionarse con su padre.

Alimentos. Un tribunal sueco emitió una polémica sentencia que obliga a un donante de esperma, que permitió a una pareja de lesbianas tener un hijo, a aportar dinero para la manutención del niño. La decisión se produce como consecuencia de la demanda presentada por una de las mujeres después que ambas rompieran su relación. El tribunal determinó que el hombre era ‘indudablemente’ el padre biológico del niño, por lo que está obligado a pasar una pensión alimenticia (265 dólares al mes). El fallo plantea problemas jurídicos, ya que según la ley sueca un donante de esperma no está considerado como el padre legal de un hijo concebido por inseminación artificial. Además, a los donantes de semen se les garantiza el anonimato, aunque en este caso se trataba de un amigo de la pareja, por lo que no había dudas de su paternidad¹⁹.

Las jurisprudencias citadas nos plantean diversas posiciones, circunstancia que nos obliga a pensar que en materia de estado y de actos de familia debe tomarse en cuenta cada caso en particular, a fin de evitar la descomposición o alteración familiar. En esa dirección se dirige el pensamiento de ANDORNO²⁰, quien establece que este tipo de técnicas fomentan toda una gama de disociación, partiendo de que la disociación inicial entre la relación sexual y la procreación genera, en una suerte de reacción en cadena, otras de diverso tipo: disociación de la paternidad biológica y de la paternidad social; disociación de la maternidad genética, de la maternidad uterina y de la maternidad social; disociación del lugar de la concepción y del lugar de nacimiento, etc. Todo esto genera un indiscutible atentado contra el derecho a la identidad del procreado y, acaso, el nacimiento de un nuevo derecho, el del cedente de conocer el destino de su componente genético²¹.

¹⁹ *Un donante de esperma, obligado a mantener a su hijo biológico*, Estocolmo. Reuters. ABC.ES 10/12, <http://www.telepolis.com> (10 diciembre 2001).

²⁰ ANDORNO, *op. cit.*, pág. 126.

²¹ JOSÉ TABORELLI y SILVIA BIANCHI, “Fertilidad asistida. El derecho del donante a conocer el destino del componente genético”, en *Jurisprudencia Argentina*, II, 1996, pág. 799.

Se dice que la reproducción asistida interconyugal es una TERA aceptable, mientras que la supraconyugal ofrece dificultades y crea conflictos, como hemos visto en los casos antes citados. A pesar de ello vemos que en determinadas situaciones es necesario, por tanto debe dársele márgenes de permisibilidad, pero resulta también ineludible y necesario fijar una posición legal, a fin de que, como dice CORRAL TALCIANI comentando la reforma del Código Civil chileno²², “la pareja heterosexual que acude a estas técnicas de reproducción mediante la utilización de gametos provenientes de terceros, no se vea perturbada por las posibles pretensiones de estos de reclamar la paternidad o maternidad del hijo mediante la utilización de las pruebas biológicas”²³.

A efectos de la permisibilidad indicada, LUIGI LOMBARDI²⁴ señala que debe verificarse: (a) la infecundidad de la pareja (no superable ni siquiera con la FEC), (b) la existencia de un grave riesgo de transmisión de tara hereditaria, (c) que la pareja sea capaz de adoptar y, (d) que previamente haya realizado de manera infructuosa un procedimiento de adopción.

Estos últimos requisitos, el de la adopción, es interesante analizarlos. Como dice CÁRCABA FERNÁNDEZ²⁵, quien desee satisfacer su deseo de tener hijos puede acudir a la adopción y no a los métodos de procreación artificial, pero son varias la ventajas que estos presentan sobre la primera: el hijo será sanguíneo, la esterilidad de los cónyuges permanece en secreto, se obvian los trámites de la adopción y se evitan reclamaciones sobre el hijo adoptivo por parte de la madre real. De esta manera, vemos cómo las técnicas de reproducción se han presentado como una alternativa frente a la adopción, de allí que actualmente se esté redimensionando la institución de la adopción justamente para determinar si la misma “... constituye o no el medio suficiente para satisfacer el enorme deseo de la maternidad o paternidad frustrado”²⁶.

Sin embargo, la utilización y aplicación de las Teras (especialmente la FEC) no siempre van en provecho directo e inmediato del ser humano, ya que sirven,

²² “Artículo 182. El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo con la regla precedente, ni reclamarse una distinta”. Precepto aprobado mediante ley 19.585, entró en vigencia el 27 octubre 1999.

²³ HERNÁN CORRAL TALCIANI, “Reproducción humana asistida y filiación: un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil”, en *Cuadernos Jurídicos 2*, Santiago, Universidad Central, 2000, pág. 171.

²⁴ LUIGI LOMBARDI VALLAURI, “Las biomanipulaciones: cuestiones éticas y jurídicas”, en *Persona y derecho*, núm. 15, Navarra, Universidad de Navarra, 1986, págs. 95 y 96.

²⁵ MARÍA CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana*, Madrid, Bosch, Casa Editorial, 1995, pág. 25.

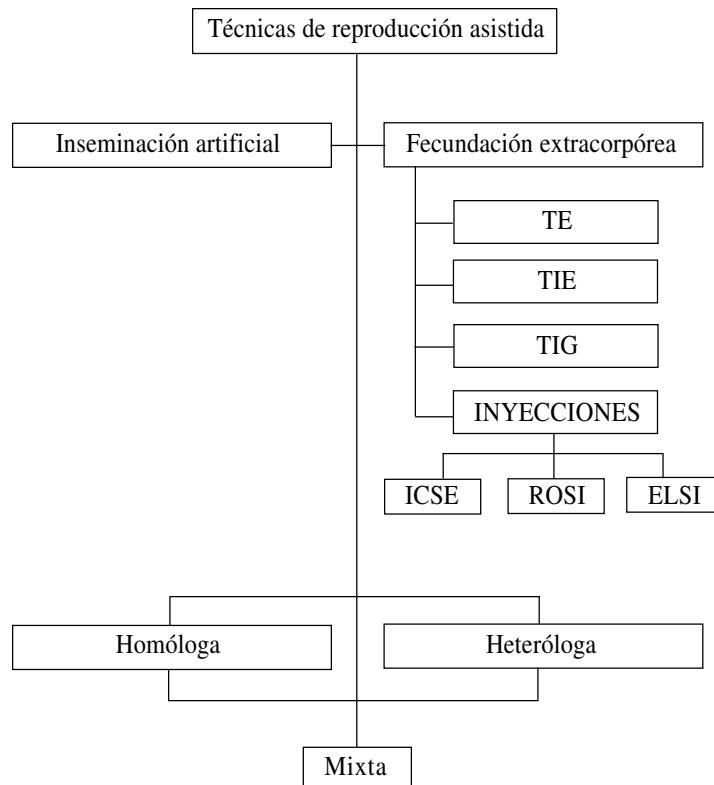
²⁶ MAX ARIAS SCHREIBER PEZET, “Genética y derecho”, en *El Comercio*, 17 noviembre 1985, sec. A, pág. 2.

también, para canalizar experimentos negativos o manipulaciones que por su esencia son contrarios a la naturaleza y a la dignidad del ser humano, llevando implícita una presunción de ilegalidad, contrariando las normas de la paz social, el orden público y las buenas costumbres.

C) *Mixta*

También es llamada confusa, combinada, biseminal o cóctel de semen, es aquella que se realiza mezclando espermatozoides de varios varones con los del marido. Su finalidad, al parecer, estaría dada en el hecho de que sirve para: elevar las probabilidades de que el marido sea el padre, estableciéndose una duda acerca de su paternidad dándole una ilusión, o quizás la esperanza, de que fue su espermatozoides, y no el de tercero, el que fecundó el óvulo de su mujer o conviviente. Esta última técnica es considerada para algunas legislaciones como una forma de manipulación genética, mientras que para un sector de la doctrina es una variante de la técnica heteróloga.

El siguiente esquema aclara la tipología y variantes de las técnicas de reproducción asistida:



Sección III. Técnicas de reproducción, industrialismo y dignidad humana

§ 111. MATERNIDAD SUBROGADA

Sara no había dado hijos a su esposo Abraham y pensó: “quizá pueda tener hijos a través de Agar” mi sierva egipcia (Génesis 6:2). Ella “la dio por mujer a su esposo Abraham” (Génesis 16:3). “Y él se llegó a Agar, la cual concibió; y cuando vio que había concebido miraba con desprecio a su señora” (Génesis 16:4).

“Dame hijos que si no me muero” (Génesis 30:1) decía Raquel “¿Soy yo acaso Dios que te impidió el fruto de tu vientre?” (Génesis 30:2), respondió Jacob. “He aquí a mi sierva Bilha; llégate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella” (Génesis 30:3), concluyó Raquel.

En el ámbito nacional existe una prohibición tácita a la fecundación extracorpórea con óvulo de cedente (ovodonación), a la transferencia de embrión ajeno (embriodonación) y a los servicios de gestación (maternidad portadora) subrogada, pues la LGS (art. 7º) establece que la condición de madre genética debe coincidir con la de madre gestante.

Sin embargo, la LGS no se ha pronunciado sobre la madre sustituta, que se da en aquellos casos en los que una mujer acepta ser inseminada con material genético del marido de otra mujer, con la finalidad de entregar a la criatura una vez nacida. Aquí, como vemos, la maternidad genética coincide con la de madre gestante, pero es un acto no ajustado a derecho, ni a la moral, pero al no estar tipificados en la ley no es ni ilícito, ni delito, ni falta, sucediéndose un vacío normativo. La prohibición indicada en la LGS resultaría inaplicable.

A) Calificación jurídica

La maternidad subrogada es un acto jurídico ilícito y dicho carácter se da, compartiendo el criterio de CÁRCABA FERNÁNDEZ²⁷, por los siguientes casos:

- Objeto física y jurídicamente imposible.
- Fin ilícito.
- Atenta contra el orden público, pues se comercializa con el cuerpo humano.
- Es contrario a la ley al contrariar las normas naturales de la filiación.
- Es un fraude a la institución de la adopción.
- Es contrario a la moral y a las buenas costumbres, se asemeja al contrato de prostitución.

²⁷ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 169.

- Tipifica casos delictivos como el tráfico de niños, fingimiento de preñez, suposición de parto, alteración de la filiación y del estado civil, falsos reconocimientos.

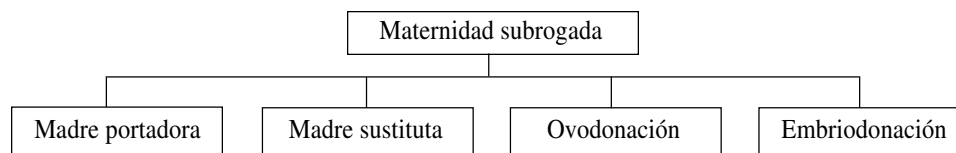
B) Casuística

En Italia la casuística sobre el tema ha sido encauzada por la jurisprudencia y son los jueces quienes han permitido y autorizado, previa evaluación, las técnicas de procreación²⁸. El precedente jurisdiccional lo tenemos en el año 1995 cuando en Roma, una pareja decide recurrir a la fecundación artificial y congelar unos embriones, en espera de encontrar una mujer a quién implantárselos, como les había sugerido el ginecólogo Pasquale Bilotta. En 1999, una amiga de la mujer se ofrece a ser la madre portadora. El 17 de febrero de 2000, la jueza del Tribunal Civil de Roma, Chiara Schettini, autoriza el implante de los embriones congelados en la segunda mujer. Ante la falta de normativa, se autoriza la intervención porque esta se lleva a cabo “por amor y no por dinero” y porque los embriones ya llevan cuatro años congelados. La fiscalía de la capital presenta una reclamación contra el veredicto de la jueza Schettini, sin embargo, fue rechazado por la XI sección del Tribunal Civil de Roma, autorizando indirectamente la intervención.

Según la ley italiana, el niño será hijo de la mujer que lo da a luz. Esta deberá proceder a no reconocerlo y así se abrirá el camino de la adopción por parte de los padres genéticos. Estos podrán solicitar el reconocimiento de su filiación mediante el examen del ADN, pero solo podrán obtener la paternidad integral por medio de la adopción.

La maternidad subrogada puede realizarse de innumerables formas.

Veamos en el siguiente gráfico:



§ 112. MADRE PORTADORA

La mujer genera óvulos, pero tiene una *deficiencia uterina o física* que le impide gestar, por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica. Es un caso solo de préstamo de útero, dándose una maternidad

²⁸ MARTA LOBATO, “Una juez italiana autoriza que una pareja utilice una madre de alquiler. La sentencia considera que la mujer cede su útero «por amistad y no por dinero»”, en <http://www.el-mundo.es> (3 enero 2000).

parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) aporte de espermatozoides del marido, 2) aporte de óvulo de su mujer y 3) la madre gestante es una tercera.

Casos extremos son el de la doble maternidad portadora. Como aquel presentado en 1997 en Italia, cuando se anunció la gestación de dos fetos de parejas distintas en el útero de una mujer. Las dos madres genéticas no podían engendrar hijos por padecer del corazón, en un caso, y por carecer de útero, en el otro.

§ 113. MADRE SUSTITUTA

La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay *deficiencia ovárica y uterina*, por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso de maternidad integral. Se produce un caso de progeneración humana: 1) Espermatozoides del marido, 2) Inseminación en tercera mujer. La madre procreante es la misma que la gestante y, como bien dice GRACIELA MEDINA²⁹, en este caso no hay maternidad por sustitución, podríamos considerarlos como una derivación de una técnica de reproducción asistida por cedente.

§ 114. OVODONACIÓN

“Dar un óvulo es dar vida”
(Eslogan de la campaña española de ovodonación)

La mujer tiene una *deficiencia ovárica*, no genera óvulos, pero sí puede gestar, por lo que necesita una mujer que solo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) Espermatozoides del marido, 2) Óvulo de una mujer cedente y 3) Gestación de la mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante.

Recientemente en España³⁰ se ha optado por la búsqueda de mujeres jóvenes y sanas que donen óvulos susceptibles de ser fecundados en probeta por las siguientes razones:

- El poco éxito que proporcionan las costosas técnicas de fertilización *in vitro*.
- La enorme lista de espera de mujeres que sufren esterilidad.

²⁹ GRACIELA MEDINA y GRACIELA ERADES, “Maternidad por otro y alquiler de úteros”, en *Jurisprudencia Argentina*, 18 abril 1990; FRANÇOIS GIRAUD, *Mères porteuses et droits de l’enfant*, París, 1987.

³⁰ ANGELS GALLARDO, “La sanidad busca donantes de óvulos”, en <http://www.elperiodico.com> (3 octubre 2000).

- La fecundación realizada con ovocitos de una donante menor de 30 años logra una gestación en un 50% de los casos, mientras que si se intenta estimulando los ovarios de la mujer que busca el niño, el índice de éxito se reduce a la mitad o menos.

Las campañas para captar donantes de óvulos se dirigen preferentemente a las jóvenes universitarias cuya salud y nivel mental se presuponen buenos y que atraviesan un momento vital de altruismo. A cambio de ello, refieren algunos ginecólogos, se compensa económicamente a la donante por sus molestias, lo que no significa un precio al óvulo de acuerdo con la propuesta en 1999 de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida (num. 14 a 20).

§ 115. EMBRIODONACIÓN

El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay *deficiencia ovárica y uterina* y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana. 1) El embrión es de una pareja cedente, 2) El marido es infértil y 3) El embrión es gestado por su mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante, a lo que se suma el problema de la paternidad que no le corresponderá al marido.

En materia de maternidad subrogada existe una vasta y variada jurisprudencia que es analizada por AÍDA KEMELMAJER³¹, entre ellas tenemos:

En 1983, en Michigan, Estados Unidos, debido a que una madre subrogada dio a luz a un niño deforme, el presunto padre biológico solicitó que se interrumpiera el tratamiento que se le estaba prestando al recién nacido. Sin embargo, este pedido no fue aceptado y la asistencia al niño a cargo del hospital prosiguió. El tribunal obligó a la madre a asistir al niño, ya que se había demostrado mediante análisis sanguíneos que el niño era hijo de la mujer más no del comitente (que había provisto el esperma).

En Inglaterra, antes de la sanción de la *Human Fertilization and Embryology Act* de 1990, se sentenció que la pareja que había aportado el material genético para que gestara una madre subrogante, tenía que adoptar a los mellizos que nacieron para que estos sean inscritos como hijos suyos, a pesar de que ellos eran los verdaderos padres genéticos.

La casación francesa, en 1991, sentenció la nulidad del contrato en el que una mujer se comprometía a concebir y a gestar a un niño, por consiguiente, se anuló también la ulterior adopción del niño. Por su parte, el 13 de diciembre de 1989, la sala 1ª de casación francesa resolvió disolver la asociación *Alma Mater* y *Euro Mater* debido a que esta se dedicaba a pagar a las madres portadoras una

³¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *op.cit.*, págs. 153 a 165.

cantidad de dinero durante el embarazo y se comprometía a cuidar de la mujer durante el embarazo, a cambio de que esta se mantuviera en el anonimato para permitir la posterior adopción a favor de la esposa del padre genético. El 29 de junio de 1994, la casación anuló la sentencia que había otorgado la adopción a la esposa de una pareja comitente con consentimiento de la madre gestante, a pesar de que el niño se había criado con el matrimonio desde su nacimiento. La anulación se debió a que luego del nacimiento la pareja se divorció y la esposa pidió la adopción del niño que no era genéticamente suyo.

En Italia se han dado varios casos, citemos algunos: 1) Una mujer argelina alquiló su vientre a una pareja comitente por el pago de 15.000.000 liras, pero durante el embarazo pidió más cantidad. Nacida la niña, la mujer se negó a entregarla. Los cónyuges solicitaron la tenencia de la niña, pero ya que el contrato había sido declarado nulo, el padre biológico, por tal condición, contaba con el ejercicio de su patria potestad, pero la esposa solo podía solicitar la adopción simple. 2) El Tribunal de Nápoles consideró que la madre genética que cedió al niño y no consintió la aparición de su nombre en la partida de nacimiento, no tiene ningún vínculo jurídico con respecto al niño. 3) La Corte de Apelaciones de Salerno, el 25 de febrero de 1992, señaló que es legítima la adopción simple a favor de la esposa del padre biológico de un menor nacido mediante fecundación asistida subrogada con material biológico anónimo. 4) En Roma, 1992, el tribunal de menores autorizó al matrimonio Job-Wermüller (ella de 62 años) la permanencia de la niña que concibió una tercera mujer con material genético de Job, a pesar de que los cónyuges habían engañado a la opinión pública sobre el verdadero origen de la niña.

Una pareja de esposos estadounidenses, Mark y Crispina Calvert, se sometieron al tratamiento de fecundación asistida alquilando el vientre de la enfermera Anna Johnson por el pago de 10.000 dólares en cuotas y 200.000 dólares en seguro de vida. Al poco tiempo de haber implantado exitosamente el cigoto, Anna reclamó a la pareja que le pagaran la suma que le debían, de lo contrario no les entregaría al niño, simultáneamente la pareja la culpaba por haber ocultado que antes había tenido varios partos frustrados. El matrimonio solicitó que se declare judicialmente que ellos eran los padres del niño por nacer. La Corte Suprema de California, el 20 de mayo de 1993, sentenció, ya que Anna no tenía ningún vínculo genético con el niño era válido el convenio suscrito y que, por tanto, los Calvert eran los padres del niño.

En Inglaterra, el 12 de julio de 1994, el juez Callman resolvió permitir la adopción a favor de la esposa del padre biológico de un niño concebido mediante fecundación heteróloga. Además, se negó a la madre gestante el derecho a visitar al niño. En otro caso, dos parejas de esposos acordaron que el marido del matrimonio sin hijos tuviera relaciones con la señora del matrimonio que ya tenía hijos para que la pareja sin hijos tuviera uno. La madre gestante en este caso no opuso resistencia para la adopción a favor de la esposa del padre biológico.

§ 116. CRIOCONSERVACIÓN

“Soy crioconservado por la ternura y
por el amor de una gran familia,
soy el hijo número doce”.

Padre Ignacio Muguero
El útero es el único lugar digno del embrión

A) Evolución

La evolución histórica de la criopreservación³² es la siguiente: Todo comenzó con los efectos crioprotectores del glicerol (Polge y col, 1949), criopreservación espermática (Polge y Lovelock, 1953), congelación de embriones de ratón (Whittingham, 1972), criopreservación de embriones humanos y primer embarazo (Trounson y Mohr, 1983), congelación de blastocistos y embarazo exitoso (Cohen y col, 1985), criopreservación de cigotos (Testart y col, 1986), congelación de ovocitos maduros (Friedler y col, 1988), criopreservación de tejido ovárico de animales y humanos (Parrot, 1994), congelación de tejido ovárico en humanos y trasplante exitoso autólogo y desarrollo folicular (Oktay y Karlikaya, 2000).

En 1983 la revista *Nature* (núm. 305) publicita la técnica científica realizada por un equipo australiano de criopreservación de embriones, y es en 1984, en el mismo país, cuando se produce el primer nacimiento producto de un embrión congelado.

Se estima que la supervivencia de los embriones crioconservados es entre el 60% y el 80%³³. Es más, aún no pueden preverse todas las consecuencias morfo-funcionales (físicas), psíquicas (comportamiento) ni los efectos mutágenos que implica. Se ha llegado a decir que “los embriones en fase de preimplante pueden permanecer congelados hasta 1.000 años sin sufrir daño (Schneider, 1986)”³⁴.

En Francia existen unos 100.000 embriones congelados excedentarios de la fecundación *in vitro* sobre los que la ley prohíbe investigar, pese a que sus progenitores se han desentendido de ellos. Una situación análoga ocurre en España, donde la cifra de embriones se estima en 35.000 (Diario Médico, 14 abril 2000) y en Argentina alrededor de 15.000.

³² Datos obtenidos gracias a la información facilitada por el gineco-obstetra Luis Noriega Hoces (septiembre 2000).

³³ JUAN RAMÓN LACADENA, “Reproducción humana. II. Técnicas de reproducción asistida”, en <http://cerezo.pntic.mec.es/~jLacaden> (agosto 2000).

³⁴ LUCINDA VEECK, Embriones congelados en fase de preimplante: responsabilidad de los progenitores *versus* responsabilidad del laboratorio.

B) Denominación y concepto

La criogenia, es llamada también crioconservación o criopreservación de embriones, y se le conoce con el anglicismo *freezing of human eggs*. Es un típico acto de manipulación que implica la existencia de aplicación excesiva de técnicas de fecundación extracorpórea, embriones supernumerarios y transferencia embrional diferida.

Su objetivo técnico es:

- Ahorrar costos en las técnicas de reproducción bajo el lema “a más cantidad producida menor el costo de inversión”.
- Evitar la destrucción de embriones supernumerarios.
- Congelar los restantes para una transferencia.

Para ello se paraliza deliberadamente el proceso vital para reemplazar el cálido vientre materno por un envase de nitrógeno líquido a 196° bajo cero, atentando directamente contra los derechos humanos, ya que se acepta que crioconservar un embrión no es tratarlo con dignidad.

La controversia en la utilización de embriones humanos divide a la opinión médica, a la legal y a la ética y en ella se presentan muy variadas opiniones: desde los que se niegan a cualquier tipo de experimentación, los que la consideran como una vía esencial para el avance médico y el bienestar social e incluso, hasta quienes la ven como una vía de salvación futura de los embriones sobrantes.

Es una práctica industrial y economicista en la que se cosifica al embrión, utilizándosele como un medio para obtener un fin deseado. Esto normalmente sucede con los embriones sobrantes, aquellos obtenidos por fecundación *in vitro* y no transferidos a un útero materno. Es decir, es un exceso de fecundación de óvulos que, congelados, esperan la continuación de su desarrollo.

De acuerdo con algunos informes³⁵, los embriones criopreservados luego de una fertilización *in vitro* terminan siendo destruidos en el Reino Unido. BRIAN LIEBERMAN y su equipo de la Universidad de Manchester ofrecen información sobre 1.300 embriones que fueron congelados entre 1988 y 1994 en el Hospital Santa María de dicha ciudad y en los Servicios de Fertilidad de Manchester. Dos tercios de los embriones almacenados tuvieron que ser destruidos, bien por la falta de respuesta de las parejas (74%), o bien por instrucción expresa de destruirlos (26%). Los autores indican que la proporción de parejas que no respondieron fue mucho mayor entre el sector privado, y el costo puede ser un factor que evite que las parejas con hijos recurran a la criopreservación de los embriones en sucesivos intentos de FIV. Los investigadores concluyen que las parejas con embriones criopreservados a menudo conciben en el ciclo inicial, pero

³⁵ “Gran Bretaña: muchos embriones criopreservados suelen ser destruidos”, en *Diario Médico*, 14 abril 2000.

las tensiones de los tratamientos fallidos conducen a muchas parejas a la destrucción de sus embriones o a dejar de responder al programa de criopreservación.

Como diría LILIANA MATOZZO DE ROMUALDI, “los bancos de embriones serán un gran negocio que se sumará al actual de alimentos congelados cuyo consumo también será recomendado para evitar los riesgos de bacterias, etc. Nada natural..., parece ser la consigna del siglo XXI en la que se incluirán finalmente los elementos biológicos humanos. Si bien los embriones humanos pueden congelarse con igual éxito que el de los animales, no podemos ponerlos en un mismo nivel, debiendo evaluar, también, el hecho de que los óvulos fecundados son embriones, o sea, personas por nacer, específicamente concebidos para nuestra ley, seres humanos dignos, que merecen el más amplio respeto”³⁶.

C) *Derecho comparado*

La legislación comparada que acepta libremente la crioconservación es utilitarista e impulsa el desarrollo tecnológico y la inversión científica sin tomar en cuenta la protección del ser humano. En este sentido, tiende a establecer una protección parcial al permitirse cuando existan probabilidades de futuras implantaciones a la pareja, no debiendo ser mantenidos en dicho estado durante un lapso mayor a la vida de los padres y contar con el consentimiento de la pareja reproductora, entre otros. La tesis conservacionista, la prohíbe expresamente y, la mixta, la prohíbe como regla, pero la permite para casos especialísimos.

Expongamos las dos posiciones:

A favor:

En Francia (1994) está permitida la investigación con embriones de hasta 14 días después de la fertilización, si no se daña la integridad del embrión y la crioconservación no puede exceder de 5 años.

En Holanda se permite investigar el exceso de embriones obtenidos por fecundación in vitro, con consentimiento expreso de los donantes.

En el Reino Unido (1990) se permite crear embriones humanos para la investigación.

En España (1988) se establece un plazo de 5 años en estado de congelación. Por su parte, el I informe Anual (1998, hecho público el 3 marzo 1999) de la Comisión de Nacional de Reproducción Humana Asistida ha determinado, en su punto 10, que el tema de la crioconservación queda pendiente de un estudio más amplio para un pronunciamiento posterior.

En Bélgica solo está permitida en las clínicas privadas.

³⁶ LILIANA ÁNGELA MATOZZO DE ROMUALDI, ¿Qué guerra ganaron los muertos del vencedor?, en *El derecho*, año XXXVI, núm. 9457, Buenos Aires, 6 marzo 1998.

En contra:

En Noruega (1987), Alemania (1990) y Austria (1992) cualquier investigación con embriones está prohibida.

La Constitución suiza (Confederación Helvética) establece que la fecundación *ex corpore* será válida si se trasplantan todos los ovocitos fecundados. La Academia Suiza de Medicina es también respetuosa con el embrión humano: prohíbe la experimentación embrionaria y la congelación de embriones, si no son para ser transferidos.

En Irlanda, el reconocimiento del estatuto jurídico del embrión humano desde la concepción, y la prohibición legal del aborto, hacen que no sea necesaria una legislación restrictiva sobre la experimentación en embriones *in vitro*. En cualquier caso, las recomendaciones del Instituto de Obstetras y Ginecólogos rechazan la experimentación embrionaria en cualquier estadio del desarrollo, así como el almacenamiento o congelación de los embriones sobrantes.

En Italia, la Cámara de Diputados en 1999 aprobó el proyecto de ley que regula la fecundación asistida que entre otras cuestiones establece que a partir de su aprobación quedará prohibido congelar embriones. En cualquier caso, se establece un límite de tres embriones implantables³⁷.

El Proyecto de Código Civil argentino de 1998 da especial trato legislativo al derecho sucesorio, al considerar que estos embriones pueden suceder (art. 2229, inc. c) si nacen dentro de cuatrocientos ochenta (480) días de la muerte del causante, indicándose que el nacimiento con vida modifica la transmisión de la herencia, con efecto retroactivo al momento de la muerte del causante. Este artículo fue eliminado por el Proyecto Unificado de Código Civil y Código de Comercio argentino de 2001.

El tema se presenta complejo, el Comité para el Estudio de los Aspectos Éticos de la Reproducción Humana de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) elaboró algunas Recomendaciones sobre los aspectos éticos de la reproducción humana³⁸. Establece en el numeral 2 que “No se debe permitir a los preembriones su desarrollo más allá de los 14 días después de la fertilización. Este período de 14 días no incluye el tiempo durante el cual el embrión puede haber sido congelado”. Al respecto, MATOZZO DE ROMUALDI³⁹ refiere que de estos párrafos se deduce que para la FIGO es legítimo concebir embriones para ser sometidos a investigación científica, con la única recomendación de destruirlos antes del día 14. También contempla como legítimo utilizar embriones descongelados.

³⁷ Véase diario *ABC*, 27 mayo 1999.

³⁸ *Revista Latinoamericana de Esterilidad y Fertilidad*, vol. 8, núm. 3, septiembre 1994.

³⁹ MATOZZO DE ROMUALDI, “Consideraciones personales acerca de las recomendaciones elaboradas por la FIGO sobre los aspectos éticos de la reproducción humana”, en *El Derecho*, núm. 9161, de 2 enero 1997 y en *Cuadernos de Bioética de Galicia*, vol. III, núm. 32, 4ª, 1997.

Uno de los temas que no soluciona el problema es la ampliación del plazo de la crioconservación, pues no es otra cosa que una prolongación de la agonía de los embriones, es más, resultaría poco moral, pues algún sector determina que dicha ampliación debe estar en relación con la vida fértil de la mujer, que es alrededor de los cincuenta años. Estos temas ya se han discutido en otros países en los que se ha ampliado el plazo.

D) *Destino*

Los problemas generados por la crioconservación serán mayores por causa de una separación, divorcio, disputa, ausencia o muerte de los padres biológicos. Y en este sentido, las posiciones de la jurisprudencia han sido, también, de las más variadas:

Decisión para crioconservar. El Tribunal Supremo de Nueva Jersey, en Estados Unidos, procedió a examinar la validez del acuerdo de la conservación, por parte de uno de los cónyuges, de los embriones sobrantes del tratamiento de fecundación *in vitro* (FIV), en un caso en que un matrimonio, antes de su divorcio, había utilizado las técnicas de FIV para intentar formar una familia. Los embriones sobrantes del tratamiento se conservaron en estado de congelación. Una vez divorciado, el marido pidió que se conservaran los embriones para su uso futuro, tanto para él como para otra mujer, o para otra pareja infértil, por lo que reclamó que su mujer lo aceptara previamente en un acuerdo. Su ex mujer entendía que tal acuerdo vulneraba su derecho a la reproducción. La decisión del Tribunal de Apelaciones decía que permitir al marido conservar los embriones para uso futuro significaría forzar a la ex mujer a ser madre contra su voluntad. Además, impedir al padre usar los embriones no dañaría sus “derechos reproductivos”, ya que podría ser padre de forma natural⁴⁰.

Custodia. Una pareja creó siete embriones *in vitro* para su futura implantación. Después del divorcio, y antes que esta pudiera realizarse, los padres biológicos pidieron a los tribunales que dispusieran la medidas correspondiente para la custodia de los embriones⁴¹.

⁴⁰ “Estados Unidos: Un tribunal juzga un pacto conyugal sobre embriones”, en *Diario Médico*, 29 enero 2001.

⁴¹ *In re Davis v. Davis*. Véase a ENCARNADA ROCA TRÍAS, “El derecho perplejo: los misterios de los embriones”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 1, Bilbao, 1994, pág. 143. Este caso es analizado por AIDA KEMELMAJER quien nos dice, el matrimonio Davis, una pareja norteamericana, empezó un tratamiento de fecundación asistida, sin imaginar que posteriormente se divorciarían y quedaría en tela de juicio la custodia de los embriones aún no implantados. En un primer momento el juez de primera instancia de Knoxville sentenció que se debía permitir a la mujer ser implantada, pero luego la Corte de Apelaciones de Tennessee revocó la sentencia diciendo que ambos progenitores tienen el mismo poder de disposición y deberían ejercer la custodia conjuntamente. Sin embargo, posteriormente la Suprema Corte volvió a modificar su sentencia a favor del marido señalando que si una parte se oponía a consumir la procreación

Decisión para transferencia e implantación. “En un ya célebre caso norteamericano, de 1989, Mary Sue Davis, la madre de siete embriones provenientes de una fecundación *in vitro* que permanecían congelados en una clínica, los reclamaba a fin de que le fueran transferidos. Pero su ex marido, de quien acababa de divorciarse, se oponía. La cuestión central del debate era la del *status* de los embriones humanos: ¿son personas o cosas? Mientras la señora Davis sostenía la primera postura, su ex marido defendía la segunda, argumentando que nadie podía obligarle a ser padre contra su voluntad. El juez reconoció el carácter de individuos humanos de los embriones desde el momento de la fecundación, lo cual los convierte en titulares de derechos subjetivos, no siendo, por tanto, susceptibles de ser tratados como objetos de un derecho de propiedad. Sobre esta base, el juez resolvió en favor de la pretensión de la señora Davis, y dispuso que los embriones le fueran transferidos, ya que esta era la única forma que tenían para poder sobrevivir y nacer. El juez invocó como fundamento de su decisión el principio *parens patriae* —propio del *common law*—, según el cual el Estado debe velar por los intereses de quienes, en tanto incapaces, no pueden defenderse por sí mismos. Sin embargo, la sentencia fue apelada y revocada por la Corte Suprema del Estado de Tennessee, que otorgó prioridad a la pretensión de no paternidad del señor Davis”⁴².

Destino del embrión. “En 1989, en el caso *York and Andier-York vs. Jones*, un tribunal de Virginia resolvió que el centro de salud no pudo oponerse al pedido de los cónyuges (a quienes se les había extraído el material genético) de trasladar el embrión, depositado en esa clínica, a otra, en la cual la pareja deseaba continuar el tratamiento. La solución no se fundó en que el embrión era de “propiedad” del matrimonio, sino en que según la legislación de ese país, el embrión no puede ser mantenido en depósito, salvo el consentimiento efectivo de cada una de las personas a las cuales se les extrajo el material genético; consecuentemente, sin ese consentimiento, el centro carecía de derechos para mantenerlo bajo su cuidado”⁴³.

Otras preguntas que puede suscitar este tema pueden ser: ¿qué determinación tomar en caso de que se produzca la implantación de un embrión equivo-

era porque seguramente cuenta con posibilidades razonables de alcanzar la paternidad por otros medios. En definitiva, se otorgó a la Clínica de Fertilidad de Knoxville la libre disposición para continuar con el procedimiento normal de los preembriones no utilizados (KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Material genético y reproducción asistida. Reacción jurisprudencial (parte II)”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 7, Bilbao, julio-diciembre, 1997, págs. 194 y 195).

⁴² Se puede consultar la sentencia de primera instancia en JÉRÔME LEJEUNE, *¿Qué es el embrión humano?*, Madrid, Edit. Rialp, 1993, y la sentencia de la Corte Suprema de Tennessee, de 1º junio 1992, en *Jurisprudencia Argentina*, 1993-II-344. Citado por ANDORNO, *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, Edit. Tecnos, 1998, págs. 45 y 46, nota 45.

⁴³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Material genético y reproducción asistida. Reacción jurisprudencial (parte II)”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 7, Bilbao, julio-diciembre 1997, pág. 196.

cado?⁴⁴, ¿qué hacer con el embrión no deseado?⁴⁵, ¿se repartirán los embriones como si fueran bienes sociales?, ¿existirá un derecho de visitas?, o ¿qué sucede con la herencia dejada por los padres?

⁴⁴ “El error acompaña a la actividad humana, y es ridículo negarlo. Una vez que se traspasa la protección que proporciona la procreación natural, el ser humano queda a merced de la desconsideración de los fabricantes sin escrúpulos. Al menos cien mujeres han recibido la implantación de embriones procedentes de otra pareja, o han sufrido la pérdida de sus embriones a causa de la incompetencia de las clínicas de infertilidad, según ha denunciado el diario británico *The Sunday Times*. Los casos han venido a la luz a raíz de una auditoría realizada por la Autoridad de Fertilización Humana y Embriología (HFEA), que ha inspeccionado 118 clínicas de FIV en el Reino Unido. El informe, basado en una muestra de 1.400 tratamientos FIV y 700 inseminaciones de donantes de esperma, registró irregularidades en varios centros, que llevaron a la pérdida de un número no revelado de embriones recientes en incubadoras. También denuncia errores en el control la fecha de obtención, y equivocaciones en los nombres de las pacientes y sus familias, así como en el registro del color de la piel o del grupo étnico de los donantes de esperma. Ya se ve que cuando el dinero prevalece sobre la dignidad humana, se acaba tratando a los seres humanos como si fuéramos un producto más de consumo. MARÍA C. ORTEGA PÉREZ, “100 británicas reciben embriones equivocados”, en *Hispanidad*, 14 enero 2002.

⁴⁵ *Pareja escocesa repudia al propio embrión por ser varón*. Tras viajar a Italia, “Lejano Oeste” europeo de la reproducción asistida. Roma, 5 marzo 2001 (*ZENIT.org*). Una pareja escocesa ha decidido repudiar y abandonar en un frigorífico el embrión que había concebido con técnicas de fecundación *in vitro* por ser de sexo masculino. La prensa italiana ha dado amplio espacio hoy al caso de Louise y Alan Masterton, de 42 y 43 años, respectivamente, que viajaron desde Dundee, Escocia, hasta Roma para poder elegir el sexo de su hijo. Querían tener una niña a toda costa que reemplazara a Nicole, su hija de dos años fallecida en un terrible accidente hace dos años. Era la quinta de cinco hijos y los demás son varones de entre diez y seis años. Los Masterton habían solicitado en Escocia la posibilidad de tener una niña. Los médicos habían respondido que “la técnica de selección del sexo no está permitida por la ley. Solo se puede aplicar en pocos casos para evitar patologías transmisibles”. La historia había salido a relucir ayer, al ser publicada por *The “Sunday Times”* de Londres, después que, en su pueblo, los Masterton se hubieran convertido en un caso social. Tras la negativa de los médicos, la pareja había tratado de recurrir a científicos y políticos con la intención de hacer presión para cambiar la normativa. De este modo, fueron informados de que, en ausencia de una ley sobre bioética, Italia se ha convertido en el “Lejano Oeste” de la bioética, donde prácticamente todo está permitido en materia de procreación artificial. De hecho, a este país llegan todas las personas que quieren someterse a intervenciones de reproducción asistida prohibidas en Europa. El verano pasado viajaron a Roma, y tras someterse a técnicas de fecundación *in vitro*, la pareja recibió la gran desilusión: el embrión producido era varón. Los dos esposos lo repudiaron y lo dejaron abandonado en el frigorífico de una clínica romana. El cardenal Ersilio Tonini, arzobispo emérito de Rávena, de 87 años y mente lucidísima, apasionado de cuestiones de bioética y de las implicaciones de la ingeniería genética, tras tener conocimiento de la noticia, ha explicado hoy en declaraciones a la prensa italiana que este embrión debe ser protegido por el Estado. “Este no es solo un problema moral, sino también jurídico —añade—. Exige la protección por parte del Estado de uno de los bienes más importantes del mismo Estado. Cada ser humano es un bien público. Como decía KANT, forma parte de nuestra civilización greco-judeo-cristiana tutelar el bien del ser humano”. El rechazo de estos padres hacia un hijo porque es varón, continúa diciendo, “hiere el principio fundamental de nuestra civilización”. Se ha difundido una mentalidad, según la cual, se puede disponer de todo, también de los hijos, concluye el purpurado italiano, de modo que mientras se mantenga como principio la posibilidad de que una madre puede disponer a su antojo del embrión, se multiplicarán casos semejantes (Elijiendo la vida: Periódico pro vida, núm. 38, año II, sábado 10 marzo 2001).

Qué hacer con los embriones crioconservados es una pregunta que no tiene una respuesta clara ni mucho menos definida. Se barajan técnicamente varias posibilidades:

- Transferencia a la propia pareja.
- Transferencia a terceros con fines de gestación (previa autorización judicial)⁴⁶.
- Cesión para investigación.
- Prolongar el plazo de conservación.
- Destrucción.

En el Reino Unido, en 1996, se decidió el destino de 6.000 embriones crioconservados atendiendo la decisión de sus progenitores⁴⁷:

- El 45-47% de las parejas los cedieron para investigación.
- El 25-30% los mantuvieron congelados para un futuro implante.
- El 10-25% los cedieron a otras parejas infértiles.
- El 8% optó por la destrucción.

E) *Principios que se deben considerar*

La crioconservación de embriones debe prohibirse por principio; sin embargo, en casos excepcionales ha de permitirse siempre que se otorguen todas las seguridades a los embriones. Entre estas medidas proteccionistas tenemos:

- Congelar los óvulos⁴⁸ o tejidos ováricos aún no fertilizados.
- Fecundar la cantidad de óvulos necesarios y que todos sean implantados.
- Implantación inmediata.
- La mujer que se somete a la técnica no debe retirarse hasta ser implantado el (los) embrión (es) en su vientre. Entre la concepción y la transferencia no debe haber un plazo mayor de 48-72 horas. Esta inminencia evita casos de muerte o arrepentimiento de los padres y abandono de embriones.
- Debe ser considerada una práctica excepcional, una última posibilidad técnica, no puede ser considerada como una regla o proceso cotidiano. El fin no es tener la posibilidad de contar con una reserva biológica para gestar a futuro.
- Autorización judicial para el proceso de conservación.
- Consentimiento informado, esto es, poner en conocimiento las ventajas y desventajas del proceso.

⁴⁶ Art. L 152.5, ley 94-654, Francia.

⁴⁷ Véase *The Times*, 23 julio 1996.

⁴⁸ Por ahora, la crioconservación de ovocitos implica una baja supervivencia y baja tasa de fecundación. JUAN RAMÓN LACADENA, "Reproducción humana. II. Técnicas de reproducción asistida", en <http://cerezo.pntic.mec.es/~jLacaden> (agosto 2000).

- El destino de los embriones será definido por la pareja.
- Predeterminación de los gastos de la crioconservación. Debe tomarse en consideración que la falta de pago no implica la suspensión del servicio, por ser este tan especial.
- Nadie puede oponerse a una transferencia si existe la voluntad de uno de los progenitores, esto en base al interés superior del niño.
- Registro de embriones.
- Historia clínica especial.

F) *El plazo*

Se ha argumentado con un criterio meramente objetivo que el establecimiento de un plazo limita claramente la acumulación de embriones y protege fundamentalmente las instituciones y profesionales del área médica de futuras responsabilidades.

Sin embargo, como mencionan los reproductólogos neoyorquinos ZEV ROSENWAKS y OWEN K. DAVIS, la falla de la ley “no radica en haber limitado el plazo de crioconservación a 5 años, el problema es no haber procurado garantizar que los padres fueran los encargados de decidir el destino de sus embriones [...] No debe instituirse legislación alguna cuando está de por medio la libertad fundamental de escoger el destino de nuestro propio material biológico. Es cuestión de derechos fundamentales del individuo”⁴⁹. En resumen, alegan que la política no puede interferir en los derechos biológicos básicos de las personas.

G) *A manera de conclusión*

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 la formación de bancos de embriones, pues atentan directamente contra el derecho a la vida, la salud, la integridad y la dignidad del concebido. Excepcionalmente, se permitirá esta técnica en casos de ausencia o fallecimiento del padre o madre, designándose un curador especial que vele por el estado del embrión, promoviéndose como solución extrema la adopción prenatal como una solución justa.

La Iglesia, frente a la congelación de embriones, establece que esta técnica los expone a posibles manipulaciones contra la dignidad de la persona humana⁵⁰. Así, La *Sagrada congregación para la doctrina de la fe* en la instruc-

⁴⁹ ZEV ROSENWAKS y OWEN K. DAVIS, “Sobre la disposición de los embriones humanos criopreservados: Una opinión”, en *Debate cerrado: destrucción de los embriones crioconservados*.

⁵⁰ Padre Loring, “Para salvarte”, en <http://www.servicom.es/loring>.

ción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación indica que “La misma congelación de embriones, aunque se realice para mantener en vida al embrión –crioconservación—, constituye una ofensa al respeto debido a los seres humanos, por cuanto los expone a graves riesgos de muerte o de daño a la integridad física, los priva al menos temporalmente de la acogida y de la gestación materna y los pone en una situación susceptible de nuevas lesiones y manipulaciones”.

Podríamos hablar de que la crioconservación de embriones trunca determinados derechos que no le corresponden al embrión, sino a sus familiares, como es el caso de truncamiento del vínculo biológico fraternal que implica el no nacimiento de un hermano crioconservado.

Como vemos, la controversia en la utilización de embriones humanos divide a la opinión médica y a la propia ética, apuntando opiniones férreas entre los que se niegan a cualquier tipo de experimentación y los que la consideran como una vía esencial para el avance médico y el bienestar social.

§ 117. ELIMINACIÓN DE EMBRIONES

En el Congreso Internacional de Trasplantes realizado en Roma en agosto de 2000, el papa Juan Pablo II definió cualquier manipulación de embriones humanos como moralmente inaceptable, aun si un fin loable justificara los medios. Por su parte, Ian Willmut (creador de Dolly, profesor del Instituto Roslin en Edimburgo, Escocia) ha dicho que le parece un desperdicio inmoral descartar embriones que podrían ser utilizados en el desarrollo de formas potenciales de tratamiento⁵¹.

El caso de las células *stem* (totipotenciales) a partir de embriones humanos es otro problema aparte, y el debate se plantea, según Marga Salas, presidenta del Instituto de España, porque supone la destrucción de los embriones con fines de extraer sus células, y en este sentido se dice que la experimentación es una alternativa válida a la mera destrucción de los embriones que han superado el plazo de congelación. Por su parte, Jean-François Mattei, miembro de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, considera que esta vía es un “arma de doble filo, pues potenciará la congelación de embriones para su uso final en investigación”⁵².

La eliminación de embriones (eufemísticamente llamada descarte) no es un caso de manipulación, sino un atentado directo contra la vida, por tanto, ilícito y contrario al derecho. Se puede producir por un proceso de selección en el que las pruebas cromosómicas prenatales fijan el control de calidad embrio-

⁵¹ “Urgen a utilizar para investigación los embriones que sobran de tratamientos de fertilización”, en <http://enmenespanol.com/2000/salud/08/30/embriones.reut/> (3enero 2001).

⁵² Agencias, 19 mayo 1999.

nal, por no encontrarse una familia, por decisión de los padres, de los científicos, o por la propia ley.

La discusión gira en torno de la siguiente pregunta: ¿es la eliminación de embriones un delito? Este es el punto central, ya que, para el papa y la doctrina católica, la destrucción de embriones equivale al aborto y, por ello, debe ser prohibida⁵³. De ser así, lo consideraríamos como un aborto *ex utero, in vitro* o *micro aborto*, pues ha existido una variación en el tipo penal que debe proteger no solo la interrupción del estado gestacional, sino también la eliminación o truncamiento del desarrollo embrional. Otro criterio (realmente forzado) será que, no habiendo gestación, pero sí vida humana, el embrión es persona, configurándose el homicidio. Los criterios pueden ser variados, pero el reproche real es, sin duda, jurídico. Como consecuencia de estas posiciones en la legislación comparada se han creado los denominados delitos biológicos o delitos por actos de manipulación genética, sancionándose expresamente la eliminación de embriones.

Es justo y lógico que una pareja infértil tenga derecho a constituir una familia a través de la descendencia. Debemos procurar que se cumpla dicha necesidad dentro de los límites naturales sin fomentar el mal denominado derecho al hijo. Así, estamos de acuerdo con la asistencia médica, a fin de permitir las condiciones físicoquímicas para que se produzca la fecundación, pero no los actos de manipulación ni de eliminación de la vida, sino la máxima protección al ser humano y a la familia.

§ 118. CLONACIÓN REPRODUCTIVA

“Hagamos al hombre a nuestra imagen y conforme a nuestra semejanza”

(Génesis 1:27)

La clonación está vinculada con el proceso biológico de la gemelación. Esto es, el clon no es otra cosa que un gemelo, y sobre estos mucho se ha hablado, supersticiosa o tergiversadamente, vinculándose con hechos o acontecimientos sobrenaturales a lo largo de la historia.

De manera precisa, las doctoras Mandelbaum y Plachot al estudiar el tema de la duplicación del embrión o la gemelaridad provocada, nos ilustran con una narrativa pulcra y detalles exquisitos, que preferimos reproducir de manera fiel, o como han sido tratados los gemelos en la mitología y en los pueblos primitivos.

⁵³ EDUARDO RODRÍGUEZ VILCHES, “El Papa y Bush”, en *Hispanidad*, núm. 1270, 30 julio 2001.

En efecto, las citadas investigadoras señalan lo siguiente: “Como ha mostrado J. DE GROUCHY en su libro *Jumeaux, mosaïques, chimères* [*Gemelos, mosaicos, quimeras*], crecer, vivir con su doble perfecto, ha sido, según las épocas, obra de los dioses o del azar.

”Los gemelos ocupan un lugar escogido en la mitología. Desde los tiempos más antiguos se han visto rodeados por un aura sagrada.

”En el antiguo Egipto se veneraba la placenta real como gemelo del faraón. Los dioses gemelos eran venerados por los babilonios y los asirios, que los situaron en las constelaciones astrales.

”En el mundo grecorromano, los ejemplos de dioses y de héroes gemelos son innumerables: Cástor y Pólux, Apolo y Diana, Rómulo y Remo, etc.

”Desde siempre, los gemelos han inspirado un sentimiento de temor, y han evocado la magia, buena o mala. Encontramos esta actitud ambigua en las civilizaciones antiguas del Oriente Medio, de la cuenca mediterránea y de otros lugares.

”Los nacimientos de gemelos se atribuyen a fuerzas sobrenaturales, y suscitan reacciones muy diversas, que van del terror a la alegría, pasando por la repugnancia, la sospecha, la perplejidad. Por otra parte, la práctica de matar a uno de los gemelos estaba extendida entre los esquimales, los aborígenes de Australia, algunas tribus de África y los indios de América.

”En las islas del Pacífico y en el sur de la India, la hostilidad se dirigía sobre todo a los gemelos de sexos opuestos. Se los acusaba de haber violado, en el seno de su madre, el sacrosanto tabú del incesto. En Bali, donde los dioses y los presagios regulan aún hoy la vida cotidiana, el nacimiento de gemelos de sexos opuestos se consideraba, hasta hace cincuenta años, como un presagio muy malo que exigía laboradas purificaciones, que podían llegar hasta lavar las estatuas de los dioses mediante un baño ritual en el mar. Otro motivo de la repugnancia respecto a los gemelos es que su madre se asemejaba a las hembras de los animales que tienen varias crías por parto.

”Pero, sin duda, la hostilidad respecto a un parto múltiple proviene de la creencia, profundamente enraizada, en la superfetación o doble paternidad. Muchas poblaciones piensan que uno de los niños, el que nació primero, fue engendrado por el padre legítimo, y el segundo por un demonio, un hechicero, un animal, un dios, o, más sencillamente, por adulterio.

”Pero, afortunadamente, no todos los gemelos son rechazados. También pueden ser acogidos con alegría, o simplemente respetados como entre los indios mohave o en Níger. Podríamos multiplicar, de esta guisa, los ejemplos de ritos que asocian la gemelaridad con la fecundidad. Los gemelos son los emisarios del dios todopoderoso que, por su virilidad inextinguible, es capaz de fertilizar dos veces no solo a las mujeres, sino también la tierra y los animales”⁵⁴.

⁵⁴ J. MANDELBAUM y M. PLACHOT, *La generación probeta*, Barcelona, Edit. Urano, 1993, págs. 254 a 256.

Este interesante esbozo cuasihistórico determina como la clonación, cómo proceso biológico natural generador de gemelos, ha marcado pautas importantes en la humanidad en general estableciendo criterios, pensamientos y formas de actuar en aquellas personas vinculadas a este fenómeno. El problema se presenta actualmente cuando la clonación es ya una realidad en los laboratorios y como actos médicos (independientemente de su ilicitud) pueden ser accesibles por las personas⁵⁵.

A) Etimología y noción

El *Diccionario de la Lengua Española* define el clon de la siguiente manera: “clon². (Del gr. κλών, ‘retoño’) m. Estirpe celular o serie de individuos pluricelulares nacidos de esta, absolutamente homogéneos desde el punto de vista de su estructura genética; equivale a estirpe o raza pura”⁵⁶.

La investigadora ELENA GARCÍA DE GUINEA⁵⁷ indica que el término clon viene del griego ‘brote’ y es utilizado para calificar a cualquier organismo descendiente engendrado asexualmente (sin fecundación) y cuya información genética procede de un solo progenitor, no de la combinación de los genes del padre y de la madre, por lo que viene a ser una copia exacta de su original biológico.

Esta noción concuerda con la de PIERRE GASPARD⁵⁸, quien refiere que el clon es una población de células genéticamente idénticas a un antepasado común.

FERNANDO MONGE dice que clonación “deriva de la palabra inglesa *clone* (grupo de individuos generados asexualmente a partir de otro individuo generado a su vez sexualmente...)”⁵⁹; por su parte, JOSÉ LUIS REISSIG afirma que “Un clon (anglicismo, derivado de ‘clone’ e incorporado ya en algunos diccionarios hispanos) es una colección de organismos todos iguales obtenidos por reproducción asexual de un reciente antepasado común (...). En inglés ha sido necesario inventar un verbo *to clone* (que aquí traducimos clonar) para referirse a la operación de producir clones”⁶⁰.

⁵⁵ En una encuesta realizada por la cadena CNN (6 agosto 2001) frente a la siguiente pregunta, ¿en caso de esterilidad, consideraría usted la clonación como una alternativa frente a otros métodos de concepción asistida?, se obtuvieron los siguientes resultados: de un total de 1.010 votos, 209 (21%) dijeron que sí, 599 (59%) expresaron su negativa, 29 (3%) no sabe y 173 (17%) consideraron la posibilidad de la clonación reproductiva solo en caso de que los otros métodos fracasaran. Véase <http://www.cnnenespanol.com> (8 agosto 2001).

⁵⁶ *Op. cit.*, pág. 491.

⁵⁷ Revista *Muy Interesante*, año 2, núm. 24, pág. 37. A su vez, puede consultarse el *Reporte del Consejo para la ciencia y la sociedad*, citado por RODOLFO RAMOS, *Fecundación asistida y derecho*, Buenos Aires, Edit. Juris, 1992, pág. 22.

⁵⁸ *Medicina y salud*, t. VI, Buenos Aires, Hispanoamérica Ed. S.A., 1981, pág. 173.

⁵⁹ FERNANDO MONGE, *op. cit.*, pág. 159. Este autor recomienda comparar con *The Oxford Illustrated Dictionary*.

⁶⁰ JOSÉ LUIS REISSIG, *La genética y la revolución en las ciencias biológicas*, 5ª ed., Washington D. C., OEA, 1983, págs. 50 y 51.

En sentido estricto, el clon es el conjunto de células que surgen de una célula precursora (progenitora o madre) por división de esta. Así también, es el grupo de organismos de idéntica constitución genética que proceden de un individuo mediante multiplicación asexual.

Etimológicamente debemos entender por ‘clónicos’ a los “individuos genéticamente iguales”⁶¹ siendo el clon, por ende, el doble perfecto de un ser, toda vez que posee el mismo código genético de su progenitor.

B) *Denominación*

En el campo técnico la clonación ha recibido diversas acepciones, tales como la llamada autorreproducción, reproducción en serie, partogénesis, gemelaridad provocada, clonización, clonamiento, clonismo, fisión gemelar o estandarización humana. En el campo periodístico (*ut vulgum dicitur*) se le ha hecho conocer como aquel proceso tendente a crear seres réplicas, hombres duplicados, hombres pares, clonificación o aislamiento de embriones, sosías genéticos y hasta se ha humorizado su denominación al emplear el término “fetocopias”⁶².

C) *Concepto*

Es una forma de reproducción biológica producida por la enucleación y transferencia, la fisión o la activación nuclear (natural o asistida) de un embrión.

D) *Definición*

Si bien la palabra clonación ha sido reconocida por la Real Academia Española como la “acción y efecto de clonar”⁶³, es didáctica y clara la definición de ELIO SGRECCIA cuando refiere que “la clonación consiste en la ‘reproducción’ de dos o más individuos genéticamente idénticos”⁶⁴.

E) *Tipos de clonación*

Existe la clonación natural, la clonación artificial, y dentro de esta última han surgido variantes.

§ 119. CLONACIÓN NATURAL

Es aquella producida por la propia naturaleza. Se da cuando una célula se divide, por el proceso de fisión, proporcionando a la nueva célula los elemen-

⁶¹ ÁNGEL SANTOS RUIZ, *Instrumentación genética*, Madrid, Edit. Palabra, 1987, pág. 113.

⁶² Revista *Cambio 16*, núm. 1147, de 15 noviembre 1993, pág. 10.

⁶³ *Idem, Ibidem*.

⁶⁴ ELIO SGRECCIA, *Manuale de bioetica*, Milano, Edit. Vita e Pensiero, 1989, pág. 326.

tos metabólicos y fisiológicos necesarios para permitirle su individualidad e independencia.

El caso típico en la reproducción de los seres humanos es aquel de los gemelos univitelinos⁶⁵. Estos, que por estadística nacen en un porcentaje mínimo, son clonados por la naturaleza, puesto que se forman cuando el cigoto, en vez de seguir su desarrollo, se divide⁶⁶ y da lugar a otro cigoto (en este caso

⁶⁵ Sobre este punto es necesario absolver las siguientes preguntas:

1. ¿Qué porcentajes de gemelos nacen anualmente en el mundo?

Según Williams: 0,4 %.

Según Schawares: 0,8 %.

Según Cifuentes: 0,9 a 0,3 %.

2. ¿Cuántos de ellos nacen siameses?

Uno de 60.000 embarazos (0,0016 %).

Uno de cada 240 gemelos (0,41 %).

Nota: Los referencias y consultas fueron realizadas por FEDERICO CASAS MACHADO de los siguientes autores: WILLIAMS, SCHAWARES y CIFUENTES, *Estadísticas ginecológicas*, obtenidos del Centro Médico Naval de Perú.

⁶⁶ La división del cigoto en un embarazo gemelar, en casos realmente excepcionales, se ve alterada por razones aún desconocidas de manera tal que uno de los embriones se desarrolla más rápidamente que el otro, terminando con incorporarlo a su cavidad abdominal. Es decir, el feto nace con su gemelo dentro de sí. Este caso es conocido científicamente con el nombre de *fetus in fetu*, que no es otra cosa que una clonación frustrada.

Un hecho como el descrito sucedió en Lima el 28 de marzo de 1995 y fue atendido en el Hospital Rebagliati. El médico encargado de este caso, Agustín Broncano, refirió que: “En un embarazo gemelar el óvulo fecundado por el espermatozoide se separa hasta convertirse en dos en un proceso gradual de dicotomización que da como resultado dos bebés con iguales características físicas e igual sexo. En este caso no se llegaron a separar y mientras una de las bebés se desarrollaba muy lentamente, la otra lo hacía a una mayor velocidad. A tal punto que, finalmente, terminó incorporando en su cavidad abdominal al feto de la que hubiera sido su hermana gemela (...) el feto siguió viviendo dentro del cuerpo de la hermana, pues conectado a través de sus arterias al tronco celíaco y la aorta, lograba alimentarse” (Véase “¿Qué sucedió en el vientre?”, en *El Comercio*, sec. A, Lima, 31 marzo 1995, pág. 8).

El feto que no terminó su desarrollo pesaba cerca de 800 gramos, distribuidos en 17 centímetros de largo, 15 de ancho y 10 de espesor, y estaba destinado a morir, pues tenía graves alteraciones congénitas; “era una masa amorfa que al extraérsele de la membrana mostraba un esbozo de brazos con unos deditos en los extremos (...). Los médicos lograban distinguir en esta masa que tenía por cuerpo, la columna, los riñones, y parte del aparato digestivo. Tenía órganos cerebrales, pero no contaba con una cavidad encefálica para cubrirlos. Su corazón latía, a pesar de tener dos cavidades en lugar de cuatro y estar separado del cuerpo donde se había desarrollado (...). Fueron 15 minutos los que continuó latiendo solo con ritmo de vida gracias al llamado ‘automatismo cardíaco’ que permite a este órgano seguir funcionando sin recibir orden alguna del cerebro”. Véase a JIMENA PINILLA CISNEROS, “Operación duró tres horas y media”, en *Loc. cit.*

Así mismo, véase “En el Hospital Rebagliati nace una bebé con un feto en su vientre”, en *op. cit.*, pág. 1.; “Dentro de diez días podrá dejar el hospital niña que nació con un feto en el vientre” por PINILLA CISNEROS, en *op. cit.*, sec. A, 2 abril 1995, pág. 18.

a un gemelo) con el mismo genotipo⁶⁷. Sin embargo, como dice el director del Centro de Bioética de la Universidad de Minnesota doctor Arthur Caplan, son resultados de accidentes⁶⁸.

Naturaleza jurídica. Es un hecho jurídico involuntario y lícito realizado de manera natural en la etapa biológica de la fecundación.

§ 120. CLONACIÓN ARTIFICIAL

Es aquella producto de la voluntad del hombre mediante la manipulación del material genético para crear un nuevo ser.

En este caso, la fecundación se realiza asistidamente de manera extracorpórea y atípica, y se logra engendrar un ser asexualmente cuya principal característica es tener un código genético compartido con su genitor.

A) *Naturaleza jurídica*

Es un hecho jurídico voluntario e ilícito realizado por medio de una manipulación genética⁶⁹ en la etapa biológica de la fecundación.

No es un acto jurídico, pues su fin es ilícito al dañar los derechos del ser humano, lo que le limita esta categoría. Para algunos científicos y estudiosos de la clonación, esta no es una manipulación genética propiamente dicha, ya que no existe alteración del ADN ni de los genes. No hay desconfiguración del genoma, y esto, como hemos visto, es del todo cierto.

⁶⁷ Este proceso conocido también como fisión embrional es una forma de reproducción biológica, al igual que la fecundación, que debe distinguirse de la fusión embrional, que es cuando dos embriones se unen o funden dando lugar a un solo embrión (Véase a MONGE, *op. cit.*, págs. 142 a 150 y 176 y 177, figuras 6 y 7, respectivamente).

⁶⁸ Revista *Cambio 16*, núm. 1147, de 15 noviembre 1993, pág. 11.

⁶⁹ ERNST-L. WINNACKER refiere que la clonificación, como él la llama, no es una técnica que se derive de la ingeniería genética, sino una forma de manipulación genética, conforme intuimos del siguiente texto: “Tampoco el aislamiento de embriones humanos tiene algo que ver con la ingeniería genética, ya que genéticamente no se modifica en ningún momento a esos embriones, y sus sustancias hereditarias ni siquiera han sido tocadas. Si muchos científicos se han opuesto decididamente a esos experimentos de clonificación, ha sido porque con ellos se ha traspasado un tabú, se ha revocado inadmisiblemente un consenso general. Por cierto, esos experimentos han servido solo para mejorar los métodos de fecundación *in vitro*, y son admisibles éticamente; pero al mismo tiempo, esa técnica de tratamiento de embriones humanos es en principio el primer paso para la así llamada ‘terapia genética’, es decir, la intervención directa en el material hereditario de espermatozoides u óvulos humanos. Debido a las incertidumbres que conlleva esa tecnología para nuestros descendientes —no solamente debido al estado actual de las ciencias—, soy de la opinión de que una tecnología semejante es absolutamente inaceptable, y, de hecho, la clonificación está absolutamente prohibida en Alemania” (véase La ingeniería genética. ¿Una nueva fórmula mágica de la medicina moderna, o bien un riesgo incalculable?”, en *Deutschland*, núm. 1, Alemania, Frankfurter Societäts-Druckerei GmbH, febrero 1995, pág. 44).

De esta manera se pronuncia ROMEO CASABONA indicando que “La clonación, en cuanto tal, como procedimiento de soporte de las técnicas de reproducción asistida (por ejemplo, para obtención de más embriones preimplantatorios cuando es difícil de obtener óvulos de la paciente; o si se separan una o varias células del cigoto —totipotente— para efectuar un diagnóstico genético) no es en sí misma rechazable, puesto que no implica necesariamente manipulaciones genéticas; sí lo sería, por el contrario, si se manipula el ADN con fines selectivos para dar lugar a continuación a seres idénticos, y también si se reservan embriones *in vitro* congelados para implantarlos después del nacimiento del primer individuo surgido de ese conjunto de clones, haya fallecido o no”⁷⁰.

Pero si lo analizamos desde otro punto de vista, menos técnico, pero más realista, veremos que la clonación transgrede de manera directa las leyes de la naturaleza y la dignidad del hombre, pues realiza de manera científica lo que la naturaleza humana no hace (autorreproducción o partenogénesis) o lo hace excepcionalmente (fisión gemelar) presentándose, de esta manera, como una experimentación negativa o perjudicial, lo que la calificaría como una manipulación.

En todo caso, podríamos decir que no hay manipulación interna, pero sí externa. Y esta pregunta aclarará el problema: ¿acaso no se está trabajando, y en exceso, con la enucleación y transferencia nuclear o fisión embrional? Indiscutiblemente, sí.

Por ello, asumimos que la clonación es una forma de manipulación del genoma que no altera su contenido, pero sí su determinación, estructura y fines propios. En todo caso, es una discusión que ataca la terminología, pero en nada afecta su concepto, el daño directo que la misma causa.

A diferencia de otros sistemas como el de Alemania, España, Francia y Japón⁷¹, en nuestro sistema jurídico no es un delito, al no estar tipificado, a pesar de constituir una conducta (un hacer, comisión) ilícita (dolosa) que causa un daño en la esencia del hombre al violar, lesionar o hacer peligrar bienes jurídicos básicos tanto del ser humano como de la humanidad. Puede ser catalogable como un daño *sui generis*⁷² enmarcado dentro de la teoría del daño genético.

⁷⁰ CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, 1996, pág. 302.

⁷¹ A comienzos de 2000, el Parlamento japonés comenzó a discutir una propuesta para prohibir la clonación humana de manera absoluta, dando su ley el 30 de noviembre de 2000, penalizado con 10 años de cárcel este acto técnico y sustenta que “podría tener un serio impacto en la dignidad humana, la salvaguardia biológica del cuerpo humano y en el mantenimiento del orden en la sociedad”.

⁷² Para una visión clara y actual de la clasificación de los daños véase a CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”, en *Cuadernos de Derecho*, núm. 3. Lima, Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, págs. 28 a 37.

B) *Antecedentes y aspectos técnicos*

Ya en el año 1890, el médico francés Emilio Roux (discípulo de Pasteur) empezó sus investigaciones acerca de la clonación, las que no tuvieron mayor resonancia.

En 1935, el zoólogo alemán Hans Spemann recibió el premio Nobel al conseguir el nacimiento de una salamandra mediante un óvulo manipulado. Las teorías de embriología de Spemann determinaron los fundamentos de la clonación, estableciendo que cada célula, en el instante previo a su división, saca una copia exacta de su dotación cromosómica para que las células hijas posean un juego completo de cromosomas. Esto implica que las células hijas compartan entre sí y con la célula progenitora una identidad genética total y plena. En otras palabras, Spemann determinó en el campo teórico y práctico que a partir de cada célula puede formarse un organismo completo⁷³.

C) *Formas de clonación artificial*

Actualmente la clonación puede realizarse de tres formas: la autorreproducción, la reproducción gemelar y la partenogénesis.

§ 121. AUTORREPRODUCCIÓN

Es conocida también como clonación por transferencia de núcleos⁷⁴.

El futurólogo ALVIN TOFFLER, refiriéndose al progreso de la biología molecular y la genética dice: “Una de las posibilidades más fantásticas es que el

⁷³ “El trabajo de SPEMANN consistió en descubrir que las células de un embrión, antes de especializarse para llegar a ser una parte concreta del ser vivo en formación se dividen. A causa de esa división las células duplican su dotación de cromosomas, como si realizaran una especie de *back up* que será traspasado a las células hijas para que también ellas puedan portar la información genética de su especie, exactamente igual a la de la célula progenitora.

”El experimento no se detuvo allí. SPEMANN se propuso lograr que esas células duplicadas se aislaran y se desarrollaran aparte, de esta manera el organismo que naciera de ellas sería idéntico a aquel del que surgieron. Sin embargo, aun cuando logró aislarlas, la muerte de todas ellas fue inevitable. ¿Qué ocurrió? La causa de dicho fracaso estaba ubicado en el citoplasma, la sustancia nutritiva en la que navega el núcleo celular y que permite que la célula continúe su vertiginosa división (o mitosis) hasta formar un nuevo organismo.

”SPEMANN encontró la clave: tras un determinado período de tiempo, el citoplasma sufría tal transformación que era incapaz de permitir esa mitosis en su seno. La solución que el zoólogo encontró marcó un hito decisivo en la historia de la manipulación genética: estrajo los núcleos de los óvulos fecundados recientemente e introdujo en su lugar núcleos de otras células en estado de división más avanzado. Así, la mitosis se activó nuevamente y el sueño de SPEMANN de crear un ser vivo con idénticas características a otro se hizo realidad”. (Véase a GUILLERMO FARFÁN S., “Clonación: tecnología vs. ética”, en *PC World Perú*, Magazín de *El Comercio*, núm. 91, Lima, 7 junio 1995, págs. 63 y 64).

⁷⁴ NATALIA LÓPEZ MORATALLA y otros: *Deontología biológica*, Navarra, Universidad de Navarra, 1987, pág. 364.

hombre podrá hacer copias exactas de sí mismo. A través de un procedimiento de *cloning*, será posible obtener, del núcleo de una célula adulta, un nuevo organismo que tenga las características genéticas de la persona que suministra aquel núcleo celular. La ‘copia’ humana resultante iniciará la vida con un caudal genético idéntico al del donante, aunque las diferencias culturales alteren después la personalidad o desarrollo físico del *clone*⁷⁵.

En un principio, en el ámbito jurídico, se entendió por clonación aquel procedimiento técnico tendente a autorreproducir un ser humano. Es decir, con las células somáticas —no el esperma ni óvulos— de un individuo lograr una fecundación *in vitro* y luego de implantado el cigoto en un vientre para su gestación, se obtendría el nacimiento de un ser idéntico a quien cedió la célula.

Aquella idea primigenia de la clonación es mencionada por MARÍA DOLORES VILA-CORO cuando nos dice que “La posibilidad de sustituir en un embrión su propio núcleo por el de otra persona, con el fin de reproducir un ser idéntico al donante, resulta una actitud caprichosa”⁷⁶. Así mismo, LUIGI LOMBARDI VALLAURI, considera la clonación o fecundación asexual como la “hipótesis más impresionante”⁷⁷ de la fecundación, nos dice que es aquella mediante la cual con un núcleo completo de una célula somática masculina o femenina se obtendría un calco biológico del donante. En este mismo sentido, MIGUEL ÁNGEL SOTO LA MADRID indica que la clonación como “... manipulación químico-celular nos permite obtener indivi-viduos idénticos a partir de un solo sujeto”⁷⁸. En nuestro medio, CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS establece que la clonación “Consiste en extraer del óvulo fecundado el núcleo que es donde se encuentra el código genético y sustituirlo por el de cualquiera otra célula del cuerpo que tiene una dotación cromosómica completa, de tal modo que el nuevo ser engendrado será idéntico al donante de la célula que sustituye el núcleo del óvulo fecundado”⁷⁹.

Al respecto, analicemos dos casos de este proceso de fecundación atípica.

En el caso de realizarse la clonación de células masculinas se requerirá de un útero que anide al nuevo ser y que permita su gestación. En este caso, la mujer

⁷⁵ ALVIN TOFFLER, *El “shock” del futuro*, 4ª ed., Barcelona, Plaza & Janés, 1988, págs. 244 y 245. Así mismo, véase del mismo autor *La tercera ola*, 7ª ed., Barcelona, Plaza & Janés, 1981, específicamente en sus págs. 152, 153 y 216.

⁷⁶ “Aspectos jurídicos de la fertilización *in vitro*”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Revista Jurídica General*, núm. 1, Madrid, Gráfica Aragón, enero-febrero 1985, pág. 75.

⁷⁷ “Las biomanipulaciones: cuestiones éticas y jurídicas”, en *Persona y Derecho*, núm. 15, Navarra, Universidad de Navarra, 1986, pág. 87. En igual sentido, véase el punto 3. Las principales manipulaciones genéticas. Sus repercusiones psicológicas y culturales. La clonación, en su artículo: “Manipolazione genetica e diritto”, en *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, enero-febrero, 1985 (traducción realizada por María del Pilar Espejo Barthelmes).

⁷⁸ *Biogenética, filiación y delito*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1990, pág. 244.

⁷⁹ CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS, “Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina”, en *La familia en el derecho peruano*, PUCP, 1990, pág. 192, nota 58.

que ceda su vientre adquirirá la situación solo de madre biológica, ya que no intervino genéticamente (aportando su óvulo) en el proceso de fecundación. Desde el punto de vista legal esta maternidad no será subrogada ni sustituta, puesto que no existe una segunda mujer que intervenga en este proceso biológico. Solo existirá una cesión de útero.

Por el contrario, si se clonan células somáticas femeninas, aparte de concebirse solo mujeres (puesto que la conformación cromosómica de estas es xx) puede darse el caso de la maternidad sustituta o subrogada, ya que la madre genética puede tener dificultades para permitir la anidación o la gestación del clon.

Como vemos, en este tipo de clonación participa un solo progenitor —sea hombre o mujer— y, aparte de no existir los sexos complementarios para la reproducción natural, no se va a producir la recombinación, *crossing over* o intercambio de la información génica que determine la conformación biológica de un ser singular e irrepetible en cuanto a la estructura de su patrimonio genético, puesto que no existe dualidad de progenitores que transmitan cada quien sus rasgos típicos al nuevo ser, sino que, simplemente, se va a crear un cigoto con el patrimonio genético de su progenitor, procediéndose, únicamente, a duplicar su información biológica.

El procedimiento técnico sería el siguiente:

1. Extraer una célula.
2. Extirpar el núcleo de dicha célula, induciéndosele para que en la etapa de profase realice la mitosis.
3. Se trasplanta dicho núcleo a una célula receptora, la que deberá ser un óvulo fecundado sin núcleo, puesto que el citoplasma del mismo está sincronizado y preparado (con sus proteínas y grasas) para permitir el desarrollo del núcleo referido en el punto 1, y que lleva la información genética que determinará el clon.
4. Dicho óvulo fecundado se implanta en un útero para su gestación, ya que el clon requerirá, para su desarrollo embrional, de un albergue uterino, a fin de continuar su proceso natural de crecimiento⁸⁰.

En síntesis: este proceso consiste en la enucleación de un embrión y sustitución del núcleo extraído por el de otro embrión o de alguna otra célula. Luego se implanta en un útero para su gestación.

En otras palabras, es obtener una célula e inducirla técnicamente a que se reproduzca.

⁸⁰ Incluso existen estudios e investigaciones muy avanzadas que intentan realizar la llamada gestación *in vitro* o en vientre mecánico, conocida en el campo técnico como ectogénesis, y es entendido como aquel proceso por el que se suple la cavidad materna (útero) para realizar un proceso de gestación artificial.

§ 122. REPRODUCCIÓN GEMELAR

Conocida también como clonación por inducción de gemelaridad múltiple⁸¹, fisión de gemelos⁸² o separación de blastómeros⁸³.

En este caso no se pretende autorreproducir a un ser ya existente, sino engendrar individuos genéticamente iguales entre sí. Es decir, en este tipo de clonación se busca la creación técnica o en laboratorio de gemelos univitelinos⁸⁴.

En este proceso sí existen dos progenitores —hombre y mujer—, hay sexos complementarios, y por eso se produce la recombinación o intercambio de información genética. El nuevo ser fecundado contará con un patrimonio genético distinto al de sus progenitores, pero compartido con sus demás hermanos clónicos.

El procedimiento técnico sería el siguiente:

1. Lograr una fecundación *in vitro*.
2. Una vez producida la primera división de la mórula se paraliza su proceso de desarrollo.
3. Se secciona el embrión obteniéndose copias genéticamente iguales.
4. Se reactiva el proceso de desarrollo celular de cada nueva célula embrionaria.
5. Se implantan en el útero para su gestación.

Este procedimiento de vivisección del embrión es ampliamente utilizado, y con éxitos bastante altos, en mamíferos de laboratorio y de granja.

⁸¹ LÓPEZ MORATALLA y OTROS, *op. cit.*, pág. 364.

⁸² SGRECCIA, *loc. cit.*

⁸³ TOMÁS UNGER, “Un experimento controversial”, en *El Comercio*, sec. C, Lima, 7 mayo 1994, pág. 1.

⁸⁴ Al respecto es oportuno responder a la siguiente pregunta, ¿qué se entiende por partos múltiples? Generalmente todas las concepciones terminan en partos únicos y, excepcionalmente, por factores como la herencia, edad de la madre y la raza, en partos múltiples. Los partos gemelares ocurren en la proporción de 1 en 80 partos, los tripletos 1 en 6.400 y los cuadrúpletos 1 en 512.000. Los gemelos idénticos (también llamados uniovulares, univitelinos u homólogos) provienen de un solo óvulo fertilizado, el que primero se divide y luego se separa, continuando cada parte su proceso de división celular en forma independiente. Consecuentemente, los gemelos idénticos poseen juegos idénticos de cromosomas, por lo tanto, tienen el mismo material genético y son del mismo sexo siempre. Tienen una sola placenta y corion, pero cada producto gemelar se halla contenido en su propio saco amniótico y se nutre mediante su propio cordón umbilical. Los gemelos fraternales (también llamados biovulares, bicultivitelinos, heterólogos o mellizos) se desarrollan provenientes de óvulos separados, ambos son fertilizados al mismo tiempo, no comparten el mismo juego de cromosomas, por lo que no tienen similar material genético, pudiendo ser de igual o diferente sexo. Tienen cordones umbilicales separados, coriones y placentas diferentes. No se parecen más que en lo indispensable como para ser hermanos. Se han registrado nacimientos de gemelos de raza diferente, con grupos sanguíneos diferentes, por tanto de distinto padre (véase a JAMES y STEPHEN MC. CARY, *Sexualidad humana*, 4ª ed., México, Edit. El Manual Moderno, 1986, págs. 95 a 97).

En síntesis: este método consiste en fisionar el ovocito producido in vitro mediante la aplicación de técnicas de corte y reactivación celular (microcirugía), a efectos de crear otras células iguales al gameto seccionado.

§ 123. PARTENOGENÉISIS

La partenogénesis es definida por el *Diccionario de la Lengua Española* de la siguiente manera: “partenogénesis. (Del gr. παρθενοϋς, virgen, y γενεδις, generación) f. Biol. Modo de reproducción de algunos animales y plantas, que consiste en la formación de un nuevo ser por división reiterada de células sexuales femeninas que no se han unido previamente con gametos masculinos, artificial o experimental. Zool. Desarrollo de animales a partir de óvulos que no han sido fecundados por espermatozoides, provocado por la acción de ciertos factores químicos o físicos”⁸⁵.

En el medio técnico se le conoce como aquel proceso reproductivo asexual que se realiza mediante la estimulación del desarrollo de un óvulo por medios térmicos, físicos, químicos, mecánicos o tratamientos enzimáticos sin que sea fecundado por un espermatozoide, es decir, no hay fecundación.

Esta es una forma de realizar la concepción contando solo con una célula sexual, el gameto femenino: óvulo (de allí que sea considerada una forma de reproducción sexual), cuyo núcleo será activado mediante procedimientos técnicos a fin de que se autorreproduzca.

El resultado es el desarrollo de un ser que cuenta con la misma dotación genética de la hembra que aportó el óvulo, pues se trata de una autorreproducción con la intervención de medios especiales.

EDUARDO A. ZANNONI, uno de los primeros estudiosos en el tema jurídico de las técnicas de reproducción asistida en América del Sur, basándose en los experimentos científicos realizados en 1960 por el biólogo J. B. Gurdon en Oxford, establece una ajustada similitud entre partenogénesis y clonación por transferencia de núcleos. Al respecto nos dice: “Hoy se habla de *partenogénesis*, también conocida como *cloning* o reproducción asexual dentro de las ciencias biológicas. La partenogénesis se obtiene a partir de la fecundación mediante una célula cualquiera —no el esperma— que, según se ha demostrado, contiene todos los componentes genéticos del organismo a que pertenece y absolutamente toda la información para crear un nuevo ser idéntico a aquel. Esa célula se introduce en el núcleo del huevo sustituyendo el embrioblasto, es decir, el embrión formado por las células genéticas originales”⁸⁶.

⁸⁵ *Op. cit.*, pág. 1537.

⁸⁶ EDUARDO A. ZANNONI, *Inseminación y fecundación extrauterina*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1978, págs. 24 y 25.

Esta semejanza indicada por el jurista argentino ZANNONI, como hemos analizado en este capítulo, no es técnicamente correcta, sin embargo, es comprensible y valiosa para la época en la que se hace referencia a esta forma de intervención en los gametos humanos, a fin de reproducir, mediante manipulación, a un ser.

En lo que se refiere a su modo natural, la partenogénesis se realiza en algunas plantas y animales invertebrados (abejas, avispas, hormigas, pulgones y otros artrópodos, así como en la dafnia o pulga de agua).

En síntesis: este método consiste en lograr el desarrollo del ovocito mediante técnicas de estimulación nuclear especiales, sin la presencia de espermatozoides.

§ 124. CLONACIÓN NO REPRODUCTIVA

“Jugar con la vida es riesgoso, jugar con el ser humano es una tragedia”

A) *Antecedentes*

En Escocia, a inicios de 1997, la clonación adquiere revuelo y magnitud jurídica cuando se difunde la noticia sobre la clonación de una oveja, Dolly.

Las reacciones fueron variadas. El presidente norteamericano Bill Clinton impuso restricciones al uso de fondos federales, entiéndase públicos, en la clonación de seres humanos. Meses más tarde, la Comisión Nacional de Consejería Bioética de dicho país, dirigida por HAROLD SHAPIRO, analizó los aspectos éticos sobre clonación, y concluyó que producir un embrión mediante transferencia del núcleo celular somático es “moralmente inaceptable”⁸⁷. Sin embargo, la clonación como técnica ha dado todo un vuelco y ahora se le ha encontrado otras utilidades, entre ellas, aplicarla con fines terapéuticos.

B) *Técnica y usos*

Se dice que la clonación terapéutica serviría para el estudio y curación de enfermedades degenerativas (Parkinson, Alzheimer), endocrinológicas (diabetes), hereditarias (hemofilia) y otros casos como la regeneración de médula espinal en tetrapléjicos.

Consiste en obtener células de un paciente —normalmente enfermo necesitado de un trasplante— para crear un embrión clonado, a fin de conseguir de él tejidos destinados a implantes (cartílago, hueso, músculo, neurona, hígado, páncreas). Estos tejidos se pueden trasplantar al paciente sin rechazo inmuno-

⁸⁷ HAROLD SHAPIRO, “La clonación de seres humanos: crónica de un ejercicio de 90 días en la ética y la práctica profesional”, en *Diálogo* (Bioética: baluarte del humanismo frente al extravío), núm. 23, OPI/LAC-Unesco, 1º abril 1998, págs. 16 a 18.

lógico, ya que son genéticamente idénticos a él. El embrión, que solo se desarrolla unos pocos días, no se implanta en una mujer, sino que es utilizado para obtener sus células madre a fin de cultivarlas y cosechar los productos biológicos necesarios. Para ello, se extrae el núcleo de un óvulo sin fecundar (enucleación) y se le introduce el núcleo (transnucleación) de una célula del paciente que recibirá el implante. La carga genética del embrión producido y la del receptor será idéntica, es decir, clónica. El embrión clonado y elegido, será vaciado con un inevitable fin, su destrucción, su deceso.

La paraclonación, como también se le ha llamado, puede ser:

- Celular, el proceso se realiza sobre elementos biológicos, tejidos, órganos, sustancias.

- Embrional, el proceso se practica sobre el embrión en sí.

Algunos bioeticistas han denominado canibalismo tecnológico o neocanibalismo a esta nueva forma de clonación embrional, basados en que no se puede aceptar la realización de una fecundación con un fin distinto a la procreación. Ello es totalmente aplicable a esta técnica, puesto que se induce un proceso de desarrollo embrional con el único fin de extraer su material biológico. Busco que el clon salve otra vida, no la suya. Clono para curar. Creo una vida que, aniquilada, servirá para salvar otra vida, lo que genera todo un problema moral. En este orden de ideas, JUAN RAMÓN LACADENA alega que "... la obtención de un embrión artificial por transferencia de núcleo plantea el problema ético de haber creado un embrión humano que ha de ser destruido para poder establecer cultivos celulares deseados"⁸⁸.

Técnicamente es innegable que la clonación con fines terapéuticos facilita la investigación de nuevas terapias. Podrían obtenerse células, tejidos (y porque no, en un futuro órganos), en fin. Pero, ¿es ético y lícito? Acaso no hay medios alternativos como la obtención de células madre a partir de personas adultas, del cordón umbilical de recién nacidos o de fetos abortados, de la sangre, de la médula ósea, de células cerebrales (al parecer estas últimas no son muy efectivas porque su capacidad para transformarse es menor, pero ello no es justificación para su legitimidad). Los embriones creados adrede se convierten en piezas de recambio, en repuestos, fabricados a medida del cliente para alargar su esperanza de vida. Ya no son un fin en sí mismos, sino un medio para otros, lo que desconoce el principio de que el hombre no es manipulable para fin alguno, ni siquiera para fines terapéuticos por más beneficiosos que estos sean.

C) *Legitimidad jurídica de la clonación no reproductiva terapéutica*

Quienes alegan la legitimidad de la paraclonación parten del hecho de que al no existir fecundación, sino una transferencia nuclear, la célula creada no

⁸⁸ JUAN RAMÓN LACADENA, "Embriones humanos y cultivos de tejidos: Reflexiones científicas, éticas y jurídicas", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 12, 2000, pág. 201.

merece protección jurídica; sin embargo, el tema no es tan simple, pues técnicamente se puede generar vida sin necesidad de fecundación, ya que todas nuestras células nucleadas tienen la capacidad de crear vida, de allí que esto ya no sea una función exclusiva de los gametos. En este sentido, JUAN RAMÓN LACADENA⁸⁹ se pregunta: ¿el estatuto del *embrión somático*⁹⁰ es igual al estatuto del *embrión gamético*?⁹¹, concluyendo que son de la misma naturaleza y que, por tanto, comparten el mismo estatuto.

En otras palabras, existen procesos análogos tendentes a generar vida, por lo que no puede reducirse el producto de la técnica a una mera terminología lingüística. No importa la forma sino la consecuencia.

Se ha dicho, además, que el uso de embriones para la investigación es una antigua reivindicación de las clínicas reproductivas que acumulan embriones en el congelador y en vez de desecharlos (que para algunos es un “ilícito” y para otros como práctica es un “desperdicio inmoral”) es mejor utilizarlos como productos, como medicamentos biológicos, como partes paliativas, de allí su adjectivación: terapéutica. Es más, se presenta como una forma legítima de permitir el desarrollo científico⁹².

Como se puede apreciar no hay unanimidad de criterios científicos, y esto repercute trascendentalmente en el derecho. Por un lado, para un sector de la opinión jurídica “no existe ninguna diferencia entre la clonación con fines terapéuticos y la clonación con fines reproductivos”, ambas deben ser prohibidas, mientras que desde la perspectiva científica se dice que son “cosas completamente distintas”, por lo que no puede impedirse. Es necesario diferenciar: *terapéutica*, es cuando sirve para tratar o curar enfermedades, mientras que *reproductiva*, es cuando el embrión se transfiere a un útero. Esta singular apreciación carece de contenido jurídico, pues la categoría de embrión, y, por tanto, de sujeto de derecho, no depende del uso que se le dé al mismo, sino del hecho biojurídico que ha surgido como ser humano, digno de protección.

De esta manera, se afirma que la prohibición es respecto a la clonación reproductiva (aquella dirigida a crear seres humanos idénticos), mientras que la clonación con fines de investigación y terapéutica no implicaría un delito, pues su fin es la cura, la terapia, el tratamiento de males. Fundados en estos criterios

⁸⁹ *Ibidem*, págs. 202 y 203.

⁹⁰ Embrión somático: el embrión originado *in vitro* por la transferencia del núcleo diploide de una célula embrionaria, fetal o adulta al citoplasma en un ovocito enucleado.

⁹¹ Embrión gamético: el embrión originado por la fecundación *in vivo* o *in vitro* de dos gametos.

⁹² “... la única forma de desarrollar la investigación embrionaria terapéutica es permitir también una cierta investigación no terapéutica; por lo tanto, las opciones normativas son, o permitir algún tipo de investigación no terapéutica o prohibir la investigación con cigotos completamente”. HERMAN NYS, “Investigación de embriones”, en CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (editor), *Biotecnología y derecho. Perspectivas en derecho comparado*, Cátedra interuniversitaria de derecho y genoma humano, Bilbao, 1998, pág. 239.

ambivalentes se ha pensado, incluso, proponer a las Naciones Unidas que se “prohíba de manera universal la clonación de seres humanos en cualquier fase de su formación y desarrollo”. Por otro lado, como se ha referido, se pretende encontrar una salida para permitir esta técnica, sustentando que como la ley prohíbe experimentar con embriones obtenidos mediante la fecundación (óvulo más espermatozoide) y no prohíbe hacerlo con *nuclóvolos*, o embriones producidos a partir de óvulos a los que se les ha insertado el núcleo de otra célula “No son embriones, porque ni están fecundados ni tienen combinación genética”, según MARCELO PALACIOS. El biólogo DANIEL SOUTULLO opina de manera abiertamente favorable al uso de esta técnica de clonación con fines terapéuticos al referir que “no estamos hablando de la utilización de fetos más o menos formados, sino de embriones preimplantarios, constituidos por una masa celular indiferenciada, en la que las células tienen capacidad de desarrollarse para dar un tejido cualquiera del organismo”⁹³, es más, continúa, “estamos hablando de un método con un potencial terapéutico que podría salvar la vida de personas que no gozan de otra alternativa de curación, por lo menos en el momento actual”⁹⁴.

Por su parte, el bioeticista ELIO SGRECCIA, condena que se convierta “al embrión humano en material experimental” y pide que se obtengan células a partir de adultos y no de embriones, agregando que no podemos alegar, y menos justificar, que la clonación de embriones humanos es con fines científicos y terapéuticos y que por ello no la convierte en menos ilícita que aquella con fines de procreación.

El derecho comparado es unánime en prohibir la clonación (Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea, Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y el Protocolo de la Convención del Consejo de Europa sobre derechos Humanos y Biomedicina, la Declaración Bioética de Gijón). Por su parte, muchos países tienen una norma genérica, considerando como delito tipo el hecho de que de realizar fecundaciones sin fines reproductivos, en este sentido “... dado que la técnica de clonación no reproductiva considerada implicaría la producción de un embrión cuyo destino no es la procreación, parece lógico aceptar que le sería aplicable, por analogía, el artículo 161.1 del Código Penal (español) que castiga a «... quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana», si se acepta ... la equivalencia de los embriones somáticos y los embriones gaméticos”⁹⁵.

Por el momento ningún texto legal prohíbe, expresa y taxativamente, la clonación no reproductiva, pero es de tener en cuenta que la transferencia nuclear a un óvulo fecundado enucleado es generar vida con su propio programa genético

⁹³ DANIEL SOUTULLO, “Clonación humana no reproductiva: utilización de embriones para la obtención de tejidos para trasplantes”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 12, 2000, pág. 216.

⁹⁴ *Idem, Ibidem*, pág. 219.

⁹⁵ LACADENA, *op.cit.*, núm. 12, 2000, pág. 205.

y desde este punto de vista es ilícito. Podríamos decir que este tipo de clonación sería lícita siempre que la transferencia nuclear no desencadene el proceso vital.

Si bien es cierto que cuando se formularon esas leyes nadie pensaba en las posibilidades que las técnicas de clonación podían abrir en el trasplante de tejidos y en la cura de enfermedades, no es menos cierto que es un medio técnico alternativo que atenta contra la dignidad humana.

En Perú la clonación, independientemente del tipo que esta sea, es ilegal, pues no es posible experimentar con seres humanos, ya que se “garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental” (Código de los niños y adolescentes, art. 1º) y, así mismo, “está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos” (Ley general de salud, art. 7º).

D) Permisibilidad legal de la clonación no reproductiva

El derecho comparado se desarrolla en tres sectores: permisivo, Inglaterra; prohibitivo, Alemania y un sector intermedio, la permite siempre que no implique la destrucción de embriones. La corriente actual es que algunos países ya perfilan una permisibilidad de esta técnica, tal es el caso de España, Estados Unidos, Francia y Holanda.

En España, se debe decidir en 2001 el destino de cerca de 30.000 embriones congelados en más de 80 centros de reproducción asistida, y es en esta línea que la Comisión Nacional de Reproducción Asistida en su I Informe Anual (diciembre 1998) emitió un informe en el que enfatiza la utilización científica de estos embriones frente a su destrucción o donación a parejas infértiles. Estados Unidos ha restringido la utilización de fondos públicos para experimentaciones embrionales, sin embargo no establece ninguna prohibición respecto del sector privado. Por su parte, Francia prohíbe la clonación con fines reproductivos y ha presentado las normas hasta ahora más restrictivas, sin embargo, en noviembre de 2000, se presentó un anteproyecto de ley que permite investigar con células madre aisladas de 500.000 embriones congelados en 20 centros de fecundación asistida, pero prohíbe la producción intencionada de embriones con fines científicos, promoviendo la investigación con células madre del cordón umbilical.

Como se ha indicado, en cuanto a su permisibilidad legal tenemos a Inglaterra. La Cámara de los Comunes aprobó el 19 de diciembre de 2000 la ley que legitima la clonación terapéutica. La aprobación se realizó sobre la base de un informe elaborado durante más de un año por un comité de expertos dirigido por el ministro de Salud Liam Donaldson. El informe prohibía la clonación con fines reproductivos, sin embargo recomendaba extremar la vigilancia sobre estos

experimentos para que nunca pueda traspasarse la peligrosa línea que separa la clonación terapéutica de la clonación reproductiva, y se basaron en lo siguiente⁹⁶:

- Debe ser permitida la investigación con embriones para aumentar el conocimiento sobre las enfermedades y sus tratamientos mediante células bajo los controles que figuran en la ley de 1990 sobre reutilización y embriología humana.

- Antes de autorizar cualquier tipo de investigación donde se utilicen embriones creados mediante reemplazo del núcleo celular (CNR), la autoridad en Fertilización y Embriología Humana deberá asegurarse de que no exista ningún otro medio para cumplir con los objetivos de la investigación.

- Los cedentes de óvulos o espermatozoides que sean utilizados para crear embriones deberán dar su consentimiento indicando si sus embriones podrán ser utilizados para obtener células precursoras.

- Las investigaciones que permitan aumentar el conocimiento de las enfermedades mitocondriales y desarrollar tratamientos para ellas utilizando la técnica de CNR en óvulos humanos, posteriormente fertilizados con espermatozoides humanos, deben permitirse bajo los controles del decreto de 1990.

- El progreso de las investigaciones que involucren células precursoras que hayan sido obtenidas de fuentes embrionarias, debe ser supervisado para comprobar que se estén obteniendo los beneficios esperados.

- No debe permitirse la mezcla de células humanas adultas con óvulos vivos de ninguna especie animal.

- Deberá mantenerse en consideración la necesidad de una legislación que permita el uso de células obtenidas de embriones para tratamientos desarrollados a partir de estas nuevas investigaciones.

- Los consejos gubernamentales de investigación deberán ser incentivados para que establezcan un programa de investigación sobre células precursoras y para que consideren la posibilidad de crear colecciones de células precursoras para su uso en investigación.

Por su parte, la Cámara de los Lores ratificó la correspondiente aprobación a la clonación de células madre con fines terapéuticos. En efecto, un comité de la Cámara de los Lores autorizó el 27 de febrero de 2002 la clonación de células madre con fines terapéuticos en el Reino Unido bajo un estricto sistema de concesión de licencias. Esta aprobación parte del hecho de que el gobierno británico aprobó en 2001 una ley que permitía a los científicos clonar embriones humanos para desarrollar tejidos útiles en el trasplante de órganos, pero la ley no se había aplicado, pues estaba pendiente del dictamen de los Lores. La legislación británica prohíbe tajantemente toda clonación dirigida a la reproducción en serie de seres humanos. El llamado Comité de la Investigación de las

⁹⁶ “Las recomendaciones del ministro de salud británico”, en *CNN en Español.com*, 16 agosto 2000.

Células Madre de los Lores ha dado permiso a la Autoridad de Fertilización Humana y Embriología (HFEA), el organismo regulador de este tipo de investigación en este país, para conceder las licencias oportunas. El presidente del comité, el reverendo Richard Harris (obispo de Oxford), reconoció que “la investigación de embriones humanos prematuros suscita difíciles cuestiones morales y científicas”. Sin embargo, precisó que el comité “no ha sido persuadido de que lo correcto sea prohibir toda investigación de embriones prematuros, después de considerar cuidadosamente todos los puntos de vista”. “Los experimentos científicos con células adultas efectuados hasta el momento no prueban, como dicen algunos, que la clonación de células madre sea innecesaria”, subrayó el reverendo. La resolución de los lores se ha conocido tan solo tres días después de que el actor estadounidense Christopher Reeve, famoso por encarnar a “Superman” y tetrapléjico a causa de un accidente, instara al Comité a autorizar la clonación de sus células troncales⁹⁷.

Debe saberse que Gran Bretaña, cuya ley sobre fertilización y embriología humana de 1990, permite la investigación con embriones de hasta 14 días y es el primer país que desde el 23 de enero 2001 ha ampliado sus leyes para autorizar la clonación no reproductiva con fines terapéuticos que eufemísticamente la llaman “cultivo de células especializado”, distinguiéndola de la clonación humana reproductiva, que si la prohíbe expresamente. La ley británica prohíbe explícitamente que las clonaciones se realicen con embriones más allá del decimocuarto día de su fecundación o que puedan utilizarse con fines reproductivos, por lo que no podrán implantarse en un útero humano. Se ha alegado que la postura del gobierno británico no significa abrir el camino de la reproducción humana por clonación, al contrario, la vigente ley de fertilización humana y embriología, será endurecida para vetar cualquier intento de clonación reproductiva. El uso de embriones en Gran Bretaña está estrictamente controlado, y solo se permite su uso para investigación en áreas como fertilidad o enfermedades congénitas. Pero los biocientíficos han venido presionando año tras año a fin de obtener autorización para usar el excedente de embriones para extraer células precursoras, que podrían ser las bases para la cura de dolencias.

E) *Clonación celular*

Sin contemplación, pero sí con mucha ambición, se ha clonado al hombre de alta tecnología reproductiva. Muchos están felices, otros absortos. Ya no se trata de una posibilidad ni de ciencia ficción, la clonación humana es un hecho y como tal debe ser abordada. Esta técnica tiene enormes repercusiones no solo en el ámbito biológico, sino también en el social y, por ende, en el jurídico. La ley debe encarar firmemente este acto de manipulación genética⁹⁸.

⁹⁷ Diario *ABC*, 27 febrero 2002.

⁹⁸ En varias oportunidades hemos sostenido su ilicitud y necesidad de penalización. Véase “La ética y la clonación no reproductiva”, en diario *El Comercio*, sec. A 18, 1º febrero 2001, y “... Y el hombre clonó al hombre (De aprendiz del doctor Jekyll a funambulista de la fecundación)”, en diario *El Comercio*, sec. A.14, 17 diciembre 2001.

El objetivo que han buscado las recientes técnicas fue clonar células (no embriones), que reemplacen las de los pacientes-donantes que adolecen distintas enfermedades, surgiendo así la clonación con fines terapéuticos (paraclo-nación o clonación blanda). Las células madre se presentan como la base de la nueva industria de la salud, pudiéndose regenerar huesos, tejidos e, incluso, órganos de ellas. Las técnicas realizadas para clonar fueron la partenogénesis y la clonación por reprogramación de una célula de adulto. Ya no son los “clásicos” procesos de clonación reproductiva como la autorreproducción (enucleación y transnucleación embrional), fisión embrional (reproducción gemelar) y la partenogénesis (estimulación nuclear ovular) restringidos por ley en muchos países, sino que ahora se busca obtener tejido celular clónico con fines terapéuticos.

Pero el fin de la clonación, sea reproductiva o terapéutica, es solo uno, crear un individuo idéntico a otro, lo cual no solo vulnera todos los derechos del ser humano, sino que también representa un problema mayor, pues busca la creación técnica de la vida —sin fecundación, sin concepción—. La reflexión y posición del derecho es urgente, ya que técnicamente se viene transgrediendo el presupuesto clásico y elemental de que “la vida humana se inicia con la concepción” (embrión gamético) y ¿qué pasa entonces con la vida creada por clonación, partenogénesis o reprogramación celular?, ¿no es acaso también vida humana creada por medios similares a la concepción? (embrión somático). Si bien estos procesos técnicos de clonación están fuera del tipo legal, con fundamento en un criterio bioético y pro vida, debemos brindar a esta vida la misma protección, ya que, independientemente de como sea obtenida o creada, el ser humano merece resguardo. No podemos distinguir la vida surgida naturalmente de aquella producto del laboratorio y menos de las formas nuevas (embrión somático). La dignidad es intrínseca al hombre, no puede ser limitada por procesos o nuevos descubrimientos.

Sin duda que el trasplante de células clonadas de un tejido es una de las claras promesas con que cuenta la medicina. Una enfermedad causada por la degeneración o muerte de grupos de células, que no tienen cura, podrían favorecerse de la clonación terapéutica de células humanas. Hasta ahora, se han hecho experimentos en enfermedades como la diabetes, Parkinson, Huntington y necrosis del músculo miocardio como consecuencia de un infarto. Enhora-buena, qué mejor para la protección de la salud de la persona y la defensa de la vida que aprovechar el desarrollo avasallador de la ciencia en bien de la humanidad, en ello coincido plenamente con nuestro amigo el doctor Óscar Miró Quesada Cantuarias⁹⁹, de quien tanto siempre se aprende, pero no puedo renegar de mis principios que me dicen, día a día, que los seres humanos no podemos ser considerados como autopartes o repuestos, ni mucho menos medios para obtener fines en beneficios de otros.

⁹⁹“Clonación terapéutica con embriones humanos”, en diario *El Comercio*, sec. A., Lima, 7 diciembre 2001, pág. 4.

La clonación de embriones humanos, tanto para fines reproductivos como terapéuticos, supone rebasar los límites de la dignidad humana. Fabricar vida para curar enfermedades, crear (no procrear) embriones humanos con el único propósito de matarlos y vaciarlos para cultivar sus células, no resulta nada convincente dentro de una lógica humanista y bioética. Alemania, Austria, Francia, algunos estados norteamericanos, como California consideran delito la clonación. Así también España que en su Código Penal (art. 161) castiga con prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial a “quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana”, y con la misma pena a quienes creen “seres humanos idénticos por clonación...”. Sin embargo, el derecho comparado no es uniforme, la clonación es legal en Bélgica, Finlandia, Dinamarca, Luxemburgo, Portugal, Holanda y Suecia.

En Perú tenemos que el Código de los niños y adolescentes contiene una norma genérica (art. 1º) “... garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad ...”. Por su parte la ley general de salud sí tiene una norma especial (art. 7º), “prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”. Estas prohibiciones a la clonación tienen sanción expresa, como delitos, en la ley 27.636 (DOEP, 16 enero 2002) que ha incorporado dentro al Código Penal, en su título XIV-A Delitos contra la humanidad, el capítulo V, Manipulación genética, en los términos siguientes: “Artículo 324.—Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4º y 8º”.

La solución legal no es solo restringir, prohibir o penalizar la clonación, sino también dar salidas al avance científico, siempre que se respete la vida humana. Por ejemplo, debería fomentarse la investigación sobre tejidos con células madre no embrionarias que pueden ser obtenidas de la piel, médula espinal, cerebro, hígado o tejido adiposo y limitar la obtenida de fetos y de embriones.

La comparación con la que concluyo estas reflexiones puede resultar forzada, pero es real: si bien el aborto termina con una vida no deseada, la clonación termina con una vida deseada, especialmente creada para ser destruida. Entonces, al igual que el aborto, la clonación terapéutica mata, pero trata de justificar su ilicitud por el hecho de que el sacrificio de una vida es para salvar otra.

F) *Hacia una “Convención Internacional contra la clonación de seres humanos con fines reproductivos”*

El Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁰⁰ nos facilitó los alcances de la primera reunión del Comité especial para la elaboración de una “Convención Inter-

¹⁰⁰ Cursado por el embajador José Luis Pérez Sánchez-Cerro, director de Derechos Humanos y Asuntos Sociales, el 18 marzo 2002, facsímil (DHS-DHU), núm. 130.

nacional contra la clonación de seres humanos con fines reproductivos” tuvo lugar en Nueva York entre el 25 de febrero y el 1° de marzo de 2002.

A dicha reunión asistieron expertos en bioética y embriología, quienes explicaron las consideraciones científicas sobre la clonación y se produjeron discrepancias tanto de orden conceptual, como de orden procesal.

Discrepancias de orden conceptual. Para algunas delegaciones —la Santa Sede, Estados Unidos y Costa Rica— el proceso de clonación es perverso en sí mismo, al margen de sus propósitos y resultados. Por tanto, es el proceso de clonación, independientemente de su finalidad, el que debe ser totalmente prohibido. Otros países consideran que lo reprobable es solamente la clonación reproductiva, pero que existen otros fines de la clonación como el terapéutico, o el experimental, que podrían tener efectos positivos en el campo de la reparación tisular y orgánica.

Los defensores de la primera posición sostienen que la denominada clonación terapéutica se hace a partir de una célula sexual, y, por tanto, es inevitable que se disponga y destruya posteriormente embriones humanos. De ello concluye que toda clonación es “reproductiva” y debe prohibirse totalmente. Dentro de tales postulados está la afirmación de que la clonación terapéutica elimina embriones humanos. No está en discusión la eliminación misma, pues no hay duda respecto a que el actual estado de la técnica para el proceso de clonación terapéutica elimina embriones. La discrepancia se da, más bien, en torno a la naturaleza ontológica y jurídica de la entidad eliminada. Para quienes apoyan la clonación terapéutica, el embrión clonado, a diferencia de la concepción, no tiene una identidad genética nueva, única y singular, sino que reproduce la identidad genética del ser humano al que corresponde el núcleo transferido a la célula sexual enucleada. Por ello, consideran que lo que se destruye no es un embrión, sino un nuclóvulo cuya protección por el sistema jurídico sería discutible.

Además, en contraste con la posición contra toda forma de clonación se menciona el eventual entorpecimiento del desarrollo científico y tecnológico para propósitos positivos. Así la humanidad se privaría de los beneficios de las técnicas de regeneración tisular y orgánica, producidas mediante la denominada “clonación terapéutica”. De acuerdo con los especialistas consultados, en especial con el profesor chileno Fernando Zegers Hochschild, que fue panelista en la primera sesión de la reunión, el actual estado de la ciencia no permite prescindir del empleo del óvulo en la denominada “clonación terapéutica”, debido principalmente a que su gran tamaño en comparación con otras células, permite una mejor manipulación instrumental. Este proceso, destinado a generación de “células madre”, acarrea la formación de embriones eventualmente destinados a su destrucción. Sin embargo, los mismos especialistas sostienen que ello no implica que un posterior estado de la ciencia prescinda del uso de las células

sexuales para la obtención de “células madre” y su consiguiente uso terapéutico sin la disposición de embriones humanos.

Discrepancias de orden procesal. El propósito de este Comité especial es establecer el mandato para elaborar una “Convención contra la clonación para fines de reproducción humana”. De ahí que algunos países sostengan que el Comité podría únicamente prohibir la clonación reproductiva, pero que carece de autoridad para pronunciarse sobre la clonación terapéutica.

Los países que defienden la existencia de un solo tipo de clonación, sostienen que no pronunciarse contra la clonación terapéutica haría de la Convención un instrumento perverso, puesto que estaría legitimando este tipo de clonación, que en el fondo también es “reproductiva”, atentando de ese modo contra la vida y la dignidad humana al implicar la eliminación de embriones. Además, una aproximación pragmática expresada principalmente por Alemania, afirma que si la adopción de la Convención va a depender de la inclusión de la clonación terapéutica, se abriría un debate de duración imprevisible que postergaría y tal vez impediría a la comunidad internacional contar con una Convención contra un fin que sí cuenta con incontestado consenso, la prohibición de la clonación reproductiva.

El resultado de esta primera reunión fue la aprobación de una lista de aspectos jurídicos que construirán la estructura general de la Convención:

- Consideraciones y propósitos.
- Definiciones.
- Prohibición de la clonación de seres humanos con fines de reproducción.
- Ampliación de su aplicación nacional.
- Medidas preventivas.
- Mecanismos de información y supervisión.
- Asistencia para la aplicación.
- Cláusulas finales.

No es difícil prever que los puntos más controvertidos podrían ser el de las definiciones y el de la tipificación, aunque existen otros de mayor complejidad que no han sido considerados e incluyen los eventuales derechos de propiedad intelectual que podrían derivarse del proceso de clonación reproductiva y el tratamiento de embriones clónicos ya implantados, entre otros.

G) *Análisis conclusivo*

Esta técnica es contraria a todo principio bioético e implica, conjuntamente con el aborto y la eutanasia, un atentado más contra la vida y, por que no, contra la especie humana. Crear una vida para experimentar, para establecer cultivos

celulares, es la más absoluta denigración y, conduce a la indefectible destrucción. Aun con fines de utilización terapéutica, la clonación no reproductiva constituye un atentado contra la dignidad. Una nueva vida para salvar otra. Un sacrificio real por un probable beneficio. Aferrémonos a nuestros principios, pero no a nuestra conveniencia.

§ 125. PROCESOS DE CLONACIÓN ALTERANTES

Otro de los casos de variación de la clonación artificial, como dice DIEGO SIMO SEVILLA¹⁰¹, entre las tantas formas de manipulación genética existentes y sancionadas por la ley española, en un caso especial referido a la reproducción no heterosexual, que consiste en la introducción en el óvulo de dotación genética procedente de solo varones o solo mujeres; pudiendo presentarse como casos de una partenogénesis, de una reproducción unisexual variante de la clonación¹⁰², o bien homosexual. Como se aprecia de estos casos, si bien los podemos identificar como técnicas propias de la clonación, su utilización conjunta, es decir, conjugando la autorreproducción, la reproducción gemelar y la partenogénesis, se presentarían como situaciones realmente aberrantes y, por demás, contrarias a todo criterio común benefactor de la esencia humana.

§ 126. SELECCIÓN DE SEXO

El tema de la selección de sexo es polémico no solo política y jurídicamente, sino también sociológica y antropológicamente. La elección de sexo de un hijo futuro implica una manipulación genética, en el sentido de que la habilidad y las manos del hombre son las que determinan el sexo de la prole, en este sentido se permitirá la presencia de espermatozoides de determinado sexo a efectos de que estos fecunden el óvulo, mientras que los demás son desechados o, en su caso, solo se implantarán en el útero de la mujer los embriones cuyo sexo se desee. Ahora bien, como técnica de elección en el que prima la voluntad de

¹⁰¹ DIEGO SIMO SEVILLA, *op. cit.*, pág. 24.

¹⁰² El mismo autor (*op. cit.*, pág. 25) aclara este punto en su nota 52 de la siguiente manera: “El doctor Barberá Guillem alude a la posibilidad de fusionar el óvulo con el corpúsculo polar que se separa de él (...). Por su parte, Vega Gutiérrez y Martínez Baza (...), mencionan una “partenogénesis masculina”, consistente en introducir en el óvulo el núcleo de una espermatogonia”.

Así mismo, MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, analizando los futuros daños que puede ocasionar la aplicación de la biotecnología se presenta el caso de “la fecundación del óvulo por el óvulo (con exclusión del espermatozoide), o sea, la autorreproducción femenina”, lo que generará indiscutiblemente una responsabilidad civil derivada de la aplicación de las técnicas biogénéticas (véase a MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, *La responsabilidad civil en la era tecnológica*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1989, pág. 141).

la pareja por tener el hijo del sexo deseado es por demás caprichosa, antojadiza y egoísta, además de ello, daña el principio de heterogeneidad, de selección biológica y diversidad de la especie humana, así como el derecho a la identidad e irrepetibilidad del ser humano. Son técnicas, en todo caso, discriminatorias, pues llevan implícita una preferencia. En este sentido muchas leyes ya la han sancionado como ilícitas y delictivas, como en Alemania, España e Italia, por mencionar algunos. Es una práctica contraria a la dignidad humana restringida, genéricamente, por la “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos”.

Quizás la selección de sexo es justificada, y en este sentido se ha pronunciado el derecho comparado, a efectos de evitar el riesgo de transmitir una enfermedad hereditaria ligada al cromosoma sexual, como es el caso de la hemofilia, de manera que solo se implantan los embriones cuyo sexo es carente de dicha enfermedad (diagnóstico preimplantario de la hemofilia). Téngase en cuenta que cerca de una treintena de enfermedades genéticas pueden precisarse con el diagnóstico preimplantario, además de ello la simple elección del sexo del embrión permite descartar otras 300 dolencias. Sin embargo, no se pueden seleccionar embriones por simple capricho.

Por su parte, la “Convención para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina”, prohíbe las intervenciones que tengan por objeto modificar el genoma de los descendientes, así como la selección de sexos, salvo que se trate de evitar una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo. Esto tiende a una genética terapéutica y descarta la genética selectiva. Es por ello por lo que se prohíbe la práctica de test genéticos sin fines terapéuticos y se veta cualquier discriminación derivada de la herencia genética, así como la selección de sexo no encaminada a evitar una enfermedad. En este sentido, el artículo 14 menciona que “No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo”. De este artículo podemos decir que las técnicas de reproducción asistida permiten la reproducción fuera del proceso natural, pero ello no es justificación para elegir el sexo del futuro niño, salvo las excepciones indicadas.

La Comisión de reforma del Código Civil peruano de 1984 prohíbe la selección de genes, sexo o de los caracteres físicos o raciales de los seres humanos” (art. 5º), solo falta su aprobación y su tipificación en el Código Penal.

Sección IV. *Derecho, genética y procreación asistida*

La legislación comparada que regula el derecho genético en la actualidad, si bien no es muy abundante, es variada y diversa en la forma de tratar este avance de la ciencia biomédica y su influencia sobre el ser humano.

Países como Alemania, Austria, España, Francia, Gran Bretaña, Noruega, Suecia y Suiza cuentan con leyes de avanzada que regulan esta materia. Sin embargo, su orientación no es para nada uniforme, muy por el contrario, están definidas por directrices dispares, de las que se puede apreciar dos tendencias legislativas, claramente marcadas: aquella que da prevalencia al desarrollo técnico y la otra que protege a la persona.

§ 127. LA PREVALENCIA DEL DESARROLLO TÉCNICO

Esta corriente legislativa fomenta el avance de la tecnología sobre el interés de la persona. Se sustenta en los siguientes postulados:

- El inicio de la vida humana es retardada cierto tiempo (por lo general catorce días) luego de la fecundación.
- Amplia libertad en materia de manipulación y de creación de embriones en exceso, con congelación, donación o destrucción de los sobrantes.

España, regula la materia por ley 35 de 1988 (22 noviembre 1988) sobre “técnicas de reproducción asistida” y la ley 42 de 1988 (28 diciembre 1988) sobre “donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos”. Leyes estas que, en mayo de 1994, fueron modificadas, incluyéndose sanciones más severas para los manipuladores de genes. El antecedente de estas leyes es el Informe Palacios (abril de 1986).

Gran Bretaña, muestra similar orientación en el *Human Fertilization and Embryology Act*, de noviembre de 1990, siguiendo la tendencia del Informe Warnock, que fue un estudio realizado en conjunto por Inglaterra e Irlanda del Norte (julio de 1984).

Francia. La estructura del derecho genético es bastante sólida gracias a la ley 94.653, relativa al “respeto del cuerpo humano” y la ley 94.654 (ambas del 30 julio 1994) referida a la “donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, la asistencia médica para la procreación y el diagnóstico prenatal”. Estas leyes han integrado normas especiales al Código Civil, al Código Penal y al Código Sanitario. Su antecedente se halla en el Anteproyecto de Ley 66 discutido en la primera sesión ordinaria del Senado francés de 26 de noviembre de 1992.

§ 128. LA PROTECCIÓN A LA PERSONA

La orientación de esta tendencia legislativa se caracteriza por proteger al ser humano desde el momento de la concepción y, especialmente, a los niños nacidos de las técnicas de procreación artificial, formulando los siguientes principios básicos:

• Evitar la artificialización (cedentes)¹⁰³, y desnaturalización (fecundación *post mortem*)¹⁰⁴ de la familia¹⁰⁵.

¹⁰³ Según el diario *Observer*, entre 1940 y 1983, 483 niños fueron concebidos a través de donantes anónimos en una clínica privada de Exeter, en el Reino Unido. Actualmente, casi 18.000 niños han nacido gracias a donaciones de esperma y óvulos en el Reino Unido desde que se reguló en 1991 con la *Human Fertilization and Embryology Authority*. En Australia, se ha considerado a la fecha —1999-2000— que los donantes de esperma han sido padres de entre 10.000 a 15.000 niños.

¹⁰⁴ *La inseminación de una viuda, negada por un tribunal británico*. “Un tribunal de Londres ha denegado a una mujer la opción de tener un niño de su marido fallecido. Elizabeth Butler-Sloss, presidenta de la División de Familia del Tribunal Supremo, concedió la facultad de destruir el esperma congelado a la clínica de fertilidad, pero debería conservarlo hasta que la mujer tenga la oportunidad de apelar. “No puedo dejar que influya en mí la simpatía que todos tenemos por la viuda y su profundo deseo de tener un hijo de su último marido”, explicó. La juez afirmó que el marido rechazó en vida que su esperma se conservara y utilizara después de su fallecimiento. El marido se hizo una vasectomía, pero cuando se casó por segunda vez en 1993 pidió restablecer su estado anterior, que no consiguió. Con motivo de una operación realizada en 2000 logró obtener esperma, pero el tratamiento de inseminación de su mujer fue infructuoso. Antes de poderlo intentar de nuevo, el marido falleció. Este es un caso similar al de Briton Diane Blood, quien hace tres años dio a luz un niño concebido con el esperma de su marido fallecido. La mujer ganó su recurso ante la Corte de Apelación del Reino Unido en 1997, con el argumento de que, según la normativa europea, podía llevar el esperma del marido a Bélgica para someterse a un tratamiento de FIV. El asunto, no exento de polémica, fue analizado por Catherine Labrusse-Riou, profesora de derecho Privado en la Universidad de París, en el VII Congreso Nacional de derecho Sanitario. La sentencia calificó el esperma de accesorio imprescindible para ejecutar la libertad de prestación de servicios profesionales, en este caso los de inseminación artificial. La experta se preguntó si “los gametos eran elementos del cuerpo humano inseparables de la persona sin su consentimiento o mercancías al servicio del deseo de la viuda” (véase *Diario Médico* de 24 octubre 2000). AÍDA KEMELMAJER (“Material genético y reproducción asistida. Reacción jurisprudencial (parte II)”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 7, Bilbao, julio-diciembre 1997, págs. 190 a 192) refiere cuatro interesante casos sobre la materia: 1) En Francia, Alain Parpalaix, antes de someterse a un tratamiento que de seguro produciría su esterilidad, decidió depositar su esperma en Cecos, un centro de salud. Posteriormente murió en un accidente, la familia reclamó el esperma para que la viuda se sometiera a inseminación artificial, pero el centro rechazó el pedido. En agosto de 1984, el tribunal de Cretell ordenó al centro a entregar el esperma. 2) Un matrimonio se sometió a un tratamiento de inseminación artificial, sin embargo, antes que los ovocitos fueran implantados en la mujer, el marido falleció. La viuda emplazó al centro de salud (Cecos) a que le implantaran los embriones congelados, pero la sala 1ª del Tribunal de la Gran Instancia de Rennes sentenció el 30 de junio de 1993 que no se puede obligar al centro de salud a la implantación del embrión supernumerario, pues el marido no había dado su consentimiento para la implantación de embriones *post mortem*. Sin embargo, señala que el centro tiene todas las prerrogativas sobre el huevo, menos destruirlo. 3) La sala 1ª de la Cámara de Apelaciones de Toulouse, el 18 de 1994, rechazó el implante *post mortem* que solicitaba la viuda que se había sometido al tratamiento de fecundación asistida. Además, dicho tribunal dispuso la destrucción de los embriones debido a que el padre nunca prestó su consentimiento para tal implante. 4) Después de haber convivido durante cinco años con Deboreh Hecht, William Kane se suicidó. Anteriormente había depositado líquido seminal en la California Cryobank Inc., y en un testamento atribuía a su conviviente los derechos sobre el esperma criopreservado. Luego de su fallecimiento, la señora Hecht solicitó, sin éxito, al banco de semen la entrega del material genético. Pero el 17 de junio de 1993 la Cámara de Apelaciones de California revocó la decisión anterior que ordenaba la destrucción del semen, y, al contrario, declaró dar validez a la cláusula testamentaria que permitía a la viuda disponer del material genético.

¹⁰⁵ *No se puede utilizar la ley de FIV para evitar los deberes paternos*. “Un Tribunal de Apelaciones del Cuarto Distrito de West Palm Beach, en Florida (Estados Unidos), ha confir-

- Lograr la coincidencia entre el vínculo biológico de paternidad y maternidad y el vínculo social¹⁰⁶.
- Fomentar y resguardar la salud psíquica del niño¹⁰⁷.

mado una sentencia que rechazó la posibilidad de pactar relaciones de hecho con el único propósito de tener un niño, de modo que el futuro mantenimiento del hijo sea a cargo de cualquiera de ellos. El tribunal de Palm Beach ha estudiado la reclamación de una madre que tuvo relaciones con un individuo que le cedió sus derechos y responsabilidades paternas a través de un acuerdo en el que firmó como donante de esperma. La madre terminaría haciéndose cargo del mantenimiento del niño. La madre acudió a los tribunales y ahora esta sentencia ha impedido que el hombre intentara desvincularse del menor probando ante los tribunales del estado que no tenía suficiente solvencia económica para mantenerlo. La madre llevaba 10 años solicitando apoyo económico. ‘La sentencia del tribunal dice que del contrato firmado se desprende claramente que el individuo previó la posibilidad de la reclamación de la madre y la petición de ayuda’, ha declarado su abogado, para quien el fallo ‘es una victoria para los derechos de los niños, para que los padres no puedan pactar excluyendo sus derechos’. Según la ley de Florida, el donante de esperma legal tiene una limitación para proporcionar sus derechos como padre. Sin embargo, esta ley solo se aplica para los casos de reproducción asistida. La resolución judicial del Tribunal de Apelaciones de Palm Beach ha entendido que la madre quedó preñada de forma ‘usual y tradicional’, así que el padre debería ser tenido en cuenta como algo más que un donante de esperma” (*Diario Médico*, Florida, 14 febrero 2002).

¹⁰⁶ *Incesto “in vitro”: una mujer de 62 años y su hermano, padres* (Se abre una investigación judicial para ver si el niño corre peligro), París, 21 junio 2001 (*ZENIT.org*). ¿Cuál será el futuro de un niño alumbrado por una mujer de 62 años, que no es su madre biológica, y que tiene un tío que es su padre y una hermana, nacida una semana después en Estados Unidos, que no tiene la misma madre legal? Al dar ayer la noticia el diario *Le Parisien*, la señora, Jeanine S, una maestra jubilada, reaccionó con estudiada ingenuidad: “No creía que hubiera dificultades”. Es la historia de un niño de tres kilos, nacido el 14 de mayo en Fréjus (sureste de Francia), pero concebido en Estados Unidos. Hace diez meses, a Jeanine, que pasó la menopausia hace ya bastantes años, se le implantó un ovocito de una donante, una joven estadounidense. El semen fue ofrecido por un francés, Robert, hermano de Jeanine, de 52 años, célibe y minusválido, tras un dramático intento de suicidio. Las leyes sobre bioética vigentes en Francia, desde 1994, no habrían permitido nunca el uso de una madre de alquiler, ni inseminar a una mujer de esa edad. Solo pueden beneficiarse de la inseminación *in vitro* las parejas en “edad de procrear, casadas o que viven juntas desde al menos dos años”. Pero Jeanine quería tener un hijo a toda costa y conservar el apellido de su familia destinado a extinguirse ante la incapacidad de su hermano para procrear, según cuenta el reportaje de la publicación francesa. Se dirigió a la clínica Pacific Fertility Center de Los Angeles donde el director, el doctor Vicken Sahakian, a cambio de una suma consistente de dinero, se comprometió a realizar la intervención y Jeanine quedó embarazada. La joven estadounidense, que se ofreció a ser inseminada con el semen de Robert y donó su ovocito fecundado a Jeanine, es la madre biológica del pequeño nacido en Francia. Robert vive en la casa de Jeanine. Es medio ciego y está desfigurado, en una silla de ruedas, después de que se disparó con un fusil en 1955. En opinión de Jeanine, se trata de una ayuda mutua que “a mí me ha permitido ser madre y yo le he ayudado a encontrar una madre portadora para que él tenga su primer hijo”. Pero la historia no acaba aquí: a la donante estadounidense también se le implantó un óvulo fecundado por Robert y dio a luz en Los Angeles a una niña, con el mismo patrimonio genético que el bebé nacido en Francia. Christian Girard, fiscal de Draguignan, anunció este jueves la apertura de una investigación ante el Tribunal de Menores para saber si los dos niños se encuentran en “una posible situación peligrosa” a causa del ambiente familiar en el que han nacido.

¹⁰⁷ *Las malas sorpresas de la fecundación “in vitro” los disgustos legales, económicos y psicológicos la vuelven más sucia*, Toronto, 16 febrero 2002. *ZENIT.org*. El aumento en la

- Reconocer al niño el derecho a indagar su identidad genética (pruebas biológicas) y evitar las prácticas contrarias a la identidad genética (maternidad subrogada).

Dentro de esta corriente jurídica se destacan principalmente:

Alemania, es un país donde pesa la herencia histórica de los experimentos realizados bajo el régimen nazi, de allí su tendencia humanista. Regula parcialmente esta materia con la ley 745 de 1990 (13 diciembre 1990) relativa a la “protección del embrión”, en la que impone drásticas sanciones a la manipulación genética. Además, este país cuenta con las directrices deontológicas fundamentadas por la Comisión Benda (1985) y por el Congreso Médico (1985), que sirven de base jurídica.

Austria, el 1° de julio de 1992 entró en vigor de ley la materia analizada, siguiendo similar orientación que la alemana. En este sentido, solo se permiten las técnicas homólogas, siendo las variantes heterólogas únicamente admitidas en forma excepcional, con una serie de condiciones que la hacen difícil de practicar; así: el espermatozoide debe ser entregado a una clínica que lo utilizará en un máximo de tres parejas, no pudiendo guardarlo más de un año, ni sacarlo de la clínica. A ello se agrega el derecho que tiene el niño, nacido de una inseminación heteróloga, de conocer la identidad de su padre biológico.

Suecia, tiene la ley 1140 (20 diciembre 1984) referente a la inseminación artificial y la ley 711 (14 junio 1988) relativa a la “fecundación *in vitro*”. La primera permite la fecundación heteróloga en mujer casada o de la concubina, reconociéndole al niño el derecho de indagar la identidad biológica de su progenitor. La ley de 1988, por su parte, solo admite la fecundación homóloga. En lo que concierne al respeto de la vida embrionaria, en cambio, la posición sueca se vuelve ambigua, ya que la ley 115 (14 marzo 1991) autoriza la experimentación con embriones de menos de catorce días de vida.

Suiza, mantiene una regulación constitucional¹⁰⁸ sobre la materia. Su nueva Constitución Federal de la Confederación Helvética (noviembre 1999) protege

utilización de la fertilización *in vitro* está dando como resultado un creciente número de niños aislados de uno o de los dos padres biológicos. El deseo de tener hijos a cualquier costo da como resultado tensiones psicológicas y emocionales del más vulnerable: la prole traída al mundo en las clínicas de fertilización *in vitro*.

¹⁰⁸ El antecedente está en la derogada Constitución suiza (art. 24^{novies}) que el 17 de mayo de 1992 fuera modificada por referéndum con el voto favorable del 73,8% de la población.

Artículo 24.—Tanto el hombre como el medio ambiente han de estar protegidos en contra del mal uso de la tecnología genética y reproductiva, en defensa de la dignidad humana, de la persona y la familia.

Se prohíbe la manipulación genética en las células de la línea germinal, la creación de híbridos, las prácticas genéticas de mejora de la raza.

La manipulación de óvulos fuera del cuerpo de la mujer, tiene restricciones.

La donación de embriones y todo tipo de maternidad por encargo está prohibida.

al hombre y a su hábitat contra los abusos en materia de técnicas de procreación y manipulación genética.

Así mismo, consagra los siguientes principios generales (arts. 118 a 120):

- Derecho al uso de la medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano.
- Protección del abuso de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética.
- Uso de las técnicas de procreación asistida para suplir problemas de infertilidad o para evitar la transmisibilidad de enfermedades.
- La donación de embrión y toda otra forma de maternidad sustituta son inadmisibles.
- No se permite el comercio del patrimonio germinal humano ni de los productos del embrión.
- El patrimonio genético de una persona puede ser analizado, registrado o revelado solo con su consentimiento y previa prescripción legal.
- Cada persona tiene acceso a sus datos genéticos.
- Reconocimiento legal del trasplante de células.
- Protección del uso de la ingeniería genética en el ámbito no humano.

Un caso especial que es importante mencionar es el de Costa Rica, que contaba con decreto de la regulación de la reproducción asistida¹⁰⁹. Esta norma contenía disposiciones de protección al matrimonio (solo los cónyuges tenían acceso), a la familia (restricción a las técnicas heterólogas) y pro hombre (evitaba la manipulación genética del embrión), pero fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional de Costa Rica en base a la siguiente conclusión:

“... IX. Conclusiones: B). En relación con lo expresado, cabe concluir que tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A juicio de este tribunal no basta con establecer las restricciones que contiene el decreto, pues la aplicación de la técnica de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria, aun con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, y por tanto, no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de

No puede haber ningún tipo de comercialización con el patrimonio genético humano y con el material embrionario o reproductivo.

Solo se puede examinar, registrar y desvelar si existe consentimiento o mandato del orden jurídico al efecto.

Se protege el patrimonio hereditario de los animales, las plantas y otros organismos para de esta forma asegurar la dignidad y seguridad humana, animal y medio ambiental y proteger la diversidad genética de los diferentes tipos de animales y plantas (véase *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 3, 1995, pág. 348.

¹⁰⁹ Decreto ejecutivo núm. 24.029-S de 3 febrero 1995, publicado en *La Gaceta*, núm. 45, de 3 marzo 1995.

selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. Ha quedado claro a este tribunal que durante la ejecución de la técnica Fivet, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal, pues no se implantan, o bien se implantan, pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo. No es casual que se intente fecundar más de un óvulo por ciclo, pues la transferencia de múltiples embriones al útero de la madre —generalmente no más de cuatro— aumenta las posibilidades de lograr un embarazo. La objeción principal de la sala es que [*sic*] la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de esta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la Fivet implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la sala ha podido constatar, la aplicación de la técnica de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos —voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de esta— viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4º de la Convención Americana sobre derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas. Salvan el voto los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda y declaran sin lugar la acción”¹¹⁰.

¹¹⁰ Exp. 95-001734-0007-CO. Res. 2000-02306. Sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, 15 marzo 2000. Acción de inconstitucionalidad promovida por Hermes Navarro Del Valle, portador de la cédula de identidad 1-618-937 contra el decreto ejecutivo núm. 24.029-S, publicado en *La Gaceta*, núm. 45, de 3 marzo 1995.

Luego de revisadas estas dos marcadas tendencias en el derecho europeo es de necesidad imperante repensar y reformular la protección jurídica que tiene el ser humano en nuestro medio. Para ello tomemos en consideración que el derecho debe asegurar la dignidad de las personas, instrumentando todas las medidas existentes, a fin de que el ser humano no sea reducido por las biotecnologías a la categoría de una “cosa”. Así mismo, el derecho debe cautelar la integridad de la familia antes que los fines de la ciencia, evitando la atomización y artificialización de la familia biológica, pues la familia de raíz biológica constituye un verdadero bien jurídico protegido.

La eliminación de la familia biológica, provocada por el empleo de gametos de terceros anónimos, la fecundación eugenésica *in vitro* y la gestación en mujeres portadoras, nos está conduciendo a cortar todo lazo con el pasado, con el futuro, y a vivir en un presente solitario e impersonal, constituyendo familias e individuos aislados, que solo se relacionan con sus semejantes por vínculos de carácter voluntario.

§ 129. PROYECCIÓN JURÍDICA Y LEGAL

La regulación jurídica de las Teras en general, así como la experimentación científica sobre el hombre, merecen una protección social y una determinación legal inmediata, ya que los problemas que plantea el desarrollo de la tecnología al derecho son intrincados y espinosos porque afectan cuestiones éticas fundamentales y ponen de manifiesto y en real peligro la verdadera naturaleza de la vida humana.

La futura legislación debe tener en cuenta los siguientes principios:

- Proteger al concebido y a la persona y permitir la fecundación asistida solo como un remedio a la infertilidad.
- La libertad de investigación científica dentro de los límites de la plena integridad psicosomática, salud, intimidad y dignidad humana.
- Estricto respeto a las reglas de la procreación en las fases de experimentación.
- Fijar las pautas de la identificación, consentimiento e información de las partes intervinientes.
- Deducir responsabilidad médica por la manipulación o investigación científica no autorizadas o contrarias a las normas comunes de la conducta biosocial.
- Sancionar la negligencia, así como el no haberse asegurado del consentimiento libre e informado del paciente.
- Penalizar la ejecución de técnicas contrarias a las leyes de la naturaleza.
- Fijar las pautas de reparación integral de la víctima por daños.

- Determinar la prohibición de publicar los resultados de la experimentación con consecuencias dañinas.
- Evaluar los riesgos y poner limitaciones.

Con similar criterio HERNÁN CORRAL TALCIANI¹¹¹ nos dice, desde la perspectiva jurídica chilena, que tres deben ser los principios para extraer criterios legislativos en materia de reproducción asistida:

- La protección de la vida y la dignidad de la persona humana.
- La consideración preferente de los intereses y derechos del niño.
- La protección de la familia, cuyo caude de constitución, social, jurídica y éticamente deseable, se encuentra en el matrimonio.

Como refiere el gineco-obstetra colombiano ELKIN LUCENA (creador del primer bebé probeta en latinoamérica, 1985), “Están los países en la obligación de legislar no solo al unísono de la ciencia, sino adelantándose a la misma que marcha a pasos agigantados, hacia el provenir, descubriendo cada día nuevas cosas, que asombran a la humanidad. Es indudable que se impone la necesidad de que los científicos, propicien la conciencia en los pueblos, que deban legislar sobre todas estas situaciones nuevas, para evitar el desajuste de la sociedad con la ciencia”¹¹².

Una legislación de este tipo en nuestro medio es de suma urgencia, puesto que se comienza a desnaturalizar los principios esenciales de la paternidad, de los derechos del concebido, de la persona y de la familia. Esto representa actualmente un reto para el derecho nacional que deberá tener en cuenta que la ciencia cumple la función básica de estar al servicio exclusivo del hombre y no el hombre al servicio del desarrollo científico.

§ 130. ACTUALIDAD LEGAL

En Perú no existe una legislación uniforme que regule las técnicas de reproducción asistida.

La ley general de salud establece lineamientos básicos y por demás genéricos (art. 7º) para regular el tema:

- El reconocimiento del derecho a la salud reproductiva exclusivamente para el caso de las personas que sufren de esterilidad.
- El derecho a la procreación permite recurrir a los métodos asistenciales.

¹¹¹ HERNÁN CORRAL TALCIANI, *Procreación médicamente asistida*, en Separata del Seminario de derecho de matrimonio y familia, Pontificia Universidad Católica de Chile, octubre 1994, pág. 46.

¹¹² ELKIN LUCENA, *Panel de inseminación artificial humana*, Lima, Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad, octubre 1978.

- Las técnicas de reproducción son medios para el tratamiento de la infertilidad y el logro de la procreación, estableciéndose como métodos supletorios.
- Evitar su uso inadecuado, siendo aplicadas en problemas reproductivos con una finalidad terapéutica.
- El consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos es necesario para toda práctica de reproducción asistida.

Estas consideraciones han llevado a considerar la existencia del denominado derecho a la procreación asistida. Sin embargo, la ley general de salud ha dado pautas básicas que deberán desarrollarse ampliamente y se consideran temas como los derechos del concebido, el consentimiento de la pareja que accede a estas técnicas, la fecundación de mujeres solas y la determinación del vínculo paterno-filial, entre otros.

TÍTULO TERCERO

SOCIOECONOMÍA, GENÉTICA Y LEY

BLANCA

CAPÍTULO OCTAVO

FUNDAMENTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DEL DESARROLLO DE LA GENÉTICA Y SU INFLUENCIA SOBRE EL SER HUMANO

La tecnología y el derecho son probablemente los factores que más influyen en el desarrollo económico y social.

No obstante, y hasta hace muy poco, tecnología y derecho caminaron cada cual por su lado, ignorándose mutuamente, sin compartir sus afinidades ni delineando responsabilidades. Aunque sin reconocerse explícitamente, siempre han estado vinculados, y prueba de ello son los precedentes de protección jurídica a las invenciones¹.

Como parte de la tecnología hoy tenemos la genética que ha revolucionado los principios tradicionales del derecho. En este sentido, es importante determinar de qué manera este cambio implica un perjuicio individual o familiar en el ser humano o una ventaja económica en las relaciones personales o sociales.

Conscientes de que actualmente somos partícipes de la aparición de un nuevo derecho —el genético—, debemos estructurar sus bases y principios en protección del ser humano, para lo cual es necesario realizar un estudio integral socioeconómico de la forma como el derecho crea sus instituciones y normas, tomando en cuenta la vivencialidad y relacionismo del hombre.

Sección I. *Derecho, genética y economía*

§ 131. ESTRUCTURACIÓN Y NECESIDAD DE DERECHO

Para estructurar sus normas el derecho tiene que tomar en cuenta elementos individuales y relaciones sociales, a fin de crear un marco jurídico adecuado en defensa y protección del sujeto de derecho, el ser humano. El derecho es la propia vida, interactuante y de interés jurídico y no puede ser analizado desde una perspectiva unitaria y esquemática, sino pluridisciplinaria y variada, a fin

¹ Véase a MARCEL-LI CURREL SUÑOL y MARCEL-LI CURREL ÁGUILA, “La tecnología y el derecho, el técnico y el jurista: su conjunción en la protección de las invenciones”, en *Libro Homenaje a Héctor Baylós*, Barcelona, AIPPI, 1992, pág. 181.

de reglar efectivamente la convivencia humana. Para ello, el derecho se sirve de aspectos sociales, económicos, políticos, religiosos, filosóficos, científicos, éticos, etc., con los que estructura normas de conducta que *deben ser* respetadas y tomadas en cuenta *en y por* la sociedad.

El desarrollo vertiginoso de la ciencia y la tecnología han permitido al derecho actualizar muchos de sus principios, postulados y dogmas, sin descuidar su finalidad (lograr la paz social y la sana convivencia). Así mismo, las inversiones, las relaciones comerciales, el lucro y la patrimonialidad (poder y riqueza) han creado una perspectiva y una forma de estudio singular en el mundo jurídico, tomando principios económicos (costo, productividad y maximización) para normar las relaciones.

Sin embargo, lo expuesto no es nada nuevo, sino algo lógico. Pues la vida es un *todo* y el derecho debe ir tomando cautelosamente, previa valoración, cuanto elemento vivencial se presente.

El hombre tecnócrata (ALVIN TOFFLER) o el *homo æconomicus* (ADAM SMITH) no es lo único en lo que piensa hoy el derecho.

§ 132. SOCIOBIOLOGÍA, ECONOMÍA Y GENÉTICA

Según MAURICIO SCHOIET², la sociobiología, que nace a finales de los setenta³, es el conjunto resumido de varias ciencias como la etología, ecología, zoolo- gía, entomología y genética. Su objetivo es el estudio de la base biológica del comportamiento humano (relacionar todo lo social a algo biológico). Es una especie de teoría neoevolucionista de DARWIN con matices de reforma de bases genéticas, estableciendo que la última unidad de la cadena evolucionista es el *gen*, no el organismo.

Partiendo de la hipótesis de que todo comportamiento humano tiene una base biogenética, se arriba teóricamente al denominado *altruismo individual* que se refleja en los casos de selección de los individuos, en la crianza de los hijos, en la dominación masculina, en la guerra, en la división del trabajo y en los roles sexuales. El dinero y la riqueza pasará a ser lo que fije, en definitiva, las dife- rencias antes citadas que se van transmitiendo de generación en generación.

Existe, pues, una supuesta síntesis entre genética y economía al determi- nar que el dominio, el poder y la riqueza son productos de factores heredados de generación en generación, es decir, genéticos.

² MAURICIO SCHOIET, "La sociobiología", en *Sociológica*, año 8, núm. 23, septiembre- diciembre 1993, pág. 49.

³ Para mayor referencia, véase a EDWARD O. WILSON, *Sociobiology: The New Synthesis*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1975.

§ 133. ECONOMÍA, GENÉTICA Y DERECHO

La vida no es cuestión de números,
es cuestión de seres humanos.

Las experimentaciones tendentes a lograr nuevos conocimientos y encontrar la fuente inagotable de la vida son parte del progreso de las ciencias biomédicas.

La manipulación genética, como experimentación que busca variar la composición natural de los seres, es un típico caso que representa el fin cientificista antes que el humanista. Aquí está de por medio el lucro o ganancia antes que la protección del ser humano, pues su fin es el aprovechamiento máximo de los descubrimientos genéticos en pro del avance científico sin prever o considerar los perjuicios provocados en la humanidad.

Un procedimiento por demás típico de manipulación genética es la clonación. Sobre este nos preguntábamos en nuestra tesis de maestría si “puede ser utilizado para consolidar y proyectar la producción y productividad de una sociedad de consumo. Es decir, la creación de clones con características específicas para cumplir los trabajos y tareas que determinada comunidad requiera”⁴.

Si equiparamos la manipulación a la instrumentalización del ser, al daño y a la ganancia, permítasenos condenar estas técnicas, así como la patrimonialidad humana y las relaciones económicas sobre el *soma* que son utilizadas y fomentadas mediante la manipulación genética con fundamento en los postulados que iremos desarrollando.

§ 134. BASES DEL DERECHO FRENTE A PRINCIPIOS DE LA ECONOMÍA

Las bases del derecho que encuentran un sustento en defensa del ser humano frente al avance de la genética y el carácter económico que le da la misma, son las siguientes:

⁴ Tesis para optar el grado académico de magíster: *Clonación: la manipulación genética frente al derecho*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1996, pág. 115.

Aclaremos aún más este punto en la nota 127, remitiéndonos a la idea de BORIS YUDIN, quien nos dice: “El cuadro de una sociedad compuesta por generaciones de individuos genéticamente idénticos, en la cual la divulgación de los diferentes genotipos es determinada por la popularidad de que gozaran antes los ídolos de las tablas y las estrellas del deporte que brillaron diez, veinte o treinta años atrás, y con cuyas genocopias está poblada esa sociedad, no solo es el cuadro que representa la proyección en el futuro de las investigaciones actuales para la reproducción clonal. Es, al mismo tiempo —y quizás en primer término—, la proyección de las relaciones sociales de la ‘sociedad consuntiva’, que forma en el individuo los *standards* de consumo y un horizonte espiritual *standard*”. Véase “Límites de la genética y la ética”, en *Ciencias sociales*, núm. 4 (26), Academia de Ciencias de la URSS, Bogotá, Edit. CEIS, 1976, pág. 203.

- En el ser humano prima la dignidad, igualdad, libertad y solidaridad (base esencial para el surgimiento de los derechos de la persona) frente al individualismo, a la iniciativa privada o al contractualismo, que son aplicables a los objetos, no al ser humano.

- El cuerpo humano es indisponible y por esta razón no puede ser objeto de derecho de propiedad⁵.

- El cuerpo humano es inviolable e intangible su patrimonio genético.

- La esencia humana se contrapone con la ventaja en la contraprestación económica. El cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres⁶, no es un artículo de consumo que se puede negociar con él o con algunas de sus funciones propias e inherentes.

De estos cuatro principios vemos que el derecho centra su protección en la vida y esto es el ser humano: principalmente vida, socialmente relación y, ocasionalmente pasión. Ha sido creado por la Divinidad y es producto de una evolución basada en el dolor. Como tal no puede ser medio de riqueza o de lucro, sino un fin en sí mismo.

El hombre es un ser biológico, y por ello reproductor, lo cual (cuerpo y función) no es negociable económicamente. Las funciones sexuales y procreativas han sido creadas naturalmente para cumplir fines mediante la dualidad heterosexual.

El cuerpo humano y sus elementos poseen dignidad propia y, en cuanto tales, no darán origen a ganancias económicas⁷. No puede ser explotado con ánimo de lucro. La cesión o desprendimiento de una parte del cuerpo o de algu-

⁵ El informe Warnock establece que: “62. Debe promulgarse una legislación que garantice la no existencia de un derecho de propiedad sobre un embrión humano”.

⁶ *Corpore humane est res extra commercii mancipi* (el cuerpo humano está fuera del comercio), ley general de salud, art. 45, *in fine* ... “Los establecimientos de salud solo podrán disponer de órganos y tejidos con fines de trasplante o injerto a título gratuito” y art. 116 “Queda prohibido el comercio de cadáveres y restos humanos”. Así mismo, el reglamento de la ley de trasplante de órganos, DS. 014-88-SA, indica, “art. 3°.—Ninguna cesión de órganos o tejidos para trasplantes o injertos, entre seres vivos o procedentes de un cadáver, podrá realizarse en forma onerosa o bajo modalidades encubiertas de compensaciones, ventajas, beneficios de orden pecuniario, económico o contraprestaciones de similar o análoga naturaleza. Todo acto en contra es nulo. El cuerpo humano y, en su caso, sus restos mortales, carecen jurídicamente de significado económico-patrimonial. Toda cesión o disposición de órganos o tejidos efectuada de conformidad con la ley, responde al supremo valor de la solidaridad humana”. En el mismo sentido, el art. 2° de la ley 27.282. El Código de ética y deontología del Colegio médico del Perú establece, “Comete falta grave contra la ética profesional, el médico que, con propósito de lucro o sin él, propicia o ejecuta tráfico o comercio de material genético, partes de células, células, tejidos u órganos de origen humano, sin perjuicio de las responsabilidades civil y penal que puedan corresponderle” (art. 23). Véase a ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Derecho médico*, núm. 510, nota 2.

⁷ MARCELO PALACIOS, “Informe sobre el proyecto de Convenio de Bioética”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 3, 1995, pág. 308.

nos de sus elementos debe cumplir un fin solidario, humanitario y altruista. La vida es un don, no un bien que sirva para concretar una relación jurídica patrimonial.

El análisis económico es aplicable a los bienes (materiales o inmateriales, tangibles o intangibles), los principios naturales y derechos de las personas no pueden ser estrictamente explicados en términos económicos y menos aún el ser humano, por el cual existen y surgen. Ello es más que deshumanizante.

Analizar el costo-beneficio económico en el hecho de suplir técnicamente la infertilidad en aras del cumplimiento cabal del ejercicio del derecho a la procreación, implica limitar esta función biológica trascendental al área patrimonial⁸.

Liberalizar económicamente la aplicación de la genética en el ser humano traerá grandes repercusiones sociales en la persona, la familia y la humanidad.

Sección II. Prácticas económicas con elementos genéticos

La utilización económica del genoma humano está dada, entre otros casos, en los siguientes:

§ 135. PATENTE

La patente es una forma de propiedad respecto a una invención a fin de proteger la idea o ingenio humano. Solo se pueden patentar las invenciones, no lo que existe en la naturaleza. Las fuertes inversiones de dinero en los experimentos genéticos, como la búsqueda de información y localización de genes del Proyecto genoma humano, la creación de nuevas especies de animales y vegetales llevan a los científicos a proteger sus trabajos por medio de la patente. Pero, ¿puede patentarse un gen o una especie viviente?

El cuerpo humano no puede ser limitado por un poder jurídico adquirido por un título administrativo, lo que se puede patentar es el antídoto o medicamento, mas no la causa biosomática de la enfermedad⁹, el procedimiento o la técnica utilizada para obtener el resultado, no el hallazgo de un elemento humano.

⁸ La Declaración de la Asamblea de Obispos de la República Federal de Alemania (1985) establece que: "5. Los niños no existen únicamente para responder al deseo de sus padres. Es necesario tomar como punto de partida al niño y a la responsabilidad para su futuro con más fuerza que hasta ahora. 6. Los hijos deben a los padres su existencia. Pero no son un producto de su planificación. Aun en el marco de una paternidad y maternidad responsables, son siempre un don del mutuo amor de los esposos y del Dios Creador".

⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, "Derecho genético: personas y familia" en *Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas*, t. I, Universidad de Lima, 1995, pág. 157.

El profesor PIERRE CÜER¹⁰ establece que con el descubrimiento de la genética, hace 131 años, surgieron las patentes sobre las materias vivas¹¹:

- Nuevas variedades artificiales de plantas. Los intereses económicos de los industriales de la biotecnología y de los granjeros (plantas transgénicas) presionaron a la Comisión de las Comunidades Europeas de Bruselas y el Parlamento Europeo para que se les otorgue la autorización para patentar materia biológica.

- Bacterias. Admitido a partir de 1980 por decisión del Supremo Tribunal de Estados Unidos. La primera patentada fue aquella que consume petróleo, luego se incluyeron los virus, enzimas e hibridomas, utilizados como ‘herramientas genéticas’.

- Seres vivos (animales). Admitido en Estados Unidos por ciertos fallos judiciales, siempre que se demuestre la novedad, mérito inventivo y aplicabilidad industrial. Dentro de estos están los animales multicelulares y los transgénicos¹².

Dejamos planteada la pregunta formulada por PIERRE CÜER¹³, ¿quiere el hombre verdaderamente explotarse a sí mismo y situarse en el conjunto de objetos patentables, económicamente rentables? Acaso, no es lo mismo que, así como no son patentables los elementos atómicos (un isótopo, núcleos o reacciones nucleares) permitir patentar elementos humanos sería peligroso para el futuro de la humanidad.

De esta manera, se descarta la posibilidad del patentamiento de materias orgánicas humanas. La investigación sobre el cuerpo humano no supone ninguna invención, simplemente descubrimos lo que previamente no conocíamos. Los descubrimientos no son patentables.

¹⁰ PIERRE CÜER, “¿Pueden patentarse secuencias utilizables extraídas del genoma humano?”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 3, 1995, pág. 219.

¹¹ Las etapas de evolución de las patentes sobre organismos vivos tiene tres fases: 1. Invención de plantas y organismos, 2. Descubrimientos de animales transgénicos, y 3. Protección de los descubrimientos genéticos en el ser humano (JUAN LUIS IGLESIAS PRADA, “La patentabilidad de los genes humanos”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 3, 1995, págs. 112 y 113.

¹² El 12 de abril de 1988, con el núm. 4.736.866, la Oficina de Patentes de Estados Unidos concedió la primera patente por un animal. Un ratón en el que en sus tejidos embrionarios se introdujeron genes de cáncer activados. El nuevo animal, conocido como el *Ratón de Harvard*, es un valioso detector de cáncer y los ensayos realizados con sustancias químicas cancerígenas se efectúan en condiciones comparables a las de un ser humano expuesto en las mismas condiciones (ROBERTO MEYER, “Protección de inventos biotecnológicos”, en *Derechos intelectuales*, 1991, núm. 5, págs. 178 y 179.). Sin embargo, la patentabilidad de mamíferos transgénicos podría abrir el camino a la elaboración de quimeras humanas (PIERRE CÜER, ¿Pueden patentarse secuencias utilizables extraídas del genoma humano?, en *loc. cit.*).

¹³ CÜER, *op. cit.*, pág. 220.

La Ley francesa 94-653¹⁴ (que modificó el Código de Propiedad Industrial) dice que no son materia de patente el cuerpo humano, sus elementos y sus productos, así como el conocimiento de la estructura total o parcial de un gen humano. Así mismo, penaliza el hecho de patentar una práctica eugenésica tendiente a la selección de las personas (20 años de cárcel).

De igual manera, nuestra ley de propiedad industrial (decr.-leg. 823) menciona (art. 28 c.)¹⁵ que no serán patentables las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo. Tomando dicha base, en el proyecto de Ley de Enmiendas del Código Civil peruano de 1984¹⁶ la Comisión de derecho de las personas consideró necesario incorporar como normas legales los principios que inspiran el derecho genético¹⁷, precediéndose a reformular el artículo 5° del Código Civil¹⁸ garantizando la indisponibilidad del cuerpo humano. Al respecto, el mencionado proyecto indica (art. 5° *bis*) que el cuerpo humano, los órganos, tejidos, células y productos del mismo no pueden ser objeto de derechos patrimoniales ni son patentables. Citando a SALVADOR BERGEL, “el tema de la concesión de patentes sobre material genético humano compromete áreas muy sensibles, cuya articulación se vuelve cada día más compleja. Constituye un tarea fundamentalmente política decidir a la luz de la evolución de la sociedad [...] las medidas que deben tomarse para conciliar las normas morales de general aceptación, la investigación científica y la explotación comercial [...]. Hasta que ello no ocurra, seguirá imperando un gran desorden que será crecientemente aprovechado para extender el patentamiento de material genético a límites tal vez nunca imaginados”¹⁹. Independientemente de la máxima protección al ser humano, los casos de animales o plantas transgénicos, productos químicos o similares sintetizados por plantas, animales, microorganismos, como vacunas, antígenos, interferones, hormonas, enzimas, etc., quebrantan las leyes naturales al ser creados artificialmente.

¹⁴ El 29 de julio de 1994 entró en vigencia la ley 94-653 relativa al *respeto del cuerpo humano*. Esta ley está compuesta de 3 títulos: título I, Del respeto del cuerpo humano; título II, Del estudio genético de las características de una persona y de la identificación de una persona por sus huellas genéticas y, título III, De la filiación en caso de fecundación médica asistida.

¹⁵ Su antecedente, la ley general de propiedad industrial (decr.-leg. 26.017), mencionaba: “Artículo 29.—Son patentables todas las invenciones, salvo las siguientes: (...) c) Las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo (...)”.

¹⁶ Diario Oficial *El Peruano*, de 7 enero 1995.

¹⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, “El derecho genético : personas y familia”, en *Los diez años del Código Civil peruano: Balance y perspectivas*, op. cit., págs. 147 a 160.

¹⁸ Véase *Cuadernos de Derecho*, núm. 4, Lima, Universidad de Lima, 1994, págs. 96 a 100.

¹⁹ SALVADOR BERGEL, “Patentamiento de genes y secuencias de genes”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 8, Bilbao, Universidad de Deusto, 8, enero-junio 1998, pág. 58.

§ 136. PUBLICIDAD

Hoy, en diversos medios, se hace publicidad a la compra de semen, de óvulos, de órganos, de sangre, o el alquiler de vientres que, por su propia naturaleza, no pueden comercializarse ni ser ofrecidos como productos mercantiles. La ley francesa 94-654²⁰ prohíbe la publicidad en favor de la donación de elementos o de productos del cuerpo humano en aprovechamiento de una persona o en beneficio de un establecimiento u organismo determinado. Esta prohibición, explícita de la ley, no será obstáculo para la información al público en favor de la donación de elementos y productos del cuerpo humano.

§ 137. COMERCIALIZACIÓN

Incluida nuestra legislación, las leyes que regulan los trasplantes de órganos en países como Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá y Venezuela, prohíben expresamente la comercialización de órganos. Sin embargo, existen excepciones: en Bolivia la comercialización está permitida con fines de beneficencia, en Colombia por razones de grave desastre público o solidaridad humana, en Costa Rica se considera una profanación de cadáveres (delito), en Chile y Ecuador son actos nulos y sin valor²¹.

El Informe Warnock indica que en los casos de donación de semen solo se cubrirán los gastos en que incurra el donante (26). Refiere que la compraventa de gametos o embriones humanos debe constituir un delito (50), sin embargo, permite su compraventa (17) con autorización del organismo correspondiente.

El Informe Palacios, por su parte, menciona que la donación de gametos y embriones humanos no tendrá carácter lucrativo y comercial, y solo se compensará a los donantes los gastos correspondientes (pérdida de ingresos ocupacionales o gastos de desplazamiento) (38). Prohibir el funcionamiento de instituciones no autorizadas para realizar las técnicas de fecundación asistida para evitar el tráfico de gametos o embriones humanos (39). Establece sanción a las personas que trafiquen mercantilmente con embriones o gametos humanos (40).

De acuerdo con las pautas del Proyecto de Recomendaciones del CAHBI, 1984, la *ley española de técnicas de reproducción asistida*, ley 35 (art. 5º), indica

²⁰ El 30 de julio de 1994 entró en vigencia la ley núm. 94-654 relativa a *la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, de asistencia médica para la procreación y el diagnóstico prenatal*. Cuenta con 24 artículos que modifican el Código de la Salud Pública en lo referido a la materia. En su contenido se determinan los principios generales de la procreación médicamente asistida.

²¹ Véase a HERNÁN L. FUENZALIDA-PUELMA, "Trasplante de órganos. La respuesta legislativa en América Latina", en *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, vol. 108, núms. 5 y 6, 1990, pág. 459.

que la cesión de gametos y preembriones es gratuita y nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. Por su parte, la *ley española sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos*, ley 42 (art. 2º), manifiesta que la cesión y utilización de embriones o fetos humanos o de sus estructuras biológicas nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.

La Declaración de Bilbao sobre aspectos legales del Proyecto genoma humano (1993)²² indica en sus conclusiones (4) que el cuerpo humano, y desde la perspectiva de la dignidad de la persona, no debe ser susceptible de comercialización. No obstante, se permitirá la disponibilidad gratuita y controlada con fines terapéuticos o científicos.

La ley francesa 94-654 establece como regla general no obtener beneficio económico alguno por óvulos, esperma, embriones o cualquier otro elemento humano. Sin embargo, la pérdida de ganancias, así como los gastos de transporte y otros causados directamente por la donación, podrán restituirse al donante. Indica que el embrión no podrá ser concebido para ser utilizado con fines comerciales. Para la ley francesa 94-653, que modifica el Código Civil, el cuerpo humano, sus elementos y sus productos no pueden ser objeto de derecho patrimonial. Así, toda convención que tenga por efecto conferir un valor patrimonial al cuerpo humano, a sus elementos o a sus productos es nula. Ninguna remuneración puede ser dada a quien se preste a una experimentación sobre su persona, a la extirpación de elementos de su cuerpo o a la recolección de productos de este. Se penaliza la obtención de órganos, gametos, embriones de una persona, mediando pago, cualquiera que sea la forma.

El proyecto de ley argentino de ALBERTO A. NATALE y JOSÉ M. ANTELO²³ (art. 4º) dice que los gametos y preembriones están fuera del comercio.

En el caso especial de la maternidad subrogada (o de alquiler) en nuestro medio, ALFREDO BULLARD indica que “la capacidad reproductiva humana es, a pesar de la tecnología, un recurso relativamente escaso (...) ser padre o madre es uno de los más hermosos canales para conseguir la realización humana. No dejar que la capacidad reproductiva pueda ser puesta al servicio de dicha realización, no solo puede ser económicamente ineficiente, sino incluso humanamente injusto”²⁴. Este pensamiento, si bien lógico y coherente desde el punto de vista de un análisis económico del derecho, se estrella contra los principios morales y éticos de la dignidad de la persona, la cual es un *fin en sí misma*, no

²² “Reunión Internacional sobre el derecho ante el Proyecto Genoma Humano. La Declaración de Bilbao”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 1, 1994, págs. 215 a 219.

²³ El proyecto de ley de Alberto A. Natale y José M. Antelo, puede revisarse en VARSÍ ROSPIGLIOSI, “Derecho civil I”, en *Material de lectura*, Lima, Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, separata núm. 252.

²⁴ ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ, “Advertencia: El presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el derecho contractual”, en *Ius et veritas*, año v, núm. 10, Lima, pág. 63.

un *medio*, y como tal no puede ser tratada como un objeto de satisfacción de intereses individuales o ser reducida al *status* de cosa (reificación de la persona). Pero la pregunta siempre queda latente, ¿puede el interés individual de ser progenitor ser satisfecho utilizando cualquier medio?, es más, debe prohibirse la liberalización y el mercado de la procreación.

Por su parte, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos indica que “El genoma en su estado natural no puede dar lugar a beneficios pecuniarios”(4 b).

§ 138. EXPORTACIÓN O IMPORTACIÓN

El llamado turismo biológico se da en aquellos casos de personas que realizan viajes exclusivamente para comprar órganos, productos de tecnología genética o reclutar personas (normalmente de bajos recursos económicos) para experimentar con ellas. Esto es sustentado, en buena medida, por el Informe Palacios estableciendo la prohibición de la importación de gametos o embriones humanos (9).

§ 139. INDUSTRIALIZACIÓN

“Después de tanto pretexto humanitario, al final se descubre que primaban las motivaciones pecuniarias... La fecundación artificial se ha convertido en un mero negocio que ha provocado el descuido de la lucha contra la esterilidad”.

ROBERT WINSTON

Padre de la probeta en los años 60²⁵.

El Proyecto de Recomendaciones del CAHBI, 1986, solicita que se investigue sobre el comercio de embriones y fetos muertos, limitando la utilización industrial de sus productos y tejidos. La utilización de embriones, fetos, o de sus tejidos, no se podrá hacer con fines lucrativos ni dará lugar a remuneración alguna. En el mismo sentido, en Francia la ley 94-654 (art. 18) penaliza la fecundación *in vitro* con fines industriales o cosméticos y, la ley 94-653 (art. 9º) penaliza el hecho de procederse a la fecundación *in vitro* de embriones para fines industriales o comerciales, sancionando de igual manera a quien utilizare embriones humanos para dichos fines.

Casos especiales, pero no únicos, de aplicación industrial de la genética son la criogenia y el descarte de embriones.

²⁵ Véase a ANTONIO GARCÍA MUDARRA, en “El padre de la probeta se retracta”, *Hispanidad*, núm. 1084, 26 octubre 2000.

§ 140. DE LA ESCLAVITUD FÍSICA A LA ESCLAVITUD GENÉTICA

Una persona nacía siendo esclavo o podía convertirse en ello. Un esclavo era un ser humano cuya *propiedad* correspondía a un dueño, significándole poder en cuanto al número que de ellos poseía y riqueza con su intercambio o venta. La esclavitud vulneraba los principios de igualdad y libertad que le corresponden al hombre, pues el *dominus* tenía disposición de vida y muerte sobre el esclavo, pudiendo castigarle, venderle o abandonarle.

Hoy en día, la influencia de la genética es básica desde el ámbito terapéutico, sin embargo, su utilización eugenésica puede llegar a convertirnos en esclavos del determinismo genético fomentado por el Estado, ya que, a fin de mejorar la producción o productividad, es capaz de crear o generar hombres de acuerdo con sus necesidades: mineros de baja estatura y amplia capacidad torácica, nadadores espigados, aviadores insensibles a la altura y a las grandes velocidades, o gente hecha exclusivamente para ser obrera, administrativa o científica²⁶.

Esta predeterminación en la constitución física del hombre tiende al llamado reduccionismo genético, es decir, ir hacia el *todo genético* o a un determinismo biológico, a fin de encontrar una solución en la que primen la voluntad personal, el antojo científico o intereses económicos frente al verdadero bienestar del ser humano. Así, lo humano no es (solo) genético ni (tampoco) social, sino interrelacional. Un caso especial, en el que se ha comprobado el reduccionismo son los tests de genética prenatal que tienden a alentar el aborto.

Merecer un castigo tal como el haber sido predeterminado en nuestra composición genética (reducido a lo meramente genético) es algo aberrante o similar a una esclavitud. Sería un caso actualizado de los *servi poena*, aquellos esclavos que no tenían más dueño que su castigo, como los condenados a las minas, a las bestias feroces o al internamiento en una escuela de gladiadores²⁷.

¿Acaso debemos dar una ley *Petronia geniticus* para frenar la barbarie científica, la dependencia determinante y subordinación plena del hombre al manejo de sus semejantes, de las leyes de la herencia y la creación de paraísos genéticos?²⁸. Creo convencidamente que sí.

§ 141. PROTECCIONISMO BIOTECNOLÓGICO: PODER, PATENTE Y GENÉTICA

Como ya dejamos esbozado, la propiedad intelectual es una eficaz herramienta para el desarrollo económico. En este sentido, la biotecnología como

²⁶ ALDOUS HUXLEY, *Un mundo feliz*, Barcelona, José Janés Editor, 1952.

²⁷ Véase a EUGÈNE PETIT, *Tratado elemental de derecho romano*, Buenos Aires, Edit. Albatros, 1980, pág. 110.

²⁸ Son aquellos lugares idealizados en los que se han creado seres a voluntad, a predisposición absoluta del hombre (CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, xxvi, Madrid, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pág. 514.).

campo nuevo, emergente, vital y económicamente importante con sus variadas aplicaciones en el área farmacéutica, industrial, cosmética, alimentaria, agropecuaria, ambiental, así como sus inagotables invenciones, debe ser protegida por un sistema de propiedad industrial adecuado.

La biotecnología también ha permitido el desarrollo, expansión, fortalecimiento y universalización del sistema de propiedad industrial, que se ve sustentada, conforme lo detalla CARLOS MARÍA CORREA²⁹ en los siguientes hechos:

En los países industrializados se advierte un aumento de gastos en investigación y desarrollo. El sector farmacéutico no ha escapado a esta tendencia, sus costos de inversión y desarrollo han evidenciado una tendencia ascendente debido a la incursión de la biotecnología, que abre nuevas fronteras a la investigación farmacéutica. Las inversiones de bioempresas (Merck, Ajinomoto y Genentech) son astronómicas.

Estas operaciones económicas determinan tratos comerciales especiales. Las convocatorias a licitación para obtener bioproductos son comunes (v. gr., en el desarrollo del interferón compitieron más de 30 empresas).

La creciente internacionalización de la industria farmacéutica se ve impulsada por la economía de mercado, cada vez se invierte más en este rubro.

La lucha competitiva en el sector biotecnológico y la demanda cada vez mayor de sus productos.

La protección para extender en el tiempo los beneficios de las nuevas drogas introducidas.

Estos casos determinan la demanda de patentes en el sector, convirtiéndose en una herramienta indispensable del comercio internacional de las grandes empresas biofarmacéuticas. Así, para que un producto pueda estar en el mercado es necesario que tenga patente, es el *be or not to be* de esta industria. La patente es una herramienta indispensable para la dominación del mercado. Por su naturaleza, “protege al inventor y permite al inversor recoger en *exclusiva los beneficios económicos derivados de ella*, aunque normalmente con un límite temporal, lo que deja de plantear problemas éticos ligados al economicismo”³⁰. Sin embargo, es de aclarar que con la patente de los productos biotecnológicos, como refiere CARLOS MARÍA CORREA, “no solo están en juego los mercados actuales, sino, y sobre todo, el desarrollo futuro de la industria y el acceso a los productos de una nueva revolución terapéutica”³¹.

²⁹ CARLOS MARÍA CORREA, “Patentes, industria farmacéutica y biotecnología”, en *Revista de Derecho Industrial*, año 12, núm. 35, mayo-agosto 1990, págs. 337 a 342.

³⁰ AUGUSTO LÓPEZ CARDOSO, “Breves notas sobre el dictamen del Consejo Nacional de Ética para las ciencias de la vida de Portugal en relación con la protección jurídica de las invenciones tecnológicas”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 3, 1995, pág. 273.

³¹ *Op. cit.*, pág. 343.

§ 142. CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS INTERVENCIONES BIOGENÉTICAS

La biotecnología y la genética son usadas actualmente con fines lucrativos o de carácter mercantil, ya que las ventajas obtenidas con su uso y aplicación generan grandes recursos económicos, de allí que sea necesario encuadrar su utilización.

Dentro de la problemática presente, futura o futurista de las intervenciones genéticas en el ser humano, siguiendo a FERRANDO MANTOVANI³², consideramos la existencia de dos tipos de concepciones:

A) *Utilitarista*

En la que el hombre es entendido como hombre-cosa, hombre-masa, hombre-medio, y como tal instrumento al servicio de los fines extrapersonales de los diversos utilitarismos.

El corolario del utilitarismo es el *principio de la disponibilidad* del ser humano, que encuentra el único límite:

- Según el utilitarismo *estatal-colectivista*, en la *utilidad pública*, legitimando la más amplia disponibilidad del hombre, confirmadas por experiencias históricas y actuales (eutanasia planificada: eugénica, económica, criminal, sanitaria; esterilización coactiva; aborto demográfico; experimentación humana, etc.).

- Según el utilitarismo *mayoritario*, obtener mayor felicidad de la mayoría a costa de las minorías, en nombre de la cual se dan las experimentaciones sobre los denominados sujetos expuestos para ser cobayas (condenados a muerte, moribundos detenidos, viejos, débiles mentales, niños, estudiantes de medicina, pacientes gratuitos o de bajo nivel cultural, personas de color, habitantes de países subdesarrollados, etc.).

- Según el criterio *individualista*, de la mayor felicidad propia, se sustenta en el *consentimiento* del sujeto, en el que se crean ciertas tendencias a las liberaciones ilimitadas (aborto, drogadicción, adecuación de sexo, esterilización, eutanasia, técnicas de reproducción humana asistida, suicidio, etc.).

B) *Personalista*

El hombre, entendido como hombre-valor, hombre-persona, hombre-fin, no es instrumento en función de interés extrapersonal alguno.

El corolario del personalismo es el *principio de la indisponibilidad* del ser humano con base en el cual las intervenciones sobre el hombre resultan lícitas dentro de un doble orden de límites:

³² FERRANDO MANTOVANI, "Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 1, 1994, págs. 102 y 103.

- *Objetivos*, en salvaguardia de la dignidad e igualdad de los seres humanos.
- *Subjetivos*, establecidos por el consentimiento del sujeto.

Sección III. *El intervencionismo genético en las relaciones jurídicas*

§ 143. INVESTIGACIONES MÉDICAS PREVIAS A UNA CONTRATACIÓN

El diagnóstico anticipado de enfermedades incurables o malignas puede influenciar en el área personal (derechos de la persona) y patrimonial (la contratación)³³.

El objeto de la tecnología genética, teoría seguida por ROSCAM ABBING³⁴, es servir los intereses sanitarios del hombre, pero, así mismo, puede servir a otros intereses particulares, como son los económicos. De esta manera, la selección genética servirá los intereses económicos de los empleadores y aseguradores.

Para estos casos tenemos:

§ 144. TECNOLOGÍA GENÉTICA Y EMPLEO

El ingreso, permanencia, ascenso, seguridad, determinación de la movilidad geográfica o funcional, planes de pensiones colectivos, seguros de invalidez y de asistencia sanitaria de los trabajadores, son coadyuvados actualmente con pruebas de investigación genética. Con claras excepciones, hasta ahora se ha considerado que la selección de candidatos a un puesto de trabajo basada en análisis de la predisposición genética es discriminatoria³⁵.

Para hablar de la validez de un examen genético en el ámbito laboral este deberá ser pertinente en su finalidad y no causar perjuicio al candidato o trabajador.

Si el examen genético es pedido por el trabajador para su beneficio será permisible, pues se sustenta en la protección preventiva de la salud, lo cual debe ser promovido por el Estado. Si es pedido por el empleador en pro del trabajador no hay mayor dificultad, pero el problema salta a la vista cuando su fin es

³³ EMILIO MUÑOZ refiere que dentro de los efectos negativos del proyecto genoma humano está la creación de una *infraclase* incapaz de obtener trabajo y de asegurar el riesgo de sus vidas. Véase “El proyecto genoma humano: pros y contras”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 2, 1995, pág. 29.

³⁴ H. D. C. ROSCAM ABBING, “La información genética y los derechos de terceros: ¿Cómo encontrar el adecuado equilibrio?”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 2, 1995, pág. 43.

³⁵ *Ibidem*, pág. 47.

netamente económico y de inversión, para aumentar su productividad, reducir costos sociales o eximirse de responsabilidades patronales³⁶, estos son los casos que deben ser regulados por la ley.

La licitud de la exigencia empresarial a los exámenes genéticos estaría dada, siempre que signifique una protección al futuro trabajador, permitiéndose en los siguientes casos:

- Según el estado de la técnica, las medidas exigibles y posibles para la protección del mismo no son suficientes.
- La actividad laboral es peligrosa (energía nuclear, aviación, minería, buzos).
- El examen de la condición se limita a señalar los especiales peligros de la actividad laboral.

En una futura legislación que regule la aplicación del genoma en las relaciones laborales, debemos tender a proteger al trabajador, antes que determinar una propiedad sobre el mismo y que pueda ser usado indiscriminadamente.

Los análisis genéticos más comunes en el área laboral son:

Genetic Screening, es el test que se emplea para averiguar la estructura genética preexistente de la persona, es decir, su configuración anterior al contrato laboral.

Genetic Monitoring, es el test periódico que determina los cambios genéticos inducidos por causas del entorno laboral. Son dos los tipos de monitoreo que se realizan:

- Citogenético, estudia los cambios en la estructura de los cromosomas.
- No citogenético, estudia los cambios en la estructura molecular del ADN.

Este estudio es importante, pues permite identificar los cambios en el material genético del trabajador para remediar o evitar daños futuros. El *Genetic Monitoring* no detecta enfermedades, solo la influencia o repercusión que ha sufrido el genoma por determinadas consecuencias.

§ 145. TECNOLOGÍA GENÉTICA Y SEGURO

Los exámenes genéticos se aplicarán para realizar la clasificación de riesgos por medio de investigaciones médicas.

³⁶ La administración federal de Estados Unidos ha denunciado ante los tribunales a la compañía ferroviaria *Burlington Northern Santa Fe Railway* porque considera que ha practicado discriminación genética con sus empleados. La empresa demandada pedía muestras de sangre a trabajadores que solicitaban la baja por enfermedad para practicarles pruebas genéticas sin su consentimiento. El propósito del examen era averiguar si el síndrome del túnel carpiano que padecían era predecible genéticamente o se trataba de una dolencia ocupacional. La única explicación concebible es que la compañía quería usar los análisis genéticos para argumentar que los afectados habrían desarrollado la enfermedad de todas formas y, por tanto, no tenían derecho a una baja laboral remunerada. ROSA TOWNSEND, “EE. UU. lleva una empresa a los tribunales por discriminación genética (Los denunciados hacían pruebas sin permiso a los trabajadores)”, en *El País Digital*, núm. 1749, 15 febrero 2001.

Las compañías de seguros pueden restringir la suscripción de sus pólizas a aquellas personas que, previos exámenes genéticos, se les compruebe que tienen o tendrán una enfermedad. Estos exámenes beneficiarían solo y exclusivamente a la compañía aseguradora, pues determinarían qué personas no le son rentables para contratar.

El hecho es mayor cuando se ha comprobado que, actualmente, las compañías aseguradoras ya no solo realizan un bioexamen a la persona que requiere el seguro, sino que también piden un historial biogenético ancestral. El objetivo es encontrar la predisposición genética (susceptibilidad) del individuo (enfermedades estocásticas) y de su familia.

Las pruebas genéticas tienen como fin evitar un daño a la salud, pero no restringir o limitar la contratación. Sin embargo, para el empleador o asegurador que quiere reducir costos las pruebas genéticas son importantes. Pueden plantearse las siguientes preguntas: ¿hasta qué punto es permitida la aptitud genética?, ¿acaso la intimidad genética es irrestricta y la determinación genética es mayor (o secreta) que la biológica?

La resolución del Parlamento Europeo sobre problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética (1989)³⁷ exige que se prohíba la utilización del análisis genético en los reconocimientos médicos previos a la contratación laboral o de seguros. Dicho análisis no puede considerarse como condición para la firma del contrato. Las pruebas genéticas se sustentan en la integridad somática y en la salud (lo que da la calidad de paciente) y no a una mera relación económica o patrimonial (que generaría un contratante o un candidato).

Como caso extremo se puede mencionar que en algunos colegios y universidades solicitan test genéticos.

§ 146. ESTOCÁSTICA, DISCRIMINACIÓN GENÉTICA Y DETERMINISMO GENÉTICO

El azar de las leyes de la herencia y sus mecanismos es lo que determina la conformación del hombre. Las características biológicas son establecidas por el intercambio de la información genética (*singamia*) por los núcleos de los gametos paternos en el proceso de la concepción. Es posible, considerado el avance biocientífico, escoger las características de un hijo (los llamados hijo a la carta, hijo deseado, hijo *delivery*, por encargo fijo o hijos técnicos)³⁸ en el que la genética se aplica con fines eugenésicos, no terapéuticos (como es en esencia toda práctica médica), lo que trae grandes polémicas y discusiones.

³⁷ ENRIQUE CARLOS BANCHIO, "La tutela de la persona frente a la manipulación genética", en *Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas*, 1ª ed., Lima, Universidad de Lima, 1995, págs. 171 y 172.

³⁸ Frente a los hijos técnicos están los hijos naturales que son llamados, curiosamente, hijos de Dios o *de-gene-rados* en la película *Gattaca (Experimentos genéticos)*, Columbia Picture, dirigida por Andrew Niccol, 1997.

Al respecto, el alemán HANS THOMAS³⁹ indica que en realidad las técnicas de reproducción extracorpórea no tratan de traer niños al mundo, sino de que determinados niños sean traídos al mundo y no otros, pero que, sin embargo, son igualmente determinados. La fatal discriminación entre cuáles sí deben ser traídos y cuáles no deben ser traídos al mundo se sustenta en el lenguaje médico con la palabra ‘indicación’. Sin embargo, la ‘indicación terapéutica’ para las técnicas de reproducción extracorpórea no supone una indicación en esencia terapéutica, porque no trata una enfermedad, sino que ofrece un procedimiento técnico sustitutorio y alternativo, de allí que se dé un metaindicación psicosocial al que se le llama “hijo deseado”.

Estas prácticas de predeterminación de la conformación biosomática del ser humano pueden ocasionar discriminaciones genéticas, es decir, actitudes contra un individuo o miembros de un grupo debido a las diferencias percibidas en su genoma, ya que no es normal a la constitución o conformación genética de otros individuos. Como bien dice ILVA M. HOYOS CASTAÑEDA, “Nadie puede considerar a un hombre como inferior a causa de su código genético”⁴⁰. Al respecto, la Declaración de Bilbao sobre aspectos legales del Proyecto genoma humano (1993)⁴¹ rechaza, en sus conclusiones (7), la utilización de los datos genéticos que originen discriminación en las relaciones laborales, de seguros o en cualquier otro (genoísmo), en el mismo sentido la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos (art. 6º) y el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina (art. 11).

Algunos países, y en especial el gobierno de la ciudad de Buenos Aires (Argentina), han dictado leyes que regulan este tipo de discriminación genética⁴². Su tratamiento legislativo es el siguiente:

- Garantiza y resguarda el derecho a la dignidad, identidad e integridad de todas las personas con relación a su patrimonio genético. Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en su genoma (art. 1º).

- Se prohíbe la realización de estudios genéticos en exámenes preocupacionales, en exámenes para obras sociales, empresas de medicina prepagada o aseguradoras de riesgos de trabajo. Esta prohibición comprende los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, las comunas, los organismos descentralizados, entidades autárquicas, las empresas y sociedades del Estado o con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todos aquellos otros organismos o entidades donde la ciudad tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias (art. 2º).

³⁹ “El compromiso con el disenso ético”, en *op. cit.*, julio-septiembre, págs. 419 y 420.

⁴⁰ ILVA HOYOS CASTAÑEDA, *La persona y sus derechos (consideraciones bioético-jurídicas)*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 2000, pág. 332.

⁴¹ *Loc. cit.*

⁴² Ley 421 (27 junio 2000), *Ley de protección contra la discriminación genética*. Aplicable al gobierno de la ciudad de Buenos Aires.

- Invita a empresas e instituciones privadas a adherirse a esta ley (art. 3°).
- Prohíbe difundir o hacer pública por cualquier medio la información genética de las personas, con excepción de los casos autorizados por el propio interesado o judicialmente (art. 4°).

El Correo de la Unesco informa que el riesgo de discriminación genética es la razón principal por la que un tercio de las personas a las que entrevistó el Instituto Nacional de Investigaciones sobre el Genoma Humano (NHGRI) se niegue a hacerse pruebas genéticas⁴³. De esta manera se restringe también el determinismo genético, que es aquella corriente que tiende a fijar los efectos o consecuencias tomando como punto de partida las características biogenéticas de las personas. Es decir, subordina y condiciona los hechos y resultados a lo biogenético, a fin de obtener el máximo provecho. Para estos casos la terapia genética⁴⁴ debe estar a disposición de todos y de nadie en especial, sin restricciones geográficas, socioeconómicas, sexuales o éticas, tomándose en cuenta que “muchos recursos económicos y humanos se están dedicando a cumplir un primer gran objetivo que se puede resumir en la posibilidad de diagnosticar, de modo inequívoco, la predisposición o la ineluctabilidad para padecer un sinnúmero de enfermedades y de acometer, consecuentemente, su terapia”⁴⁵.

§ 147. DESARROLLO TÉCNICO-SOCIAL Y AVANCE DE LA GENÉTICA

Todo tipo de desarrollo, y en la medida de los beneficios que genera, tiene un aspecto negativo que en algunos casos presenta una consecuencia dañina en la sociedad o en el hombre. Este daño puede ser menguado de acuerdo con las precauciones o seguridades que se tomen.

En determinados casos el daño puede ser irreversible y la única manera de evitar la proliferación de sus consecuencias negativas es mediante la erradicación absoluta de las técnicas o productos obtenidos. Sin embargo, esto no siempre es aplicable.

Argumentamos ello, puesto que en el caso de la manipulación genética, que como desarrollo técnico determinante en el área de la ingeniería genética más que beneficios directos para la humanidad trae como consecuencia una serie de trastocaciones en el correcto y uniforme orden de la naturaleza, tendríamos que eliminar no solo las técnicas, sino también los productos obtenidos, y estos últimos son vida.

⁴³ AMY OTCHET, “Proteger los secretos genéticos”, en *El Correo de la Unesco*, marzo 2001.

⁴⁴ Actualmente ya es posible corregir algunos defectos genéticos mediante la introducción de un gen normal en el organismo que sustituya al gen defectuoso en su función. Esto es llamado el tratamiento con genes o terapia genética. Nada impide, además, que esta técnica pueda ser utilizada en contra del hombre. En animales se aplica con éxito a efectos de mejorar las razas, producción de carne, leche, etc., siendo los fines exclusivamente de ganancia.

⁴⁵ EMILIO MUÑOZ, “El proyecto genoma humano: pros y contras”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 2, 1995, pág. 29.

La pregunta sería la siguiente: ¿pueden estas formas de vida alteradas producidas por manipulación genética ser eliminadas para evitar que se reproduzcan y se sigan ocasionando más daños?, ¿en qué medida beneficia estas experimentaciones genéticas a la humanidad?

Todo desarrollo, entonces, tiene un costo, beneficioso o perjudicial. En el caso de las subvenciones para permitir el desarrollo de las técnicas genéticas estas deberán tener en cuenta la primacía, protección y defensa del ser humano frente a cualquier otro interés de por medio. Si fomentamos las técnicas frente al ser humano (como es el caso de Inglaterra, Francia, España) tenderemos a dar más importancia al desarrollo técnico-social que a la protección de la vida. Importaría más el tecnicismo frente al humanismo, el materialismo científico frente a la proteccionismo natural.

En cuanto al impulso del desarrollo biotecnológico, al *know how* genético, debe tenerse como fundamento al ser humano.

§ 148. RESPONSABILIDAD Y GENÉTICA. EL DAÑO GENÉTICO

La genética al tener como objeto la vida, implica que sus actividades sean consideradas riesgosas o de peligro. Pueden implicar no solo un daño en el ser humano, sino una influencia irreversible sobre la humanidad y la biodiversidad de las especies. De esta manera, las técnicas de reproducción humana asistida lindan con el concepto de riesgo, por lo que la responsabilidad aplicable es la objetiva (cosa distinta que podemos atribuir a la procreación natural), siendo los daños causados singulares y de características especiales, dentro de los que tenemos al daño genético.

El profesor uruguayo ORDOQUI⁴⁶ establece que la peculiaridad del daño genético está dada en la afectación física o psíquica clínicamente incurable, ya que en la línea hereditaria no es posible superarla por las vías normales de la medicina. Aclara que el “trastorno genético [...] es originado por la transmisión hereditaria o por mala praxis médica en el manipuleo [*sic*] de embriones con derivaciones incurables”⁴⁷. De esta manera, establece dos situaciones por las que se puede ocasionar el daño genético: a) por los padres o, b) por quienes comercializan con la procreación asistida. En esta última, que nos interesa, se puede individualizar perfectamente al responsable de haber variado el curso de la naturaleza. Los casos son variados: anomalías del nuevo ser, nacimientos múltiples, embarazos ectópicos con probabilidades de aborto y perforación del útero, etc.

⁴⁶ GUSTAVO ORDOQUI, “El daño genético”, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, núm. 9, año 1994, pág. 112.

⁴⁷ *Idem, ibidem.*

En las II Jornadas Marplatenses de responsabilidad civil y seguros⁴⁸ se estableció por unanimidad:

- En las técnicas de fecundación, los agentes biomédicos y los establecimientos responderán:

Del nacimiento de un niño con deficiencias, producto del uso de gametos defectuosos o en mal estado de conservación. Serán eximentes de responsabilidad la imposibilidad de descubrir la insuficiencia de los gametos.

Si dificultan o imposibilitan la determinación del origen biológico de una persona.

- El deber médico referido a la técnica de inseminación configura una obligación de medios.

- En los métodos de reproducción los padres son responsables por la transmisión de enfermedades hereditarias o contagiosas si conocieron o les era probable saber que ocasionarían perjuicios a la prole.

- Debemos apelar a la responsabilidad científica para no caer en la tentación de anteponer intereses económicos frente al ser humano. *Alterum non laedere* (no hacer daño a nadie) es un principio que se debe respetar en todo momento en este ámbito, ya que el daño al ser humano por las técnicas genéticas es latente. La solución para estos temas es tan delicada que podemos aplicar los *intereses difusos*. Así, se podría accionar contra los mercaderes de la vida, evitando los graves perjuicios que trae el avance biogenético. Contamos con un ordenamiento que genéricamente protege y previene estos tipos de daños, pero no es eficaz (quizás dado el grado de nuestro avance biocientífico), “la esperanza está en que prime la inteligencia y el espíritu de bien sobre muchos intereses mezquinos en lo económico y científico”⁴⁹.

La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos establece respecto de la teoría del daño y su reparación (art. 8º), lo siguiente: “Toda persona tendrá derecho, de conformidad con el derecho internacional y el derecho nacional, a una reparación equitativa de un daño del que pueda haber sido víctima, cuya causa directa y determinante pueda haber sido una intervención en su genoma”.

El Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina indica en lo referente a la reparación de un daño injustificado (art. 24) que: “La persona que haya sufrido un daño injustificado como resultado de una intervención tendrá derecho a una reparación equitativa en las condiciones y modalidades previstas por la ley”.

⁴⁸ Universidad Nacional de Tucumán, *El derecho privado en la Argentina*, parte segunda, 1993, pág. 72. II Jornadas Marplatenses de responsabilidad civil y seguros, Comisión 1, *El impacto de la biotecnología en el derecho*, Mar del Plata, diciembre de 1992.

⁴⁹ ORDOQUI, *op. cit.*, pág. 120.

Con estas declaraciones de principios tenemos un avance considerable en lo referente al tema de los perjuicios y la reparación que se le cause a una persona en aplicación de las técnicas genéticas.

Caso interesante es el que sucedió en los experimentos de clonación y los daños que pudieran ocasionar: se refería que “Dolly puede tener una vida más corta o una mayor susceptibilidad de cáncer: si es fértil, su progenie puede mostrar un porcentaje de anomalías superior a lo normal debido a la acumulación de mutaciones somáticas y daño cromosómico”⁵⁰.

Tratándose de la clonación por transferencia nuclear tenemos que “Si se empleasen células adultas como donantes nucleares, desconocemos aún los eventuales riesgos; si los individuos clonados tendrían una expectativa de vida menor, una mayor susceptibilidad al cáncer, si serían fértiles, si ellos o sus hijos sufrirían una tasa mayor de anomalías genéticas genéricas”⁵¹.

Un caso interesante sería que legalizada la clonación parcial para los xenotrasplantes, habiéndose realizado el estudio correspondiente de histocompatibilidad, no se haya tenido en cuenta los peligros de neoplasia u otras mutaciones durante el cultivo de los tejidos embrionarios, antes de realizarse la técnica.

Este tipo de daño, por lo visto, es un daño sensible, irreversible e irreparable y, más aún, que puede prolongarse en el futuro. De allí que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las generaciones futuras (Unesco, 145ª reunión, París, 22 septiembre 1994) haya previsto contrario a los principios jurídicos un límite a la responsabilidad en el sentido de que “Las personas pertenecientes a las generaciones futuras no pueden jurídicamente, salvo si de ello extrajeran un provecho personal, ser hechas individualmente responsables por las acciones u omisiones contrarias al derecho de gentes o a las leyes de la humanidad que hayan sido cometidas en el pasado, especialmente por individuos o grupos con los que tengan parentesco o cualquier otro vínculo étnico o nacional” (véase art. 5º.—Exención de toda responsabilidad individual por las acciones cometidas por las generaciones futuras).

Ha de tenerse muy en cuenta que la falta de regulación legal genera innumerables problemas, uno de ellos es la indeterminación de la responsabilidad, de allí que “Se impone ... sancionar una disciplina legal. Una vez aclarados los presupuestos de la organización de un régimen civil en la materia, y especialmente después de la precisa delimitación del campo de lo lícito, y la determinación de los métodos prohibidos, con el correspondiente control de la autoridad sanitaria, se impone también la previsión de sanciones para las eventuales

⁵⁰ Opinión del grupo asesor sobre aspectos éticos de la biotecnología de la Comisión Europea, núm. 9, de 28 mayo 1997, Aspectos éticos de la clonación, en *Diario Médico*. Asesor legal. Documentos. <http://www.recoletos.es> (3 enero 2001)

⁵¹ Opinión del grupo asesor sobre aspectos éticos de la biotecnología de la Comisión Europea, núm. 9, *loc. cit.*

violaciones; mientras la sanción civil de responsabilidad será aplicable según las reglas generales vigentes, la materia penal requerirá específicas incriminaciones”⁵².

§ 149. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIDA

Como consecuencia del desarrollo de la biotecnología y su aplicación en el ser humano, determinados principios, derechos y bienes jurídicos se ven vulnerados. Así tenemos que la libertad y progreso de la ciencia y la libertad de iniciativa económica se enfrentan a la libertad de consentimiento, y que esta última sufre un resquebrajamiento. De igual manera, la producción agroalimentaria e industrial busca una rentabilidad eficaz sin tomar en cuenta la salud individual, la colectiva, ni el medio ambiente, trayendo problemas directos en la biodiversidad y riesgos potenciales en el equilibrio ecológico.

El carácter económico toma relevancia, siendo necesario brindar una protección y garantía adecuada en defensa de la vida y de la humanidad. El surgimiento de nuevos derechos de la persona y su reconocimiento es imperativo. Por ello, “La ciencia, la biogenética, no puede olvidar que opera sobre ‘alguien’, no sobre ‘algo’, esto es, sobre la persona como sujeto y no como objeto”⁵³.

Idear nuevos medios de defensa efectivos frente a los atentados genéticos sobre el ser humano y la humanidad son necesarios, pues los existentes no cumplen una función eficaz.

Conclusión

La esencia propia del derecho es la vida, el ser humano, quien no es un objeto ni un bien, sino una unidad biopsicosocial suprema. Los principios jurídicos centran su atención y protección en el ser humano, el cual no puede ser medio de riqueza o de lucro, sino un fin en sí mismo.

La tecnología y la genética han revolucionado las relaciones personales y sociales, así como los dogmas del derecho.

La manipulación genética, como experimentación que busca variar la composición natural de los seres, es un típico caso que representa el fin cientificista antes que el humanista. En ella está de por medio el lucro o ganancia antes que la protección del ser humano, pues su objetivo es el aprovechamiento máximo de los descubrimientos genéticos en pro del avance científico sin prever o considerar los perjuicios provocados en la humanidad.

⁵² FRANCISCO FERRER, “Responsabilidad por daños en la procreación asistida”, en *Revista de Derecho de Daños*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001-2002, pág. 215.

⁵³ JUAN BAUTISTA PARDO, “La investigación al servicio del hombre: reflexiones de un jurista”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 1, 1994, págs. 25 y 26.

Las categorías y conceptos económicos son aplicables a los bienes (materiales o inmateriales, tangibles o intangibles). Los principios naturales y derechos de las personas no pueden ser estrictamente explicados en términos económicos y menos aún el ser humano, por el cual existen y surgen.

Analizar el costo-beneficio económico en el hecho de suplir técnicamente la infertilidad en aras del cumplimiento cabal del ejercicio del derecho a la procreación, implica limitar esta función biológica trascendental al área patrimonial.

Las prácticas económicas más comunes como la patente, publicidad, comercialización, exportación, importación e industrialización se aplican actualmente sobre elementos del cuerpo humano, lo que es deshumanizante. Está bien fomentar y desarrollar su industria, pero dentro de los límites de la legitimidad natural del hombre.

La predeterminación en la constitución física del ser humano es el llamado reduccionismo genético en el que priman la voluntad, el antojo científico e intereses económicos frente al verdadero bienestar del ser humano.

La tecnología genética y su relación con la contratación, sea laboral o de seguros, nos debe llevar a una reflexión, ya que la esencia propia de las pruebas genéticas tienen como fin evitar un daño a la salud, mas no restringir o limitar la contratación.

La biotecnología y la genética son usadas actualmente con fines lucrativos o de orden mercantil, ya que las ventajas obtenidas con su uso y aplicación generan grandes recursos económicos. De allí que sea necesario encuadrar su utilización. Esto es una alerta para regular temas como la influencia de la genética en el ser humano librándolo de influencias mercantilistas.

CAPÍTULO NOVENO

DERECHO GENÉTICO EN PERÚ

El desarrollo y evolución de las prácticas genéticas no ha sido ajeno a Perú. Desde hace más de una década se realizan técnicas de reproducción humana asistida y, actualmente, se cuenta con medios técnicos para efectuar pruebas de identificación mediante el ADN, terapias génicas, localización de genes y crioconservación de embriones, además de existir bancos de semen que satisfacen exigentes requerimientos de calidad. A pesar de ello, no existe un cuerpo legal orgánico y sistemático que regule el desarrollo de la genética y su influencia en las relaciones sociales. Tampoco contamos con ninguna iniciativa de ley formal (proyectos de ley) en el poder legislativo que demuestre la preocupación integral sobre este tema.

Sin embargo, ya se viene hablando de un derecho genético en la doctrina nacional y se ha desarrollado una vasta literatura jurídica, coherente y madura sobre este tema, restando solo la elaboración legal para proteger al ser humano de los avances biocientíficos de la ciencia genética.

Sección I. *Base legal del derecho genético en Perú*

En derecho comparado, el derecho genético tiene una regulación variada, es decir, su normativización es diversa y difiere de acuerdo con el lugar en el cual se aplica. Indiscutiblemente, el carácter variable y el desarrollo vertiginoso de los avances biocientíficos ha determinado de acuerdo con cada país una política legislativa especial que va desde la regulación jurídica específica, es decir, taxativa —normándose cada avance, cada nuevo descubrimiento— hasta la regulación jurídica general, aquella sustentada en principios rectores —pautas o bases— que canalizan dicha materia.

Así tenemos que en el derecho genético comparado existen cinco grandes sectores en lo que a la política legislativa se refiere:

1. Legislación especial: en este grupo se encuentran aquellos países que tienen leyes especiales que regulan esta materia como Alemania, Austria, Dinamarca, España, Holanda, Inglaterra, Noruega, Suecia.

2. Legislación general, en este sector se encuentran aquellos países que establecen pautas generales en las principales normas del Estado como es la Constitución (Argentina —Buenos Aires, Santa Cruz, Santa Fe—, Armenia, Bielorrusia,

sia, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Croacia, Cuba, Chechenia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Eslovenia, España, Estados Unidos (Washington), Estonia, Guatemala, Honduras, Italia, Japón, Lituania, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Polonia, Portugal, Québec (proyecto de Constitución), Rusia, Sudáfrica, Suiza (Confederación Helvética), Turquía, Ucrania, Uganda, Venezuela, Zimbabwe), Código Civil (Bélgica, Bulgaria, Checoslovaquia, Francia, Grecia, Hungría, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Suecia, Suiza, Inglaterra, antigua Yugoslavia, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Kosovo, Macedonia, Montenegro, Serbia, Eslovenia y Québec, Voivodina), Código Penal (España, Brasil, Colombia), Ley General de Salud (Francia, Noruega), Código de los Niños y Adolescentes (Perú).

3. Organismos e instituciones estatales multidisciplinarios, en especial los comités de bioética que se encargan de establecer política en las investigaciones científicas, proponiendo la reglamentación de los avances biocientíficos. De acuerdo con su creación y estructura, sus ordenanzas o directivas, pueden tener un carácter imperativo o ser meramente referenciales. Esto viene funcionando bastante bien en Italia.

4. Directrices o recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por asociaciones de profesionales médicos, en este caso son las instituciones particulares, las ONG, los comités de ética y deontología de los colegios profesionales o los comités de bioética de los centros de salud los que se encargan de establecer las normas de aplicación sobre la materia. Tal es el caso de Irlanda.

5. Por decisión judicial, algunos países carentes de legislación han determinado que la permisibilidad de los procesos procreáticos y de manipulación o experimentación genésica sean aprobados por el juez, tal es el caso de Argentina, Brasil y también Italia.

La falta de un ordenamiento jurídico especializado que regule a cabalidad la influencia de la genética en el ser humano ocasiona una desprotección no solo en la persona, sino también en la familia, en la sociedad y, en términos reales, en la humanidad en general. El vacío legal tiene que ser cubierto con la mayor brevedad posible, a fin de canalizar adecuadamente los procedimientos y técnicas genéticas que se vienen realizando actualmente en nuestro medio, para evitar abusos o mala *praxis*. Algunas normas legales en Perú contienen uno que otro artículo que hacen referencia tangencial al tema en análisis.

§ 150. EL CÓDIGO CIVIL

Este cuerpo legal trata el tema del derecho genético y se refiere a la indagación biológica de la paternidad de la siguiente manera:

A) *Derecho de familia*

La ley 27.048 (6 enero 1999) modifica diversos artículos del Código Civil sobre la declaración de paternidad y maternidad. El texto es el siguiente:

Artículo 1º.—*Admisibilidad de la prueba biológica, genética u otras.* En los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación a que se refieren los artículos 363, 371 y 373 del Código Civil es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Artículo 2º.—*Norma modificatoria.* Modifícanse los artículos 363, 402, 413 y 415 del Código Civil, en los siguientes términos:

“Artículo 363.—El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

”1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

”2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.

”3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2º; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.

”4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.

”5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza”.

Artículo 402.—La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

“1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.

”2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.

”3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.

”4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

”5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.

”6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta proce-

sal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415.

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

”El juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza”.

Artículo 413.—En los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

También son admisibles estas pruebas a petición de la parte demandante en el caso del artículo 402, inciso 4º, cuando fueren varios los autores del delito. La paternidad de uno de los demandados será declarada solo si alguna de las pruebas descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a alguna de las pruebas, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás.

La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a alguna de las pruebas.

“Artículo 415.—Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial solo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si estas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo”.

Artículo 3º.—*Consecuencia de la aplicación de la prueba.* En los casos contemplados en los artículos 373 y 402 del Código Civil cuando se declare la paternidad o maternidad como consecuencia de la aplicación de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza el demandado deberá reintegrar el pago por la realización de la misma a la parte interesada.

Artículo 4º.—*Mecanismos para el acceso de las personas a la prueba de ADN.* El Estado determinará los mecanismos necesarios para facilitar el acceso de las personas a la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Para tal efecto el demandante deberá acogerse a los alcances del auxilio judicial establecido en los artículos 179 a 187 del Código Procesal Civil.

Artículo 5º.—*Responsabilidad por mala fe.* La persona que de mala fe inicia un proceso de declaración de paternidad valiéndose de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, ocasionando así un daño moral y económico al demandado deberá pagar una indemnización, la cual será fijada a criterio del juez.

Artículo 6°.—*Norma derogatoria*. Deróganse los artículos 403 y 416 del Código Civil.

a) *Principios*. El régimen de la filiación del Código Civil peruano ha sido modificado por la ley 27.048, permitiendo la aplicación de las *pruebas biológicas, genéticas u otras de validez científica* para las acciones de filiación tanto de impugnación (arts. 363 y 371) como de reclamación (arts. 371 y 402). Así mismo, permite al demandado, en una acción de hijo alimentista (art. 415), solicitar la prueba genética para negar el contenido de la pretensión. Amplía el contenido del artículo 413, permitiendo la aplicación de la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza en los procesos de declaración de la paternidad o maternidad extramatrimonial.

b) *Características de la modificación*. Esta ley de biopaternidad incorpora en el sistema de presunciones la efectividad de las biopruebas, desconociéndose el principio, vigente en el derecho comparado, de que las pruebas biológicas sean aplicadas cuando existe un elemento social que las sustente (principio de prueba). Permite la utilización de las biopruebas en todo tipo de acción de filiación. Sin embargo, no considera que en la acción de declaración de maternidad extramatrimonial (art. 409) se pueda hacer uso de ellas, lo que no es óbice para su aplicación, siguiendo un criterio de interpretación amplio.

El juez puede desestimar las presunciones (arts. 363 y 402) cuando se haya demostrado biológicamente que el demandado no es el padre. En caso de que el presunto padre se niegue a la práctica de la prueba, en un proceso de declaración de paternidad extramatrimonial, el juez evaluará *las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado*, declarando su paternidad o al hijo como alimentista. El inconveniente de esta solución frente a la negativa es que sigue manteniéndose la incertidumbre al permitirse la posibilidad de que el juez declare al hijo como alimentista. Además, no se refiere a la regulación de la negativa de la madre o el hijo en esta acción. En este sentido, la ley debe haber considerado una norma general para la regulación de la negativa al sometimiento de la prueba, tomando en cuenta las diversas acciones de filiación existentes, pronunciándose sobre los efectos de la negativa del padre, de la madre, del hijo o de terceros, según corresponda.

Esta modificación permite un accionar *casi* libre de una paternidad, y por ello se ha considerado que quien de mala fe inicia un proceso de filiación valiéndose de pruebas genéticas, debe reparar el daño moral y económico ocasionado al demandado con el pago de una indemnización que será fijada por el juez.

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

Existen dos cuestiones elementales en materia de filiación: el hecho biológico de la procreación y el acto jurídico de su prueba.

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

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

La admisibilidad de las pruebas biológicas exige un principio de prueba (una motivación, un sustento), a fin de vincular el principio de veracidad (que corresponde al demandante) con el de seguridad jurídica y estabilidad (que subyace en el proceso). Esto servirá para evitar demandas aventuradas.

Las biopericias serán evaluadas con un criterio mixto, mediante el cual el juez considera la validez científica como corroboradora de las demás pruebas actuadas en las acciones de filiación.

La negativa a someterse a la práctica de la prueba de paternidad puede ser justificada o injustificada.

La negativa podrá ser justificada cuando existan causas calificadas que legitimen dicha conducta. Aunque discutibles, citamos como ejemplos: razones de salud (física o psíquica), motivos religiosos (testigos de Jehová) o biológica (ser infértil), cuando se demuestre su imposibilidad física (estar de viaje) de cohabitación carnal, error en la identidad del demandado (hermanos gemelos o casos de homonimia).

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

La negativa puede darse ante varios supuestos que deben ser apreciados por el juez al momento de resolver. Estos casos pueden ser: cuando el único elemento de juicio es la negativa, cuando existen otros elementos de prueba o cuando existen elementos probatorios que demuestran fehacientemente la ausencia de nexo biológico.

La negativa será apreciada por el juez de acuerdo con la calidad de quien se resiste, ya sea como un determinante de paternidad, desestimando la demanda o considerando establecidos los hechos que tiene por objeto comprobar.

En caso de que la paternidad sea declarada como consecuencia del apercibimiento surgido por la negativa a la realización de la prueba, este actuar implicaría una afectación mayor en los intereses personales y valores morales del solicitante, y entonces existiría motivo suficiente para solicitar una reparación económica adicional por el daño moral ocasionado.

Se acepta la exhumación del cadáver en las acciones de filiación; prevalece el derecho a la identidad frente al derecho a la intimidad y al honor.

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

Los presuntos abuelos, hermanos, tíos, primos pueden aportar elementos biológicos básicos para sentenciar correctamente una paternidad. Así, en determinados casos (desaparición, ausencia, investigación *post mortem*, aparición de caracteres genéticos *ex novo*, existencia de genes silentes) es necesaria su participación para afianzar la transmisibilidad hereditaria de los caracteres biológicos en estudio.

Estas pruebas biológicas, además de servir para todas las acciones de filiación, son de utilidad. Veamos, para el padre en casos de anulación de reconocimiento, para probar el adulterio, contra la acción de hijo alimentista, para acreditar la *exceptio plurium concubentium*. Para la madre: en los casos de maternidad sustituida o dubitada, violación, como dispensa del plazo de viudedad. Para el hijo: para aclarar la pluralidad de reconocimientos. Contra terceros y en otros casos especiales: en reclamos de herencia, para determinar el vínculo filial de niños abandonados, fetos abortados o personas desaparecidas, para establecer el nexo biológico producto de la biotecnología de la reproducción y en la determinación de la condición de abuelo (a).

d) *Conclusión*. Las pruebas de paternidad implican un estudio profundo de la relaciones familiares y sociales. Es por ello necesario entender la importancia del derecho a la identidad y la forma como actualmente la biogenética colabora en afianzar y establecer su cabal ejercicio. No basta legalizar las biopruebas, más importante es estudiarlas y que la jurisprudencia se encargue de fijar su destino y sus reales efectos.

B) *Derechos reales*

Adquisición de propiedad. Acceso

Artículo 946.—*El propietario de animal hembra adquiere la cría, salvo pacto en contrario*. Para que los animales se consideren frutos, basta que estén en el vientre de la madre, aunque no hayan nacido.

En los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos procedentes de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el valor del elemento reproductor, si obra de buena fe, y el triple de dicho valor, si lo hace de mala fe.

Este es el caso de la llamada *accesión natural* o animal. Es curioso, pero el Código Civil peruano de 1984 prestó especial atención a las técnicas de procreación de animales y descuidó la del ser humano. La pregunta salta a primera vista, ¿qué pasó con los humanos?, ¿puede el Código de 1984, que tiene una inspiración personalista y humanista a diferencia del Código de 1936 que era de corte patrimonialista, haber olvidado legislar o prever algo tan importante en la vida de relación del hombre? Indiscutiblemente que no.

El ponente del libro de derecho de las personas, el maestro CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, al comentar el artículo 6° del Código Civil refería al respecto: "... la importancia de un amplio y profundo estudio y debate sobre la temática de la inseminación y fecundación artificial a la luz de las instancias éticas y sociales a fin de abordar, con lucidez y ponderación, su cabal y oportuna normatividad cuando lo exija nuestra realidad social"¹. Como está dicho, en el momento en que se elaboró el Código Civil peruano de 1984 era innecesario regular algo tan técnico y especial, que en dicho momento se presentaba como inaplicable en nuestra realidad. A pesar de ello, y de acuerdo con el avance de esta ciencia, local y mundialmente, el Código Civil ha sido objeto de reformulación en muchas de sus normas, pero de todas estas modificaciones producidas ninguna se refiere al avance de la genética y sus consecuencias en el derecho privado.

§ 151. CÓDIGO PENAL (DECR.-LEG. 635)

A) *Inseminación no consentida*

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

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

El anterior Código Penal de 1924 no preveía esta situación. En el Código Penal vigente (desde 1991) se atenúa la pena para el delito de aborto en este caso, siempre que se den necesariamente dos supuestos (elementos constitutivos): 1)

¹ CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas*, 8ª ed., Lima, Grijley, 2001, pág. 65, y en Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil peruano, *Derecho de las personas, en Código Civil IV-Exposición de motivos y comentarios*, Lima, Delia Revoredo de Debaquey, compiladora, 1985, págs. 71 y 72.

que la inseminación artificial no haya sido consentida y 2) que esta haya ocurrido fuera del matrimonio. Este inciso debe ser más amplio, pues excluye la posibilidad de reducir la pena para el aborto cuando el embarazo sea consecuencia de una inseminación artificial no consentida dentro del matrimonio, en todo caso esta propuesta debería ser tomada en cuenta por nuestros legisladores para una posterior modificación del texto en este inciso.

B) *Clonación*

Sigue siendo urgente y necesaria la tipificación de los denominados delitos biogenéticos (o por manipulación genética), aunque ya mediante la ley 27.636 (DOEP, 16 enero 2002) se incorpora al Código Penal en el título XIV-A, Delitos contra la humanidad, el capítulo V, Manipulación genética, en los siguientes términos:

“Artículo 324.—Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4° y 8°”.

Antes de la promulgación de esta ley, en el caso de darse una situación de manipulación genética, la responsabilidad de quien la realizaba repercutía únicamente en el ámbito civil y administrativo. Con la ley 27.636 se tipifica la clonación como un delito sancionable con pena privativa de la libertad, dejando de ser un mero ilícito civil, lo que no significa que solo se pretenda prohibir o restringir la clonación, sino más bien dar salidas acordes al avance científico actual sobre la base del respeto a la vida humana.

La estructura del tipo penal consta de los siguientes elementos:

- Bien jurídico protegido. Es la identidad e irrepetibilidad del ser humano y el principio de selección biológica y heterogeneidad de la humanidad. En forma directa se protegen los derechos del ser humano en general (embrión, persona y cadáver), pues se prescriben estas formas de manipulación genética, e indirectamente de la humanidad a efectos de que la misma no se perjudique por estas técnicas.

- Sujeto activo. Cualquier persona, no limitándonos a señalar como tales a los profesionales de la salud.

- Sujeto pasivo. El ser humano y la humanidad.

- Objeto material. Según el tipo de técnica usada lo constituirán los óvulos, las células somáticas, embriones, personas o cadáveres sobre los que se desarrollen las técnicas de duplicación genética.

- Conducta típica. La aplicación o tentativa de uso de cualquier procedimiento de manipulación genética con el fin de crear seres humanos idénticos. No cabe la comisión por omisión.

- Culpabilidad. Se requiere dolo. No se castiga la forma imprudente de la comisión del tipo.

- Ausencia de antijuridicidad. No hay ninguna causa que justifique los procesos de duplicación genética. Así, la clonación de embriones para crioconservarlos como reserva de órganos, así como la clonación de individuos nacidos para dar lugar a un embrión que desarrolle órganos que sean usados posteriormente por el individuo originario, no suponen estados de necesidad justificante.

- Situaciones concursales. Cabe la posibilidad de que se den situaciones concursales (de orden real) con posteriores actuaciones no terapéuticas sobre los embriones *posimplantarios* o con transferencia de embriones sin consentimiento. Así mismo, podría darse el concurso (de orden ideal) con algunas lesiones realizadas a la mujer, si las actuaciones en el embrión son *in utero*.

C) *Lesión al concebido*

Mediante la ley 27.716 (DOEP, 8 mayo 2002) se tipificó el delito de lesiones al feto en los términos siguientes:

“Artículo 124 A.—El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres”.

El análisis de la tipología lo hacemos en el § 165. Debe tomarse en cuenta que al tratarse el término lesiones su concepción es muy amplia así que estarían consideradas todas las técnicas de experimentación y manipulación tanto genésica como de procreación.

§ 152. LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL² (DECR.-LEG. 823)

Artículo 28.—No serán patentables:

(...).

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

Esta norma prohíbe expresamente la posibilidad de que se puedan patentar los descubrimientos generados a partir de la investigación genética sobre el cuerpo humano. Si bien en nuestro país no se ha pretendido patentar ningún organismo vivo, sean animales o plantas modificados genéticamente, creemos que esta situación debe ser prevista, pues este inciso protege solamente al ser humano.

² Como antecedente tiene la ley general de propiedad industrial (decr.-leg. 26.017) que mencionaba:

Artículo 29.—Son patentables todas las invenciones, salvo las siguientes:

(...).

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

(...).

Esto evitaría que las denominadas bioempresas pretendan patentar otras formas de vida orgánica, como se hizo con las bacterias del suelo del monte Kilimanjaro o con el árbol indio Neem³, y tengan el monopolio de los beneficios que estos organismos puedan generar.

§ 153. CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y DE LOS ADOLESCENTES (DECR.-LEG. 27.337)

Artículo 1º.—*A la vida y a la integridad.* El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción.

El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental.

Con este artículo, el Código de los niños y de los adolescentes vigente, así como el anterior⁴, se presenta como el primero en nuestro medio en prohibir la manipulación genética de manera taxativa y expresa, siguiendo la orientación *in extenso* de la Convención sobre los Derechos del Niño, debiendo considerar que su inspiración la tenemos en la Propuesta de la Asociación Mundial de Amigos de la Infancia al proyecto de Convención del Niño⁵.

Del análisis del referido artículo apreciamos que es estricto en lo referente a la protección del concebido de las experimentaciones contrarias a la integridad y desarrollo físico o mental del ser humano, no estableciendo límite alguno a la práctica de aquellas intervenciones técnicas cuyos fines sean terapéuticos.

El límite está en la realización de aquellos procedimientos genéticos que, en vez de ser aplicados en beneficio del ser humano, sirven fundamentalmente para definir o fomentar el desarrollo de las técnicas biomédicas sin considerar la violación y atentado contra la unidad psicosomática cometida contra el sujeto de derecho.

Si bien este artículo prohíbe las manipulaciones genéticas, deja abierta la posibilidad de someter al concebido a un diagnóstico o terapia genética (sea

³ CLARA MOSQUERA VÁSQUEZ, *Derecho y genoma humano*, Lima, Edit. San Marcos, 1997, pág. 87.

⁴ El antiguo Código de los niños y adolescentes, decreto legislativo 26.102 (29 diciembre 1992), consagraba igual redacción.

⁵ Como bien refiere JORGE VALENCIA COROMINAS (*Derechos humanos del niño*, Lima, Instituto de Derechos Humanos, 1990, págs. 114 y 115) en el marco de las sugerencias y recomendaciones presentadas al proyecto de Convención del Niño, la Asociación Mundial de Amigos de la Infancia hizo llegar en 1989 un informe a la Comisión de derechos Humanos mostrando su preocupación por el silencio que guardaba el proyecto de la Convención respecto a la situación del concebido. La Asociación propuso que el proyecto ampare en sus disposiciones la protección del concebido, puesto que los adelantos científicos referidos a la genética vienen contrariando la dignidad del ser humano.

preconceptiva, preimplantatoria o prenatal), lo cual es positivo, pues así se podrá evitar que un concebido, al que se le ha detectado una enfermedad genética, sufra de esta, sometiéndolo a un tratamiento preventivo.

Lo singular de esta importante norma, siguiendo el criterio de aplicación legal estricta, es que solo sería aplicable al niño (desde la concepción hasta los 12 años) y a los adolescentes (desde los 12 hasta los 18 años), no así a los adultos, pues estos se encuentran fuera de su ámbito de aplicación legal.

§ 154. LEY GENERAL DE SALUD⁶ (LEY 26.842)

Artículo 7°.—Toda persona tiene el derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

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

Este artículo reconoce el derecho a los tratamientos por la infertilidad y el derecho a la procreación.

Es importante señalar que no es condición indispensable para recurrir a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Teras) el haber seguido sin éxito un tratamiento de fertilidad, sino que se puede llegar a ellas directamente. Pero, siendo las Teras procesos supletorios de la infertilidad, la ley debería exigir de-

⁶ Antecedentes prelegislativos:

— Proyecto de ley 2263 de 1996-CR. *Ley general de salud*

Artículo 7°.—Toda persona tiene el derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación.

— Proyecto de ley 1640 de 1996-CR. *Proyecto de Código de Salud*

Capítulo IV

De la reproducción asistida

Artículo 19.—Toda persona tiene derecho, si lo solicitara y aceptara expresamente, a recuperar su función reproductiva mediante técnicas de reproducción asistida, las cuales solo pueden practicarse cuando hay evidencia médica de su necesidad y de acuerdo con la norma de salud.

Las técnicas utilizadas para recuperar esta función deben ser conocidas previamente por la persona.

mostrar el agotamiento de estos tratamientos a efectos de consolidar los medios de la procreación asistida.

Este artículo permite el uso de las técnicas de reproducción asistida, pero prohíbe la maternidad subrogada, la cesión de útero, así como los procesos de ovodonación al señalar que la condición de madre genética debe recaer sobre la persona que recurra a alguna de dichas técnicas, que es la madre biológica.

El consentimiento previo y textual de los padres es indispensable para la validez de las Teras, sin embargo, es de apreciar que de la redacción podemos intuir que se estaría limitando la técnicas de reproducción en mujeres solteras, pues el consentimiento debe ser conjunto, dual, es de pareja no de persona.

Se prohíbe, también, la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, en otras palabras, se impide la experimentación y la fecundación *inter especies* que consiste en fecundar óvulos de mamíferos con gametos humanos o viceversa. Así mismo, se prohíbe crear seres humanos en serie (clonación).

Las prohibiciones indicadas carecen de una sanción expresa, siendo considerados solo ilícitos civiles, no son delitos al carecer de tipificación en el Código Penal.

Artículo 28.—La investigación experimental con personas debe ceñirse a la investigación especial sobre la materia y a los postulados éticos contenidos en la declaración de Helsinki y sucesivas declaraciones que actualicen los referidos postulados.

Como indicamos en una reciente publicación⁷, la Declaración de Helsinki fue redactada por la Asociación Médica Mundial en Nuremberg con fundamento en unos protocolos, a fin de regular la investigación en seres humanos. Estos protocolos fueron revisados en Helsinki y en Tokio, y promulgados en 1964 con la denominación señalada; posteriormente, en 1975, fueron modificados.

Los principios en que se inspira son los siguientes:

- Protección integral del ser humano.
- Primacía de la vida frente a los cambios tecnológicos.
- Utilización de la experimentación para beneficio del hombre.
- La medicina como ciencia con fines terapéuticos.

§ 155. BIODIVERSIDAD Y BIOTECNOLOGÍA

A) *Ley sobre la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica (ley 26.839)*

Título VII: *De la investigación científica y la tecnología*

Artículo 26.—Se declara de prioridad e interés nacional la investigación científica sobre:

⁷ *Derecho y manipulación genética*, 1ª ed., Lima, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, octubre, 1996, págs. 42 y 44.

(...)

c) Conocimiento, conservación y aplicación industrial y medicinal de los recursos genéticos mediante biotecnología tradicional y moderna.

(...)

Título VIII: *De los recursos genéticos*

Artículo 27.—Los derechos otorgados sobre recursos biológicos no otorgan derechos sobre los recursos genéticos contenidos en los mismos.

Artículo 28.—El estado es parte y participa en el procedimiento de acceso a los recursos genéticos.

Artículo 29.—Mediante norma legal expresa, se establece el procedimiento de acceso a los recursos genéticos o sus productos derivados. Podrán establecerse limitaciones parciales o totales a dicho acceso, en los casos siguientes:

a) Endemismo, rareza o peligro de extinción de las especies, variedades o razas;

b) Condiciones de vulnerabilidad o fragilidad en la estructura o función de los ecosistemas que pudieran agravarse por actividades de acceso;

c) Efectos adversos de la actividad de acceso sobre la salud humana o sobre elementos esenciales de la identidad cultural de los pueblos;

d) Impactos ambientales indeseables o difícilmente controlables de las actividades de acceso, sobre las especies y los ecosistemas;

e) Peligro de erosión genética ocasionado por actividades de acceso;

f) Regulaciones sobre bioseguridad; o,

g) Recursos genéticos o áreas geográficas calificados como estratégicos.

Artículo 30.—La investigación, desarrollo, producción, liberación, introducción y transporte en todo el territorio nacional de organismos genéticamente modificados, deben contar con mecanismos de seguridad destinados a evitar los daños al ambiente y la salud humana.

Esta ley busca concretamente la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica, es decir, promover el uso y beneficio que se pueda obtener de la biodiversidad. Esta ley es fundamental en nuestro medio, puesto que Perú es un país rico en microclimas, flora, fauna y especies en general, que a la vez que son utilizadas por el hombre también deben ser protegidas por él.

Téngase en cuenta que no restringe el uso de la biotecnología sobre los recursos genéticos; por el contrario, lo que busca es un uso adecuado de acuerdo con normas de beneficio recíproco: para el hombre y para el medio ambiente.

B) *Ley de prevención de riesgos derivados del uso de la biotecnología*
(ley 27.104)

Esta ley tiene por objeto concreto normar la seguridad de la biotecnología. Además, tiene como finalidades específicas las siguientes:

- Proteger la salud humana, el ambiente y la diversidad biológica.
- Promover la seguridad en la investigación y desarrollo de la biotecnología en sus aplicaciones para la producción y prestación de servicios.
- Regular, administrar y controlar los riesgos derivados del uso confinado y la liberación de los Organismos Voluntariamente Modificados (OVM).
- Regular el intercambio y la comercialización, dentro del país y con el resto del mundo, de OVM, facilitando la transferencia tecnológica internacional en concordancia con los acuerdos internacionales suscritos por el país.
- Entre las actividades incluidas en la ley tenemos que se establecen las normas generales aplicables a las actividades de investigación, producción, introducción, manipulación, transporte, almacenamiento, conservación, intercambio, comercialización, uso confinado y liberación con OVM, bajo condiciones controladas. Sin embargo, la ley excluye las actividades relacionadas con el genoma humano, todo tipo de vacunas aplicadas a seres humanos, los organismos cuya modificación genética se obtenga mediante técnicas convencionales y tradicionales como la fertilización *in vitro*, conjugación, transducción, transformación o cualquier otro proceso natural; inducción poliploide, mutagénesis, formación y utilización de células somáticas de hibridoma animal; siempre y cuando no implique la manipulación de moléculas de ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante o la utilización de OVM como organismos vectores, receptores o parentales.

Esta ley se sustenta de manera esencial en el denominado principio precautorio, mediante el cual el Estado, a través de sus organismos competentes, evalúa los efectos negativos en la salud humana, el ambiente y la diversidad biológica, que ocasione la liberación intencionada de un OVM y, de existir amenazas, será desautorizada su liberación y uso, siempre que dicha medida sea técnicamente justificable y no constituya obstáculo técnico o restricción encubierta al comercio.

Especial atención se presta con aquellos OVM cuya utilización haya sido observada o rechazada por las autoridades competentes en otro país, de manera tal que no será admitido en el país; la solicitud será denegada de pleno derecho y prohibida su utilización dentro del territorio nacional. Tampoco deberán admitirse aquellos OVM que no hayan sido probados en otro país y que, por tanto, exista un eventual riesgo en su uso.

Como regla básica se determina como prohibición el empleo de OVM en armas biológicas, en prácticas nocivas al ambiente y a la salud humana.

La ley, a la vez que previene el riesgo en el uso de la biotecnología no es ajena a su uso correcto; por el contrario, la fomenta. En este orden de ideas establece que la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que pretenda introducir algún OVM al territorio nacional para la realización de cualquiera de las actividades previstas en la ley, deberá presentar previamente su solicitud ante el órgano sectorial competente. Así mismo, se fija el procedimiento el que puede

estar sustentado en el principio de confidencialidad, siempre que se demuestre que pudiera ser materia de uso desleal, para lo cual acompañará la justificación correspondiente y un resumen no confidencial que formará parte del expediente público.

Los aspectos materia de confidencialidad permanecerán en expediente reservado bajo custodia del órgano sectorial competente y no podrán ser divulgados salvo mandato judicial que disponga lo contrario. La excepcionalidad a la confidencialidad está dada cuando el trámite pueda afectar la salud humana, el ambiente y la diversidad biológica.

§ 156. DISPOSICIONES GENÉRICAS

A) *Decreto legislativo 682 (DOEP, 20 octubre 1991)*

Las medidas de libre comercio previstas en los decretos legislativos 653 y 668, no excluyen el cumplimiento de las disposiciones destinadas a preservar el patrimonio genético nativo y mejorado de cultivos y de la flora y fauna silvestres explotadas.

B) *Denominación del caballo peruano de paso. Ley 27.203 (DOEP, 24 noviembre 1999)*

Se establece que la Asociación Nacional de Criadores y Propietarios de Caballos Peruanos de Paso es la encargada del “Registro de Reserva de Raza” del caballo peruano de paso, velando por la preservación de su material genético (art. 5°). Este dispositivo es de sumo interés, pues cautela la pureza de estos especímenes equinos y determina la protección directa de su estirpe genética.

Sección II. *Documentos preliminares para el desarrollo legislativo del derecho genético*

§ 157. BASES PARA UNA LEGISLACIÓN SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

En septiembre de 1991, el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, bajo la dirección del maestro CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO y con la colaboración de los profesores argentinos GUSTAVO BOSSERT, SANTOS CIFUENTES y EDUARDO ZANNONI, elaboró catorce bases para una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida⁸.

⁸ Véase *Cuadernos de Derecho 1*, Revista del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1992, pág. 60.

Así mismo, el 2 de diciembre de 1993, presentamos dieciséis bases de derecho genético⁹ y las pusimos a disposición de la comisión revisora del Código Civil de 1984.

Debe señalarse que la Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, aprobó un artículo que protegía al concebido de la influencia de la genética aplicada, que refería lo siguiente:

“Artículo 7º.—El Estado garantiza la vida del concebido. Lo protege de todo experimento o manipulación genética contrarios a su integridad o desarrollo¹⁰”.

Este texto, sin embargo, no fue considerado en los proyectos ni en la Constitución aprobada por referéndum de 31 de octubre de 1993. Así, nuestra novísima Constitución, perdió la oportunidad de legislar sobre el importante tema de la influencia de la genética en las relaciones sociales.

§ 158. PROYECTO DE LEY DE ENMIENDAS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

A) *Estudio y revisión del Código Civil*

Dentro de un amplio y ambicioso proyecto académico, el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, trabajó incesantemente desde 1991 (ocho comisiones) en un proyecto destinado a la revisión del Código Civil, con el propósito de concordar un Anteproyecto de Ley de Enmiendas que contenga las principales modificaciones a fin de corregir visibles errores y llenar los vacíos apreciados durante los 10 años de vigencia de este cuerpo legal.

El trabajo final fue presentado como un Proyecto de Ley de Enmiendas del Código Civil de 1984 al Congreso Constituyente Democrático (CCD) con fecha 4 de enero de 1995 y publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 7 de enero de 1995.

La Comisión de Derecho de las Personas, respecto al tema de la genética, consideró pertinente incorporar como normas legales los principios que inspiran el derecho genético, procediéndose a reformular el artículo 5º del Código Civil¹¹.

a) *Propuestas de modificación al libro de derechos de las personas.* Las propuestas planteadas por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, para introducir dentro del

⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, “Bases de derecho genético”, en Diario Oficial *El Peruano*, Derecho civil, sec. B, Lima, 11 agosto 1994, pág. 2.

¹⁰ Diario Oficial *El Peruano*, sec. D, Lima, 7 marzo 1993, pág. 2.

¹¹ Véase *Cuadernos de Derecho*, núm. 4, Lima, Universidad de Lima, 1994, págs. 96 a 100.

Código Civil el avance de la genética en el derecho de las personas, se proyecta como una innovación sin precedentes en la legislación comparada.

Las propuestas y los principios que inspiran la reformulación son los siguientes:

Texto 1:

Artículo 5°.—*Nadie debe atentar contra la integridad de la especie humana.* Se prohíben las prácticas eugenésicas tendentes a la selección de genes, sexo o de caracteres físicos o raciales de seres humanos.

Ninguna modificación puede producirse al genoma o a las células humanas de una persona con la finalidad de alterar su genotipo, salvo en el comprobado caso de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves.

Igualmente, están prohibidas la cesión, manipulación o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos.

Establece como principios: 1) la protección a la integridad de la especie humana; 2) el límite a la eugenesia médica; 3) la protección al genoma humano, y 4) la prohibición de la cesión, manipulación o destrucción de embriones y sus productos.

Artículo 5° bis.—*El cuerpo humano, los órganos, tejidos, células y productos del mismo no pueden ser objeto de derechos patrimoniales.* Los órganos, tejidos, células, genomas y productos del cuerpo humano no pueden ser, en cuanto tales, objeto de patente.

Establece como principio que el cuerpo humano es un bien indisponible.

Artículo 5° ter.—*Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación o contrarios a la dignidad del ser humano.* Los acuerdos de procreación o de gestación por cuenta de otro, son nulos.

Las técnicas de reproducción humana asistida son reguladas por la ley de la materia.

Establece como principios: 1) Prohibición a la manipulación genética en la etapa de la fecundación; 2) protege y reconoce la procreación y gestación como un hecho jurídico, natural y biológico, y 3) la procreación asistida es permitida mediante una norma de remisión.

b) *Propuestas de modificación al libro de Derechos de familia.* En lo referente a la aplicación de la genética en el campo del derecho de familia su influencia muestra especial interés en la determinación de la paternidad.

En tal sentido, y tomando como base el principio de paternidad biológica, se considera necesario reestructurar todo el régimen de la sociedad paterno-filial (matrimonial y extramatrimonial) sustentándolo en un régimen de determinación abierto, en el que prime la verdad exacta y real (la genética), dejando de lado el régimen cerrado sustentado en supuestos irreales o falsos (las presunciones) en los que prima la voluntad del padre y no la sangre, como por naturaleza debe ser.

Los principales artículos propuestos referentes al campo de la genética y su influencia en el derecho de familia son:

Artículo 385.—En los procesos de filiación se admitirá toda clase de pruebas, incluso las biológicas o de marcadores genéticos, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte.

Fundamento. Sin duda este artículo subsana la deficiente y anacrónica redacción del artículo 413 del Código Civil vigente, que refiere la aplicación de la prueba negativa de los grupos sanguíneos, que es única y exclusivamente aplicable para los juicios de la declaración de la paternidad o maternidad extramatrimonial, limitando su utilización en los procesos de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad matrimonial.

La propuesta se orienta dentro de la sistemática de la investigación de paternidad irrestricta o régimen abierto, el que toma como base fundamental el vínculo biológico o de sangre en una relación paterno-filial, dejando de lado el vínculo social que ha creado tantos problemas y ha limitado el accionar.

El artículo propuesto admite, en los procesos de filiación, toda clase de pruebas. Dentro de estas deben considerarse a las biológicas (grupos sanguíneos, huellas dactilares, odontograma, el examen radiológico de la columna vertebral, proteínas séricas, polimorfismos cromosómicos), así como la prueba de marcadores genéticos (perfil de ADN).

Se ha querido dar énfasis a la investigación biológica de la paternidad con la inclusión de la prueba de los marcadores genéticos, que tiene aplicación judicial en otros países y que sirve para determinar positivamente la paternidad. Las pruebas biológicas hasta el momento son exactas únicamente para excluir, mas no para definir exactamente una relación paterno-filial.

Como novedad y considerada la importancia de estos procedimientos y de las pruebas que se pueden realizar, se otorga la facultad al juez para decretarlas, esto de conformidad con el artículo 194 de nuestro Código Procesal Civil.

Artículo 386.—La negativa al sometimiento a la prueba del nexo biológico será apreciada por el juez de acuerdo con la calidad de quien se resiste, ya sea como un indicio determinante de paternidad, desestimando la demanda o considerando establecidos los hechos que tiene por objeto comprobar.

Fundamento. La propuesta presenta un sentido estrictamente procesal, pero se consideró importante incorporarla al Código Sustantivo en el sentido de la especialidad de las pruebas a que se refiere y a los efectos determinantes que esta produce.

La negativa o resistencia al sometimiento de la prueba del vínculo biológico, debe ser apreciada por el juez de acuerdo con la calidad de quien se resiste, la que determinará el surgimiento de un indicio o presunción. Normas similares las encontramos en los Códigos Cviles de España, Venezuela, Colombia y en la ley de banco de datos genéticos de Argentina.

La jurisprudencia, en el derecho comparado presenta varios casos en los que la negativa al sometimiento del examen biológico ha derivado en un fallo que establece la paternidad del requerido a la prueba.

B) *Comisión de reforma del Código Civil del Congreso Constituyente Democrático*

El Proyecto de Ley de Enmiendas del Código Civil, presentado por el Centro de Investigación, fue revisado por una comisión nombrada especialmente para ello¹², que acordó en la sesión de 22 de febrero de 1995 la reestructuración de la propuesta de enmiendas referente al artículo 5º, quedando su redacción de la siguiente manera:

Artículo 5º.—*Nadie debe atentar contra la integridad de la especie humana.* Los caracteres genéticos del ser humano no deben ser alterados, ni modificado el genoma humano o las células de una persona, salvo el caso científicamente comprobado de que tenga por finalidad eliminar o disminuir taras o enfermedades graves. Igualmente, no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos.

La fecundación de óvulos humanos solo debe destinarse a la procreación.

No son exigibles los acuerdos de procreación o de gestación por cuenta de otro. El parto determina la maternidad.

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

Así mismo, el artículo 6º, quedó con la siguiente redacción:

Artículo 6º.—El cuerpo humano, los órganos, tejidos, células y los productos del mismo, así como el genoma humano, no son objeto de derechos patrimoniales ni son patentables.

La intención que inspiró esta modificación fue sintetizar en un solo artículo las pautas generales del derecho genético, tomando en consideración que el Código Civil debe regular los avances científicos de manera genérica, dejando a una ley especial la regulación detallada de los mismos.

Debe considerarse que el artículo 5º detalla clara y específicamente la protección integral del ser humano, amparando y defendiendo la protección de sus caracteres genéticos, así como de su genoma.

C) *Comisión especial encargada de elaborar el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil*

Con fecha 27 de octubre de 1997, la Comisión de reforma del Código Civil aprobó el texto final, de la siguiente manera:

¹² Esta Comisión estuvo conformada por Carlos Torres y Torres Lara (presidente), Carlos Fernández Sessarego (asesor científico), César Fernández Arce, Roger Cáceres Velásquez, Ricardo Marcenaro Fers, Fernando Vidal Ramírez, Guillermo Lohmann Luca de Tena y Alonso Morales Acosta (secretario).

Artículo 1º.—*La vida humana comienza con la concepción.*

(...)

Artículo 2º.—*El ser humano es persona natural desde su nacimiento.*

Estos dos artículos han permitido una ordenación lógica de la secuencia biológica de la vida. Así mismo, son meras declaraciones de principios.

Con fecha 3 de febrero de 1997¹³ se reestructura la Comisión encargada de elaborar un anteproyecto de Código Civil, acordándose en sesión del 7 de abril de 1997 la modificación y actualización del artículo 5º, quedando de la siguiente manera:

Artículo 5º.—*Nadie debe atentar contra la integridad de la especie humana.* Están prohibidas las manipulaciones genéticas, incluyendo la clonación, la selección de sexo o de los caracteres físicos o raciales de los seres humanos.

Los caracteres genéticos, el genoma humano y las células de un ser humano pueden ser alterados o modificados solo en casos científicamente comprobados que tengan por finalidad eliminar o disminuir enfermedades graves.

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

No son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro. El parto determina la maternidad.

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

La principal diferencia con el texto anterior consiste en que, como consecuencia de las recientes experimentaciones genéticas de clonación, se discutió la posibilidad de dictar una ley especial¹⁴ que regule la prohibición de estas técnicas y, dado que en el Código se estaba contemplando un dispositivo general, se consideró adecuado referir expresamente la prohibición de la clonación, a fin de llenar el vacío legal existente sobre esta forma tan aberrante de manipulación genética.

El artículo 6º mantuvo su redacción.

Con fecha 27 de octubre de 1997, la Comisión de reforma del Código Civil aprobó ligeras modificaciones al texto final, que quedó redactado de la siguiente manera:

¹³ Diario Oficial *El Peruano*, sec. A, 3 febrero 1997, pág. 10. Esta comisión está conformada por Jorge Muñoz Ziches (presidente), Carlos Fernández Sessarego, Max Arias Schreiber Pezet, Augusto Ferrero Costa, Fernando de Trazegnies Granda, Guillermo Lohmann Luca de Tena, Ricardo Marcenaro Fers, Jorge Avendaño Valdéz, Manuel de la Puente y Lavalle, Carlos Cárdenas Quirós, Luis Delgado Aparicio, Jorge del Castillo Gálvez, Fernando Vidal Ramírez.

¹⁴ La Comisión de Justicia del Congreso de la República solicitó a la Dirección Universitaria de Investigación Científica de la Universidad de Lima, la colaboración de profesores especialistas en la materia, siendo propuestos (el 26 marzo 1997) el autor y el profesor Lizardo Taboada Córdova para realizar el aporte personal y profesional en el proyecto de ley sobre clonación.

Artículo 5º.—*Nadie debe atentar contra la integridad de la especie humana.* El genoma no podrá ser modificado salvo que tenga por finalidad prevenir, disminuir o eliminar enfermedades graves. Están prohibidas las manipulaciones genéticas, incluyendo [*sic*] la clonación, la selección de genes, sexo o de los caracteres físicos o raciales de los seres humanos.

Lo prescrito en este artículo será desarrollado por una ley especial.

Artículo 5ºA.—Los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos. Está permitida la disposición para trasplantes de órganos y tejidos.

La fecundación de óvulos humanos solo debe destinarse a la procreación.

No son exigibles los acuerdos de procreación o de gestación por cuenta de otro. El parto determina la maternidad.

Lo prescrito en este artículo será desarrollado por una ley especial.

Artículo 6º.—El cuerpo humano, los órganos, tejidos, células y los productos del mismo, así como el genoma no son objeto de derechos patrimoniales ni son patentables.

D) *Proyecto de reforma ampliado de filiación*¹⁵

Sección tercera. *Sociedad paterno-filial*

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 361.—*La filiación se determina por naturaleza o de manera formal.* La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La formal surge de la adopción o por técnicas de reproducción humana asistida, estas últimas se determinarán por ley especial.

En este artículo se establecen las fuentes de la filiación, esto es, la fijada por la naturaleza o biológica, y la formal o determinada mediante un procedimiento especial, siendo el caso común la adopción. Sin embargo, es importante reconocer que las relaciones filiales surgidas de las técnicas de reproducción asistida requieren un sustento legal, razón por la que son incorporadas dentro de la generalidad del término formal.

No podemos equiparar la filiación surgida de una adopción con la filiación producto de las variadas técnicas de reproducción, pues si bien en ambas prima la voluntad para crearla, en el segundo caso debemos ser conscientes de que los

¹⁵ Presentado a la subcomisión de familia de la comisión encargada de elaborar el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil peruano. Véase al respecto el trabajo de ????????, *Filiación, derecho y genética*. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica, Universidad Mayor de San Marcos, Escuela de Posgrado, junio 1998, págs. 345 a 371.

elementos biogenéticos pueden ser sustituidos unos por otros (cesión de gametos, óvulos o úteros), escapando así del concepto de la filiación por naturaleza. Más aún, en las técnicas prima la reserva y secreto de la identidad de los cedentes.

Siguiendo el criterio tradicional de que la filiación se da por naturaleza o por adopción, estaríamos planteando que las técnicas se resolverán acudiendo al “expediente técnico de adopción”. Tal solución implicaría la pérdida o perjuicio del secreto deseado por quienes acuden a esta forma especial de reproducción, pues implicaría desvelar la paternidad biológica. Adopción es sinónimo de publicidad; mientras que técnicas de reproducción humana, sinónimo de reserva.

En este sentido, debe dejarse a una ley especial la regulación de esta materia, siguiendo quizás un procedimiento paralelo a la adopción (*sui generis*), pues es un nuevo tipo de filiación formal (una tercera categoría entre la adoptiva y la natural, a la cual llamaríamos no natural, *contra natura* o asistida). Con mayor razón si, de acuerdo con la nueva corriente del derecho genético, se establece que el procedimiento de fecundación debe ponerse en conocimiento del juez en lo civil, explicando la situación propia y especial de cada caso, de manera tal que se autorice el tratamiento correspondiente, previa opinión del ministerio público.

Creemos importante mencionar algunos casos que vienen ocurriendo en esta materia: a) impugnación del marido que consintió la fecundación del material genético de su mujer con semen de tercero; b) negativa de la madre al establecimiento de la filiación matrimonial; c) fecundación *post mortem*, y d) fecundación en mujer sola.

Este dispositivo sirve de pauta para introducir el sistema abierto de determinación de la paternidad, eliminando el sistema cerrado basado en supuestos, indicios y presunciones. Mantiene la clasificación de la filiación de acuerdo con el origen de la misma, resguardándose el principio de la igualdad de la filiación entre padre-madre e hijos (*status filii*).

TÍTULO III

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN FORMAL

Capítulo I

De la reproducción asistida

Artículo 389.—La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida será considerada, según sea el caso, matrimonial o extramatrimonial.

Es necesario fijar como pauta legal que, dada la relación familiar en la que se produce la procreación, se establecerá el tipo de filiación correspondiente, matrimonial o extramatrimonial: será matrimonial si la técnica se produce den-

tro de una unión conyugal, y, extramatrimonial si quienes recurren a las técnicas no se encuentran casados legalmente.

Considero este precepto necesario a fin de asimilar los efectos de la concepción natural con la asistida.

Artículo 390.—En la procreación asistida con material genético de cedente no se podrá indagar la relación parental.

La identidad genética solo podrá ser revelada por necesidad terapéutica a las autoridades médicas pertinentes y en ningún caso implicará determinación legal de la filiación.

El tema de la privacidad de quienes ceden el material genético para que una pareja lo utilice y pueda cumplir con su deseo de tener descendencia es, de por sí, complejo.

Indiscutiblemente, estamos frente a un caso en el que se deja de lado la paternidad biológica y se prefiere la social, pero esto es una excepción a la regla general.

La indicación está orientada a que el cedente no puede asumir un compromiso con la prole que, no obstante ser en parte biológicamente suya, ha sido traída al mundo por otras personas por medio de las técnicas de reproducción. El carácter altruista y humanitario de la cesión de material genético implica un desprendimiento de las obligaciones naturales.

Solo con fines de proteger el derecho a la vida, integridad o salud de la madre o del hijo que nació de técnicas de reproducción asistida, se permitirá conocer su origen biológico, el mismo que no podrá ser revelado directamente a la persona, sino a las autoridades médicas, quienes le darán el uso adecuado para realizar el diagnóstico o terapia correspondiente.

Artículo 391.—No se puede determinar ni impugnar la filiación por haber surgido esta de una procreación asistida.

Se presume que el marido consintió la aplicación de técnicas de reproducción asistida en su mujer, salvo prueba en contrario. En este caso puede impugnar su paternidad.

La filiación como relación jurídica familiar genera efectos específicos y directos entre el progenitor y la progenie, independientemente de la forma de procreación a la que se ha recurrido. De allí que resulte inadecuado referir la posibilidad de impetrar acción de filiación por el hecho de haber sido esta derivada de técnicas de reproducción asistida. Ninguna relación existe aquí entre la forma y el fondo.

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

Siguiendo con la línea de promoción del matrimonio y de integridad de la familia, se considera una presunción (*iuris tantum*) a efectos de vincular por ley la filiación del hijo de una mujer que recurre a la procreación asistida con su ma-

rido, dejando la posibilidad (por demás indispensable) de poder desconocerla por motivos justificados.

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

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

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

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

Artículo 394.—La determinación de la paternidad *post mortem* solo generará efectos si a la fecha del fallecimiento el material genético del difunto padre o el embrión procreado han sido transferidos a la mujer.

Con la finalidad de reconocer casos especiales de personas que al borde de una enfermedad grave o terminal decidan la extracción de su material genético con fines de tener descendencia antes de su fallecimiento, es que se atribuye una paternidad por ley, siempre que se haya producido la inseminación, fecundación o transferencia del embrión en una fecha coetánea con la muerte del difunto padre.

§ 159. PROPUESTA PARA CONSTITUCIONALIZAR LOS PRINCIPIOS BIOÉTICOS

Hoy más que nunca el ser humano ve amenazada su existencia por el desarrollo desmesurado de las técnicas biomédicas. Esto merece una reflexión profunda y una respuesta idónea del derecho al que le urge regular, desde el mismo ámbito constitucional la bioética, reconociendo *el respeto de las personas, la beneficencia y la justicia* que representan los principios conservadores de la bioética. Para ello debe repensar las normas plasmadas en su Constitución tomando en cuenta los documentos internacionales que se han venido aprobando, entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁶, la Declaración de Helsinki¹⁷,

¹⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, 10 diciembre 1948.

¹⁷ Asociación Médica Mundial. Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos. Adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, junio 1964 y enmendada por la 29ª Asamblea Médica Mundial, Tokio, Japón, octubre 1975. 35ª Asamblea

la Declaración de Bilbao¹⁸, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos¹⁹, el Convenio de los Derechos Humanos y la Biomedicina²⁰, la Declaración Bioética de Gijón²¹, la Carta de derechos en Genética²², Declaración Ibero-Latinoamericana sobre Derecho, Bioética y Genoma Humano²³, así como el derecho comparado en general y el nacional en particular, a efectos de dejar sentada su posición en su norma fundamental.

Los derechos de la persona representan la columna vertebral de toda Constitución, pues permiten la vida de relación. En este sentido, si en la actualidad la biotecnología es una de las principales fuentes de vulneración de los derechos y de la vida propiamente dicha, es lógico que la Carta Magna se encargue de su regulación, independientemente de que otras normas especiales traten la materia, como es el caso del Código Civil, la ley de salud u otras más concretas.

A) *Bioética y derecho constitucional*

Determinar la importancia de que un texto constitucional regle los principios de orden bioético tiene variadas vertientes: podemos apreciar que los especialistas en bioética son propensos a aplaudir esta inclusión; otros prefieren

Médica Mundial, Venecia, Italia, octubre 1983. 41ª Asamblea Médica Mundial, Hong Kong, septiembre 1989. 48ª Asamblea General, Somerset West, Sudáfrica, octubre 1996 y la 52ª Asamblea General, Edimburgo, Escocia, octubre 2000.

¹⁸ Es producto de la Reunión Internacional sobre “El derecho ante el Proyecto Genoma Humano”, Fundación Banco Bilbao, Vizcaya, celebrada en mayo de 1993. Tiene la virtud de haber sido el primer texto internacional que aborda de forma global y específica los diversos aspectos relacionados con el genoma humano.

¹⁹ Aprobada por la Unesco, Conferencia General 29, París, 11 noviembre 1997, vigente desde el 4 de abril de 1997. Respecto de este documento internacional es importante señalar que si bien no tiene un carácter vinculante es la base jurídica internacional en la que deben sustentarse todos los Estados a efectos de adecuar su legislación nacional a los bioprincipios enunciados por la Unesco.

²⁰ Aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de noviembre de 1996. Se le conoce también como: Convenio de Asturias, Convenio de Oviedo, Convenio de Bioética para la medicina o Convenio de bioética. Este documento sí tiene fuerza vinculante y debe ser cumplido por los países firmantes. A pesar de que Perú no es parte del Consejo de Europa, el art. 34 (Estados no miembros) determina que “1. Una vez entrado en vigor el presente Convenio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá invitar a adherirse al presente Convenio, previa consulta a las Partes, a cualquier Estado no miembro del Consejo de Europa mediante una decisión adoptada por la mayoría prevista en el art. 20, párr. d), del Estatuto del Consejo de Europa, y por unanimidad de los votos de los representantes de los Estados Contratantes que tengan derecho a estar representados en el Consejo de Ministros”.

²¹ I Congreso Mundial de Bioética, Gijón, España, 20-24 junio 2000.

²² Emitido por el “Council for Responsible Genetics” (Consejo para una Genética Responsable), publicado en *Bulletin of Medical Ethics*, number 158, may 2000, pág. 7.

²³ Declaración de Manzanillo de 1996, revisada en Buenos Aires en 1998 y en Santiago en 2001.

mantener en la especialidad normativa los aspectos de la biotecnología. Algunos autores no muestran una posición clara sobre el tema, y esto es lógico, por la poca difusión o importancia que se le da actualmente a la bioética. Planteemos dos criterios, uno a favor y otro en contra.

a) *A favor*. GENIVAL VELOSO DE FRANÇA²⁴ nos refiere que “é muito auspicioso que na futura Constituição do Perú sejam inseridos dispositivos voltados aos princípios bioéticos onde fiquem patentes a proteção diante de todo experimento genético ou tecnológico, o direito à identidade genética, a proteção do patrimônio germinal e genético como respeito à dignidade da pessoa humana e da família, a confidencialidade de seus dados genéticos e que o patrimônio genético só venha a ser revelado com o consentimento livre e esclarecido do investigado. Enfim, que todo progresso que se venha obter através do estudo do genoma humano seja sempre em favor de cada homem e de cada mulher, e no conjunto dos interesses da coletividade”.

ADELIO MISSEONI²⁵ menciona que “resulta absolutamente innecesario que me refiera a la importancia de elevar a rango constitucional ciertos principios bioéticos [...] La fuerza que el debate sobre estos temas está adquiriendo es, a todas luces, evidente. Con este proyecto, Perú no hace más que confirmar su rica tradición jurídica”. Así mismo, JOSÉ GERALDO DE FREITAS DRUMOND²⁶, quien dice que “es un avance temático de las Cartas Mayores que buscan garantizar los derechos a la integridad del patrimonio genético de los pueblos”.

ROBERTO ANDORNO²⁷ indica, “Considero fundamental que ciertos principios orientadores de las denominadas cuestiones de “bioética” (que, más allá de la ambigüedad de la palabra, no pertenecen solo al ámbito ético, sino también al jurídico) adquieran rango constitucional. No hay que olvidar que en dichas cuestiones entran en juego valores básicos de la existencia humana, tales como la vida, la identidad de las personas y la libertad de toda predeterminación por parte de terceros. Los poderes inéditos que la tecnología nos confiere sobre nuestros semejantes, y sobre el futuro mismo de la especie, exigen ineludiblemente una respuesta jurídica del más alto nivel, es decir, de rango constitucional, para proteger la dignidad humana. Cabe señalar que, hasta el momento, Suiza es el único país en el mundo que ha introducido en su Constitución algu-

²⁴ Autor de *Direito Médico*, 7ª ed., São Paulo, Fundo Editorial BYK, 2001.

²⁵ Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Católica de Valparaíso. Master of Business Administration por la Universidad Luigi Bocconi de Milán (Italia). Consultor del Programa Regional de Bioética de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud.

²⁶ Presidente de la Sociedad Brasileña de Derecho Médico y rector de la Universidad Estatal de Montes Claros, Minas Gerais, Brasil.

²⁷ Doctor en Derecho por las Universidades de Buenos Aires (1991) y de París XII (1994). Profesor de Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires (1995-1998). Miembro del Comité Internacional de Bioética de la Unesco. Desde 2000: investigador en el Departamento de Ética Médica de la Universidad de Göttingen (Alemania).

nas reglas orientadoras del desarrollo biomédico. Si Perú logra realizar algo semejante, ello constituirá sin duda un gran orgullo para toda Latinoamérica”.

ALFONSO ATELA²⁸ nos propone que para forjar una Constitución moderna y duradera, digna de un Estado democrático del siglo XXI, “en primer lugar debéis pensar qué modelo de sociedad queréis y, a partir de ahí, dotar a vuestra Constitución de tres requisitos fundamentales en materia de bioética:

”a. Otorgar rango constitucional a los principios bioéticos más importante. Todo aquello que sea un principio básico, fundamental, conforme al cual queremos desarrollar el modelo de sociedad en el que previamente hemos pensado, debe ser reflejado en la Constitución para que sirva siempre de referente, para que sea el norte hacia el que se dirija la sociedad y sus tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial). De allí [que] los principios bioéticos deberían tener rango constitucional.

”b. Disponer sobre ellos una regulación especial mínima. La Constitución ha de modificarse lo menos posible, ha de ser el instrumento para el desarrollo de una sociedad a largo plazo, una apuesta de futuro. No tiene que ser inmutable (allá donde se aprecie un fallo habrá que modificarlo), pero es preciso que sea la norma con mayor seguridad jurídica del Estado. Por ello debe contener una regulación, por decirlo de forma gráfica, de *trazo grueso*, meras pinceladas perfilando lo más importante, lo que creemos que (seguramente) no va a cambiar sino a muy largo plazo. El trazo fino quedaría para la normativa de desarrollo constitucional, pues una regulación constitucional demasiado extensa es más probable que exija modificaciones a medio plazo, y es más sencillo (y sobre todo menos inseguro jurídicamente) modificar la ley que la Constitución. Este tema debe tenerse muy en claro al momento de constitucionalizar los principios de la bioética

”c. Establecer el principio de reserva de ley orgánica (o al menos de ley formal) para su normativa de desarrollo. Una cosa es que la normativa bioética no haya de regularse al detalle en la Constitución y otra muy distinta que pueda hacerse mediante norma de otro rango. También aquí en el punto medio está la virtud, y a medio camino de las dos opciones está que, una vez otorgado rango constitucional a lo básico y primordial, el desarrollo de aquello que tanta importancia tiene se reserve a norma cuya modificación ni sea tan dificultosa (y desaconsejable) como la de la Constitución, ni se convierta en un mero trozo de barro maleable por cada gobernante mediante el oportuno (u oportunista) decreto, etc. Hay que tener en cuenta, además, que tampoco la ley que desarrolle los principios constitucionales básicos ha de ser la última norma sobre la mate-

²⁸ Licenciado en Derecho por la Universidad de Deusto, abogado del Colegio de Médicos de Vizcaya desde Enero de 1990. Vocal de la Asociación Española de derecho Sanitario. Vocal de la Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico (Sideme). Profesor del Master de Práctica Jurídica de la Universidad de Deusto y del Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya.

ria, sino que puede, a su vez, disponer ulterior desarrollo reglamentario por el gobierno en las cuestiones administrativas y, en general, en las de menor importancia”.

b) *En contra*. Debemos aclarar que si bien no es un criterio totalmente antagónico a la inclusión de normas bioéticas en la Constitución, GONZALO FIGUEROA YÁÑEZ²⁹ nos detalla algunas reservas. Al respecto indica, de manera clara y precisa, que “La Ley Suprema juega funciones diferentes, según el país de que se trate. En aquellos lugares en que la modificación de las leyes es un trámite fácil, sujeto a las mayorías políticas que contingentemente puedan existir en los Parlamentos, o en los casos de existir legislativos obsecuentes al gobierno, la incorporación de ciertos principios en el ordenamiento constitucional conlleva un significado de inmutabilidad, de permanencia o de fijación de aquellos principios, que puede ser de mucha utilidad. En cambio, en aquellos otros países en que es el estatuto legislativo el que tiene ciertas características de inmutabilidad o permanencia, no tiene sentido ‘constitucionalizar’ los principios que ya tuvieron acogida legislativa. Lo mismo puede decirse respecto de la mutabilidad o inmutabilidad de una cierta jurisprudencia uniforme: si las sentencias de los tribunales se han inclinado invariablemente en un cierto sentido, puede incluso ser innecesario trasladar ese criterio al ámbito legislativo. Las consideraciones anteriores nos llevan al punto esencial que debe responderse al momento de proponer la ‘constitucionalización’ de alguna norma: *¿Para qué se quiere llevar un cierto principio al ámbito constitucional?* Yo he sostenido en mi libro *derecho civil de la persona. Del genoma al nacimiento* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pág. 21), que el tratamiento legislativo del derecho de la persona fue sacado del derecho privado por consideraciones políticas propias de la situación que desembocó en la Revolución francesa. Frente a los atentados de las monarquías absolutas contra los derechos básicos de los ciudadanos, a las *lettres de cachet*, a la inseguridad personal y al poder omnímodo de los reyes, parecía recomendable encontrar un refugio para las personas en el propio texto constitucional. Como esas consideraciones han cambiado, nada impide que el tratamiento jurídico extensivo respecto de las personas vuelva a su lugar de origen y se reincorpore como materia fundamental del derecho civil. Todo lo anterior lo lleva a uno a preguntarse: *¿Para qué se desea incorporar en la Constitución Política de Perú algunos principios de bioética? ¿Es que no basta en ese país el nivel legislativo o el nivel jurisprudencial?* La pregunta tiene especial interés frente a una materia tan cambiante, tan novedosa, tan innovativa, como son las investigaciones y descubrimientos biogénéticos, en que cada día nos encontramos con sorpresas nunca antes imaginadas, y en que pudiera parecer inconveniente ‘fijar’ normas, al elevarlas al nivel cons-

²⁹ Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Chile y en la Universidad Diego Portales. Director del Instituto de Investigaciones Fernando Fueyo Laneri. Ex embajador de Chile ante la Unesco.

titucional. Las razones anteriores me llevan —en la perspectiva que tengo desde Chile— a tomar una actitud suspensiva frente a la proposición que Ud. ha hecho al Congreso de Perú, para incorporar algunos principios bioéticos en la Constitución Política de esa nación. Declaro, sin embargo, que no tengo competencia para opinar sobre esta materia desde la única perspectiva válida y posible, como es la que se tiene desde el propio Perú”.

Estos dos criterios no hacen más que determinar la importancia del tema de la bioética. Queda por definir la posibilidad y necesidad de que el texto constitucional ampare estos principios.

B) *Los principios bioéticos en el derecho constitucional comparado*

Existe un buen número de países (37)³⁰ que en sus normas constitucionales traen principios de orden bioético y del derecho genético pues parten del concepto de que la biotecnología debe ser regulada en primer orden por la Constitución, “ley de leyes”, y ser reglamentada en normas especiales y típicas. Actualmente muchas Constituciones están en proceso de regular el avance de la biotecnología, la procreática y recientemente la genómica. En ellas se cautela de forma efectiva e inmediata con rango supremo los derechos humanos, al ser humano, al medio ambiente y a todo lo que implica vida.

Los países que consideran en sus preceptos constitucionales normas sobre bioética son: Argentina (Buenos Aires, Santa Cruz, Santa Fe), Armenia, Bielorrusia, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Croacia, Cuba, Chechenia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Eslovenia, España, Estados Unidos (Washington), Estonia, Guatemala, Honduras, Italia, Japón, Lituania, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Polonia, Portugal, Canadá (Proyecto de Constitución de Québec), Rusia, Sudáfrica, Suiza (Confederación Helvética), Turquía, Ucrania, Uganda, Venezuela, Zimbabwe.

Analizando por continentes tenemos que las Constituciones con datos de bioética están dispersadas de la siguiente manera: 1 en Asia, 7 en América del Sur, 7 en Centroamérica, 2 en Norteamérica, 16 en Europa y 4 en África.

Del análisis del derecho constitucional comparado podemos resumir que el tratamiento de la bioética y el derecho genético se resumen en los siguientes principios:

1. Límite a la aplicación y utilización indebida de material genético humano (Ecuador) y Garantía a la identidad genética frente al desarrollo, creación y uso de las tecnologías y en la experimentación científica (Portugal, Ucrania).

La defensa del ser humano no solo se debe estructurarse en base a su aspecto corporal externo sino que actualmente las biotécnicas vienen trabajando con la esencia somático-genética del individuo de allí que se considere que al

³⁰ No pretendemos ser categóricos, pero sin duda a la publicación de esta investigación habrá otro más en la lista.

igual que el cuerpo, los componentes, sustancias y secuencias de ADN merecen similar protección. Esto nos hace reflexionar que como consecuencia del desarrollo de la genómica el derecho a la integridad viene alcanzando su verdadera dimensión, resguardar totalmente a la persona. Las técnicas de manipulación genética alteran tanto la dignidad como la identidad de la persona y la esencia de la humanidad, es decir no solo vulneran derechos individuales (de alguien en especial) sino que atentan contra la biodiversidad, selección biológica natural y heterogeneidad de la humanidad (de todos en general). Si bien la investigación científica es reconocida y promovida, incluso en normas constitucionales, esta debe tener presente siempre al bienestar del hombre y no utilizarlo como un medio para lograr determinados fines.

2. No a los experimentos médicos o científicos sin consentimiento de la persona (Armenia, Bielorrusia, Croacia, Chechenia, Egipto, Eslovenia, Estonia, Guatemala, Lituania, Paraguay, Rusia, Santa Fe —Argentina—, Polonia, Sudáfrica, Turquía, Venezuela, Zimbabue).

El derecho al consentimiento informado es fundamental y surge como consecuencia de la realización de actos médicos. Permite al paciente ser instruido de la intervención médica a aplicársele con la finalidad de obtener su autorización. Es un derecho reconocido en el derecho médico de la mayoría de países e, incluso, al ser una facultad tan inherente a la persona debería ser parte del Código Civil (Proyecto Unificado de Código Civil y de Comercio argentino). La garantía al consentimiento informado del paciente para la realización de un análisis genético es indispensable, salvo que por razones de urgencia no pueda esperarse a obtenerlo del propio interesado u otras excepciones establecidas por ley. La decisión de la persona es de tal importancia que debe reconocerse, en el mismo sentido, el derecho a conocer o no la información sobre datos genéticos (derecho a saber y derecho a no saber). Nuestra legislación en materia de la salud indica que nadie puede ser objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos, tratamientos, exploración o exhibición con fines docentes sin ser debidamente informado sobre la condición experimental de estos, de los riesgos que corre y sin que medie previamente su consentimiento escrito. Toda experimentación debe sustentarse en los principios de la Declaración de Helsinki, reconociéndose así el derecho a no ser objeto de experimentación médica o científica sin haber prestado el libre consentimiento, pero dentro de los límites establecidos por la leyes.

3. Preservación de la integridad del patrimonio genético del país (Brasil, Ecuador) y regulación de la bioseguridad de los organismos voluntariamente modificados (Ecuador).

Países con recursos genéticos tan variados y representativos deben considerar normas para su protección, partiendo de un reconocimiento constitucional de la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica. Con esta norma general se busca proteger la salud humana, el ambiente y

la diversidad biológica; promover la seguridad en la investigación y desarrollo de la biotecnología en sus aplicaciones para la producción y prestación de servicios; regular, administrar y controlar los riesgos derivados del uso confinado y la liberación de los organismos voluntariamente modificados.

4. Protección especial a la reproducción humana (Nicaragua, Sudáfrica), control de las nuevas prácticas de reproducción (Proyecto de Constitución de Québec) e igualdad de todos los hijos, incluso de los procreados por asistencia científica (Colombia).

La reproducción es un hecho natural, conjunto, libre y decidido por la pareja de manera que no puede ser delimitado ni mucho menos violentado en su esencia. El Estado debe brindar atención especial en materia de salud reproductiva, y esta es una labor bastante extensa que no se agota solo en el tema de la paternidad responsable, sino que va desde la enseñanza escolar pasando por el cuidado de la madre gestante.

La infertilidad, como una deficiencia que impide a la pareja la procreación, debe ser combatida dentro de los cánones propios de cada país. Las condiciones de infertilidad no son las mismas en los países industrializados que en los países en vías de desarrollo, ni en los países nórdicos, de aquellos vecinos a la línea ecuatorial. Existe la necesidad de que cada Estado fije su política para legitimar las técnicas de procreación, pues se parte de la premisa de que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad y, si bien las técnicas de reproducción asistida se han convertido en medios efectivos para tener descendencia, las mismas deben ser aplicadas con criterios claros, definidos y reconocidos por la ley. Por ningún motivo pueden ser llevadas a cabo de manera alternativa (antojadiza), sino que únicamente se realizarán con fines supletorios (suplentes), es decir, comprobada la infertilidad, las técnicas de reproducción se presentan como el último medio para lograr la descendencia.

Esto indica una protección integral de la persona frente a la procreática y de aquellas nueva forma de discriminación, el genoísmo, que puede reflejarse en diferenciaciones entre los hijos concebidos naturalmente de aquellos concebidos de manera asistida. De esta manera, se estará limitando la utilización alternativa o antojadiza de la técnicas de procreación y de todas sus derivaciones biotecnológicas (crioconservación, maternidad subrogada, embriones de paternidad múltiple, etc.). En este principio subyace la prohibición de no utilizar técnicas de fecundación o de generación de vida con fines distintos a la procreación (clonación y otras).

5. Promoción del derecho a investigar la paternidad (Bolivia, Costa Rica, Cuba, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, Italia, Panamá, Uganda, Venezuela) y reconocimiento del derecho a la identidad biológica (Venezuela) o de origen (Buenos Aires —Argentina—).

La ley reconoce el derecho de toda persona a contar jurídicamente con un padre y una madre. A pesar de que la investigación del nexo filial está ampa-

rada en normas especiales como el Código Civil y el Código de los niños y adolescentes (y en algunos países en el Código de Familia), su reconocimiento constitucional es imprescindible, pues fortalece el principio de protección de la familia. Sobre este orden de ideas debemos afirmar además que filiación, identidad y paternidad no son conceptos exclusivos del derecho civil, son también de interés del derecho constitucional, pues por intermedio de ellos se establecen vínculos jurídicos de protección al sujeto de derecho, y en especial a la niñez.

Los principios en la investigación y determinación de la paternidad subyacen en los siguientes criterios: la filiación, la maternidad y la familia son instituciones sociales y por demás naturales, de las que se desprenden la protección de la persona y la familia, la unidad de la filiación y la promoción de la investigación de la paternidad; el derecho a la identidad; el derecho a la investigación de la paternidad; el derecho a conocer el propio origen biológico y la legalidad de la aplicación de las pruebas biogenéticas, y es en este sentido como la jurisprudencia ha ido resolviendo muchos casos antes de la modificación de nuestro Código Civil en el que se liberalizó la investigación de la paternidad. En efecto, dada la insuficiencia de las normas privadas los criterios judiciales se apartaron de las consideraciones taxativas y esquemáticas de la determinación de paternidad extramatrimonial del Código Civil y se ciñeron a las normas constitucionales referidas al respeto y defensa de los derechos fundamentales de las personas y a la protección de la niñez, como principio básico para resolver la pretensión de filiación extramatrimonial³¹.

6. Promoción de la medicina tradicional con sujeción a principios bioéticos (Venezuela) y regulación de la práctica médica (Washington).

La medicina tradicional requiere de una normatividad especial y de un reconocimiento constitucional, tomando en cuenta que la ciencia del curar en Perú se remonta a épocas muy primitivas y que ha ido pasando de generación en generación, sin protección ni normas que cautelen su preservación y diversidad (medicina folclórica, plantas medicinales, hoja de coca y medicina tropical). Es por ello por lo que la medicina ancestral como parte de la idiosincrasia y cultura de la protección de la salud debe ser impulsada por el Estado, reconociendo que la cultura y costumbres son elementos fundamentales en la decisión de la persona para cuidar de su salud.

No debemos olvidar la regulación de la medicina en general que es importante, pues como ciencia de la salud tiene al ser humano como parte de su actividad: es allí donde radica la importancia y el reconocimiento que debe dársele a la praxis médica. Un aparte especial son los experimentos de ingeniería genética que deben controlarse estrictamente y obligar a los laboratorios, hospitales y universidades que los realizan a informar periódicamente a las auto-

³¹ VARSÌ ROSPIGLIOSI, *Filiación, derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*, cap. VI, Lima, coedición Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Fondo de Cultura Económica, 1999.

ridades médicas de sus avances, fracasos y resultados de sus trabajos. La terapia genética se ha convertido en un dilema para las autoridades mundiales, que no saben si prohibirla debido a los peligros que implica, permitir su desarrollo como último recurso vital o liberalizarle completamente por los éxitos logrados.

7. Respeto a las generaciones futuras (Argentina —Buenos Aires, Santa Cruz—, Brasil, Japón, Noruega).

El hábitat ha de ser cuidado también para que las generaciones venideras gocen de un mundo genéticamente limpio y sean concebidas libres de todo tipo de manipulaciones. Ya no debemos pensar solo en el individuo, sino en la colectividad, no en el *homo*, sino en el *habitat*. Es más, este esquema de categorización de la humanidad como un nuevo sujeto de derecho robustece la teoría del *concepturus*, en el sentido de que siendo la humanidad un ser jurídico ideal, entre los que se considera a todos los seres humanos, incluso a las generaciones futuras o venideras, merece una cautela jurídica constitucional especial. Este principio reconoce dos documentos trascendentales, la Declaración Universal de los derechos Humanos de las generaciones futuras³² y la Declaración sobre las responsabilidades de las generaciones actuales sobre las generaciones futuras³³.

Pero la precursora en la regulación constitucional de la bioética es la Confederación Helvética (Suiza), desde 1992. Es más, su actual Constitución de 1999, en tres extensos artículos³⁴, protege al hombre y a su *hábitat* contra los abusos

³² Unesco, 145ª reunión, París, 22 septiembre 1994.

³³ Unesco, 29ª reunión, París, 12 noviembre 1997.

³⁴ *Artículo 118.—Protección de la salud.* 1. En el ámbito de su competencia la Confederación brinda tutela a la salud. 2. Prescribe: a. El derecho a los alimentos, medicinas, estupefacientes, organismos, sustancias químicas y objetos o materiales necesarios para la salud. b. Lucha contra las enfermedades transmisibles del hombre y del animal. c La protección de la radiación ionizante. *Artículo 119.—Medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano.* 1. Todo ser humano es protegido del abuso de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética. 2. La Confederación prescribe el derecho al patrimonio germinal y genético humano. En tal ámbito prevé una tutela a la dignidad humana, la persona y la familia y se rige en particular por los siguientes principios: a. Todo tipo de clonación e intervención genética de las células germinales y del embrión humano son inadmisibles. b. El patrimonio germinal y genético no humano no puede ser transferido al patrimonio genético humano, ni a la inversa. c. Las técnicas de procreación asistida pueden ser aplicadas solo para salir problemas de infertilidad o para evitar la transmisibilidad de enfermedades de mal grave o hereditarias, no pueden ser utilizadas para predeterminar las características del concebido o para fines de investigación; la fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer es permitida solo por las condiciones establecidas por la ley; fuera del cuerpo de la mujer puede permitirse el desarrollo del embrión solo si el ovocito humano es trasplantado a la mujer inmediatamente. d. La donación de embrión y toda otra forma de maternidad sustituta son inadmisibles. e. No se permite el comercio del patrimonio germinal humano ni de los productos del embrión. f. El patrimonio genético de una persona puede ser analizado, registrado o revelado solo con su consentimiento y conforme la prescripción legal. g. Cada persona tiene acceso a sus datos genéti-

en materia de técnicas de procreación y manipulación genética con fundamento en los siguientes principios: derecho al uso de la medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano y protección frente a sus abusos; las técnicas de procreación podrán ser utilizadas para suplir la infertilidad o evitar la transmisibilidad de enfermedades; inadmisibilidad de la donación de embriones y de la maternidad sustituta; el patrimonio germinal humano y los productos del embrión no son comerciables; el patrimonio genético humano puede ser analizado, registrado o revelado solo con el consentimiento; cada persona tiene acceso a sus datos genéticos; reconocimiento legal del trasplante de células; protección del uso de la ingeniería genética en el ámbito no humano. Si bien estas normas resultan casuistas en exceso debe tomarse en cuenta la importancia que se da a la bioética y a la aplicación de la medicina en esta Constitución.

Siguiendo esta línea de constitucionalización de la biomedicina, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2000)³⁵ —que viene a ser un modelo primigenio de la futura Constitución de Unión Europea— protege de manera especial el derecho a la integridad de la persona y es así como menciona que en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona; la prohibición de las prácticas eugenésicas y, en particular, las que tienen por finalidad la selección de las personas; la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo se conviertan en objeto de lucro; la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos. Así mismo, en el tema de la igualdad, prohíbe toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de características genéticas, entre otras.

C) *La bioética en el derecho constitucional peruano*

En Perú, el derecho a la vida y a la salud fueron plasmados como garantías constitucionales de manera expresa en las Constituciones de 1856, 1860, 1867,

cos. *Artículo 119^a.—Medicina de trasplante.* 1. La Confederación regula la materia referida a los trasplantes de órganos, tejido y células. En dicho ámbito protege la dignidad humana, la personalidad y la salud. 2. Los criterios particulares para la atribución de órganos debe ser igual. 3. La donación de órganos, tejidos y células humanas es gratuito. El comercio de órganos humanos está prohibido. *Artículo 120.—Ingeniería genética en el ámbito no humano.* 1. Todo ser humano y su ambiente debe ser protegido del abuso de la ingeniería genética. 2. La Confederación prescribe el derecho al patrimonio germinal y genético de los animales, plantas y otros organismos. En tal medida tiene en cuenta la dignidad de las criaturas, así como la seguridad del ser humano, de los animales y del ambiente y protege la variedad genética de las especies animales y vegetales.

³⁵ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 18 diciembre 2000, 2000/C, 364/01. La Comisión Europea emitió la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea en la que se recogen los valores comunes que sirvan de referencia a los ciudadanos de la Unión. Este documento es el embrión de una futura Constitución Europea, pues se trata de un marco general global de derechos ciudadanos. Es aprobada por el Consejo Europeo en su reunión de Biarritz de 14 de octubre 2000. Oficialmente proclamada durante la reunión del Consejo Europeo de Niza por los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión el 7 de diciembre de 2000.

1920 y 1933. Pero solo con la Constitución de 1979 y en la vigente, de 1993, se tratan de manera orgánica y detallada los derechos fundamentales de la persona. También se desarrollan los derechos sociales, de la seguridad social, de la salud y el bienestar, así como la educación, la ciencia y la cultura. En cada uno de estos podemos apreciar ocultos algunos principios de orden bioético como es la protección del derecho a la vida, a la integridad, protección de la madre, el niño, anciano, el discapacitado, la protección del medio ambiente. Sin embargo, el avance, la definición teórica y la plasmación de los postulados bioéticos en documentos internacionales nos hace reflexionar acerca de la imperante necesidad de que un texto constitucional trate tan novedosa y actual materia.

Dentro de esta línea, hubo una intención de elevar a carácter constitucional la protección de la vida frente al desarrollo biotecnológico. En 1993 la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático aprobó un dispositivo (art. 7º) cuyo tenor mencionaba que “El Estado garantiza la vida del concebido. Lo protege de todo experimento o manipulación genética contrario a su integridad o desarrollo”³⁶. Este texto no fue considerado en la Constitución aprobada por referéndum, perdiéndose la oportunidad de legislar sobre esta materia.

En los Lineamientos para una Reforma Constitucional presentados por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional³⁷ de 2001 no se tomaron en cuenta los principios bioéticos que se consideran en el derecho constitucional comparado. Esto nos lleva a pensar que nuestros legisladores y expertos en la materia constitucional nacional, preocupados por otros temas—no menos importantes, pero coyunturales en nuestro medio— no llegaron a reflexionar sobre la trascendencia de la biotecnología y su repercusión en la vida de los peruanos, ni mucho menos sintieron la importancia de regular constitucionalmente tan elemental materia.

Preocupados por este tema, y aprovechando la oportunidad actual en la que se viene revisando y estudiando las perspectivas de una futura Constitución, preparamos una propuesta que presentamos a la Comisión de Constitución del Congreso de la República (11 de febrero de 2002) bajo la ponencia denominada “La bioética en las Constituciones del mundo”; en ella consta el articulado sobre principios bioéticos y de derecho genético que consideramos deben ser analizados en el proceso de reforma de la Constitución. Esta propuesta, preparada por iniciativa y solicitud de CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO (asesor de la Comisión), busca incorporar en la futura Constitución peruana normas que regulen la biotecnología, la procreática y la genómica en defensa de la vida. Esta misma propuesta, con algunos ajustes, fue presentada a la Comisión de Reforma

³⁶ Diario Oficial *El Peruano*, sec. D., Lima, 7 marzo 1993, pág. 2.

³⁷ Diario Oficial *El Peruano*, Suplemento especial editado por el Ministerio de Justicia, Lima, 26 julio 2001, 24 págs.

de la Constitución Política de Perú nombrada por el Ministerio de Justicia, la que determinó, mediante oficio de 7 de marzo de 2002, remitirla al presidente de la Comisión de Constitución del Congreso.

D) *Los principios bioéticos en la futura Constitución Política de Perú*

Los antecedentes del derecho constitucional comparado mencionados y el momento actual en el que se vienen estudiando los temas de la futura Carta Magna, justifican la incorporación de preceptos de orden y corte bioético. Teniendo en cuenta la estructura de la Constitución Política de Perú de 1993 se proponen las siguientes normas para ser analizadas e incorporadas en la futura Constitución peruana.

TÍTULO ...

DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD

Capítulo ...

Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

- A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, *característica genética*, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.
- A la protección frente a todo experimento médico contrario a su dignidad. La protección del ser humano prevalece sobre el interés de la sociedad y de la ciencia. Nadie puede ser sometido, sin su consentimiento, a experimentos médicos ni científicos.
- A la protección de su identidad genética. El patrimonio germinal y genético humano será protegido de toda forma de intervención, teniendo en cuenta la defensa de la dignidad de la persona y la familia.
- A la confidencialidad de sus datos genéticos. El patrimonio genético solo puede ser analizado, registrado o revelado con el consentimiento informado de la persona o en virtud de disposición legal; se reconoce el libre acceso de la persona a sus datos genéticos.
- Al acceso a los progresos biotecnológicos en materia de genoma humano respetando su dignidad.

Capítulo ...

De los derechos sociales y económicos

- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la fa-

milia, promueven el matrimonio y *promocionan el derecho a investigar la paternidad* y reconocen a estos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. *Todo experimento médico o científico debe contar con el consentimiento informado de la persona.* La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental, tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

- La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad.

Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país y para ello *fomentará la difusión del principio de respeto de la dignidad y los derechos humanos.*

La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar. La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de conciencia.

La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa.

Es deber de los medios de comunicación social colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural de los ciudadanos.

Capítulo...

Del ambiente y los recursos naturales

- *El Estado determina la política nacional del ambiente.* Se impone el deber de defender y preservar el medio ambiente ecológicamente equilibrado para las generaciones presentes y futuras. Así mismo, *promoverá el uso sostenible de sus recursos naturales.*

... El Estado reconoce la integridad del patrimonio germinal y genético de los animales, plantas y otros organismos, protegiéndolos de los avances de la biotecnología.

- El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. *Es tarea esencial del Estado la preservación de la integridad del patrimonio germinal y genético del país, la regulación de la bioseguridad de los organismos voluntariamente modificados, la fiscalización de las entidades dedicadas a la investigación y manipulación*

de material genético, el control de la producción, la comercialización y el empleo de técnicas, métodos y sustancias que generen riesgo para la vida y el medio ambiente.

E) *Planteamiento de los principios propuestos*

La propuesta está estructurada con fundamento en los siguientes postulados:

- Prohibición de la discriminación genética.
- La experimentación médica respetará la dignidad humana.
- Reconocimiento del derecho al consentimiento informado.
- Primacía del derecho a la identidad genética.
- Protección del derecho al patrimonio germinal y genético.
- Reconocimiento del derecho a la intimidad genética.
- El derecho de acceso a los progresos genómicos.
- Promoción del derecho a la investigación de la paternidad.
- El desarrollo científico y tecnológico se canalizará tomando en cuenta la dignidad y los derechos humanos.
- Defensa y reconocimiento de los derechos de las generaciones futuras.
- Preservación del patrimonio genético del país.
- Regulación de los organismos voluntariamente modificados.
- Fiscalización de los entes dedicados a la investigación y manipulación genética.
- Control de la producción, comercialización y empleo de técnicas y sustancias riesgosas que representen riesgos para la vida y el medio ambiente.

Puede decirse que con esta normativa el ser humano está resguardado *in extenso*. No desconocemos que con el tiempo van a darse situaciones ajenas a este contexto normativo, por el propio desarrollo biotecnológico. Sin embargo, consideramos que la propuesta es seria y por lo demás actual, y por ello nos sumamos al pensamiento de BELLVER CAPELLA, quien sostiene que "... la ubicación de los problemas bioéticos en sede de interpretación constitucional y no de fundamentación extraconstitucional resulta ventajosa porque centra el debate en el ámbito de lo público: aquel en el que no se rivaliza por la imposición de una concepción global del bien, sino en el que se confrontan visiones del mundo con el objeto de conseguir el respeto a la dignidad del ser humano y la convivencia pacífica entre los hombres"³⁸.

En este sentido, hay opiniones favorables como la del bioteticista español FRANCISCO LEÓN³⁹ quien afirma que la defensa del ser humano está garantizada

³⁸ VICENTE BELLVER CAPELLA, "Bioética y Constitución", en *Cuadernos de Bioética*, vol. IX, núm. 35, 3ª, Galicia, España, Grupo de Investigación en Bioética de Galicia, 1998, pág. 521.

³⁹ Doctor en Filosofía y magister en Bioética, director del grupo de Bioética de Galicia y de la revista *Cuadernos de Bioética*, secretario de la Asociación Española de Bioética.

ante la biotecnología, pues la propuesta parte de los principios generales sin descender a cuestiones muy concretas, que merecen un tratamiento distinto, con leyes apropiadas: investigación con células madre, clonación terapéutica, por ejemplo. Por su parte, el médico uruguayo HUGO RODRÍGUEZ ALMADA⁴⁰ opina que nuestra propuesta responde muy bien a las preguntas adecuadas a los desafíos de la humanidad a esta hora y que le parecen un documento de avanzada que convertiría a Perú en el primer país de América latina con un carta novedosa en esta materia.

F) *A manera de conclusión*

Una protección máxima del ser humano debe ofrecer la nueva Constitución Política de Perú al consagrar los principios de orden bioético. En efecto, la protección de la vida, la salud, la identidad e integridad del ser humano, de la humanidad, del ambiente y, en general, de todo organismo natural viviente frente a los avances biotecnológicos requiere una regulación real y efectiva en la que la Constitución, como la norma madre, sienta los principios rectores, las directrices vinculantes y sean las normas especiales las que regulen cada caso en particular. Este pensamiento tiene como sustento el hecho de que “Por la normatividad jurídica y por la legitimidad metajurídica de la Constitución, la bioética está vinculada al marco constitucional, y la solución a los problemas que se le planteen habrá de partir de los principios ahí contenidos”⁴¹. Esta tarea le corresponderá al derecho genético y el derecho médico que están en el compromiso de dictar normas adecuadas que propongan en un primer momento una reforma al Código Civil, al Código de los niños y adolescentes, a la ley general de salud y al Código Penal, luego de ello, pensar, quizás, en un Código de genética pero debemos partir de los principios madres reconocidos en la Constitución.

A partir de este análisis comparativo es urgente fijar los lineamientos sobre materia bioética en Perú, aprovechando la oportunidad para que nuestra nueva Carta Magna proteja integralmente al ser humano a efectos de que no sea material de exploración ni explotación procreacional ni genética. Ello se logrará mediante la legalización de los principios elementales de la bioética en nuestra futura Constitución.

Sección III. *Proyectos de ley presentados al Congreso de la República*

Luego de promulgado el Código Civil de 1984 se han presentado varios anteproyectos de ley a fin de incorporar la aplicación de las pruebas biológicas en la investigación filial, así:

⁴⁰ Médico. Miembro de la Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico (Sideme). Especialista en historia clínica. Conferencista y consultor en aspectos legales de historia clínica

⁴¹ BELLVER CAPELLA, “Bioética y Constitución”, en *loc. cit.*

§ 160. SOBRE FILIACIÓN

A) A la Comisión de Justicia

a) *Proyecto de ley 2481 de 1996/CR.* Con este proyecto se busca la modificación del artículo 413 del Código Civil, en el sentido de que en los juicios de declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos y *la prueba de ADN.*

Singular importancia merece la mención a la prueba genética de ADN; sin embargo ello no representa una solución adecuada al problema concreto de la determinación de la paternidad extramatrimonial. Es decir, la taxatividad o denominación expresa de una prueba es indiferente para los fines buscados que son, conforme se deduce de la exposición de motivos, otorgar medios científicos para la investigación filial. Es más, la eliminación de la cláusula abierta que considera el Código, *u otras pruebas de validez científicas*, implicaría graves inconvenientes en el sentido de que puedan ser rechazadas judicialmente técnicas distintas a la de los grupos sanguíneos o de ADN, pues la norma sustantiva no las permite.

Sobre este último punto es de conocimiento que en el ámbito académico (en clase varias veces lo hemos discutido) existe la duda de que así como está redactado el artículo 413 permitiría la aplicación de una prueba genética, tomando en consideración la amplia admisibilidad de otras pruebas científicas. En esta materia existen dos criterios:

- De acuerdo con el primero, el presupuesto principal de la admisibilidad de las pruebas es que estas deben ser negativas (excluyentes o de descarte)⁴², por tanto, utilizables para contradecir una pretensión y,
- Para otros, solo es negativa la de los grupos sanguíneos (su eficacia así lo indica) y las otras pruebas científicas pueden ser tanto de descarte como de determinación (previsión del legislador), en tal sentido alegables tanto por el demandante como por el demandado. Este segundo criterio es el de mayor coherencia y viene calando profundo en la decisiones judiciales⁴³.

⁴² Voto singular de Castillo de la Rosa, "... Segundo: que, la prueba pericial sobre el análisis de sangre para determinar el ADN y que se precisa en el extranjero, no puede sujetarse al trámite previsto en los arts. 491 y ss. del Código de Procedimiento Civil, a más de que esa prueba solo puede apreciarse cuando su resultado es negativo, esto es, demostrativa de que la paternidad atribuida no es posible, mas no puede ser tomada en cuenta, cuando determina esa posibilidad por muy alto que sea el grado de la misma, por prescripción expresa del artículo 413 del Código Civil, primer párrafo; ...". Exp. 311 de 1997, Lima, Filiación extramatrimonial, Resolución Suprema.

⁴³ En el Pleno Jurisdiccional (noviembre 1997) realizado en la ciudad de Ica, 55 magistrados especializados en la materia se pronunciaron por consenso sobre la conveniencia de que la prueba de ADN sea efectuada en los procesos de filiación extramatrimonial, "para dejar claramente establecido el origen del menor, quien tiene el derecho de adquirir y conocer quiénes son

b) *Proyectos de ley 2588 de 1996 y 2591 de 1996/CR*. Estos proyectos proponen incorporar la prueba de ADN dentro del sistema de filiación establecido en nuestro Código Civil, es decir, incorporar esta prueba biológica efectiva dentro de un sistema cerrado de paternidad basado en supuestos sociales.

En este sentido, consultado por la Comisión de Justicia (oficio 598 de 1997/CJ/P de 25 marzo 1997) hicimos las siguientes consideraciones (esto, el 7 abril 1997):

- Como bien mencionan ambos proyectos, la prueba de ADN es una prueba positiva de paternidad. El desarrollo y la práctica de la misma ha aligerado sus costos y existen prestigiosos institutos que la realizan, incluso con certificaciones de universidades extranjeras.

- Las pruebas positivas de paternidad (HLA, polimorfismos cromosómicos y ADN) son aceptadas por muchos ordenamientos legales, habiendo sido ampliamente estudiadas por la jurisprudencia y la doctrina comparada.

- Como prueba positiva, la regulación legal del perfil de ADN, modificará todo nuestro ordenamiento de sociedad paterno filial del Código Civil, pues la misma tiene como esencia el fomento de la investigación biológica de la paternidad, situación que se condice con la política legislativa de la filiación nacional.

- De esta manera, no es dable incorporarla dentro de nuestro sistema cerrado de presunción de la filiación. Es decir, no puede ser simplemente añadida en las causales existentes de impugnación de paternidad matrimonial o de la procedencia de un juicio de filiación extramatrimonial, esto trastoca su esencia, pues la misma no es un caso, hipótesis o supuesto (que plantean los arts. 363 ó 402 del C. C.), sino un resultado que comprueba un hecho biosocial.

- Atendido el avance de la ciencia, y como metodología legislativa, no es conveniente designar la denominación de la prueba, pues puede darse el caso (como sucedió en Argentina, que tipificó 4 biopruebas en su ley de banco de datos genéticos)⁴⁴ que surjan otras más económicas o efectivas (como la que se

sus padres, tal como lo prevé el art. 402 del C. C., en cuanto se refiere a la prueba de validez científica para los juicios de declaración de la paternidad o maternidad extramatrimonial” (véase “Estiman necesario contar con Código de Familia”, en Diario Oficial *El Peruano*, sec. B, Lima, 2 diciembre 1997, pág. 12).

⁴⁴ La ley 23.511, publicada en el *Boletín Oficial* de 10 julio 1987, creó el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) para *obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación*. En su art. 6° establece que, sin perjuicio de otros estudios que el BNDG pueda disponer, cuando se requiera su intervención para conservar datos genéticos o determinar o esclarecer una filiación, practicará los siguientes exámenes: 1) Investigación del grupo sanguíneo; 2) Investigación del sistema de histocompatibilidad (HLA-A, B, C y DR); 3) Investigación de isoenzimas eritrocitarias, y 4) Investigación de proteínas plasmáticas.

ZANNONI aclara que la creación de este banco obedeció, históricamente, a una coyuntura —dolorosa y desgraciada— que aún proyecta sus secuelas en nuestros días. Busca ofrecer “a

viene analizando para superar la incertidumbre en la atribución de paternidad de los gemelos univitelinos, en la que el ADN es insuficiente).

- Optemos, dada la facilidad científica para determinar biológicamente la paternidad, por un sistema abierto de filiación que permita todo tipo de pruebas científicas (sean biológicas o genéticas).

El Proyecto de ley 2588 de 1996/CR, se sustenta en lo siguiente:

- Incluir como causa de impugnación de paternidad (C. C., art. 363) *la prueba fehaciente a través de un estudio de ADN [de] que el hijo no es suyo*. El tema de la incorporación de las pruebas biológicas en los casos de impugnación de paternidad ya ha sido resuelto por los sistemas civiles modernos, pues consideran que las pruebas biológicas son aplicables, sea para las acciones de determinación como de desconocimiento de paternidad. Sin embargo, nuestra ley, *expressis verbis*, solo posibilita las pruebas biológicas para los casos de filiación extramatrimonial, lo cual es un criterio ya superado.

- Incluir como supuesto de determinación de la paternidad extramatrimonial (C. C., art. 402) *cuando se pruebe fehacientemente mediante un estudio de ADN que el hijo es suyo*. Esto permitirá iniciar acciones de reclamación de paternidad sin contar con ningún precedente social (presunción), basta que la madre o el hijo exija al presunto padre que se someta a la prueba genética para que su resultado indique la relación filial. Esto es peligroso y además antitécnico. Peligroso, porque la prueba biológica debe contar con un respaldo o justificación para su aplicación, y antitécnico, pues una cosa son los supuestos sociales que, de ser probados, permitirán declarar la paternidad, y otra los resultados científicos obtenidos de un análisis biogenético. Estas no son presunciones, sino resultados efectivos e incontrovertibles, que afirman o descartan de manera definitiva una relación filial.

- Mantiene la prohibición de investigar la paternidad (C. C., art. 403) haciendo la salvedad de que la misma no operará cuando *la paternidad se haya demostrado mediante un estudio de ADN*.

Entendido está que esta norma se presenta como un rezago del sistema prohibitivo de investigación de paternidad. Es decir, nuestro Código partiendo del supuesto de que haya existido concubinato en la época de la concepción, impide (en 3 casos) indagar la paternidad: por vida desarreglada de la madre⁴⁵,

los familiares de los niños desaparecidos o supuestamente nacidos en cautiverio la posibilidad de obtener los servicios del banco para archivar en él los datos genéticos que corresponden a los padres, abuelos, hermanos, etcétera, destinados en su momento a ser utilizados para determinar la filiación o pertenencia a la familia de personas cuya identidad pudiera haberse sustituido mediante procedimientos legales (v. gr., la adopción...) como ilícitos (inscripciones de nacimientos como hijos de terceros)". Véase a EDUARDO ZANNONI, "Identidad personal y pruebas biológicas", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 13, derecho privado en la reforma constitucional, Santa Fe, Edit. Rubinzal y Culzoni, 1997, pág. 165.

⁴⁵ El Código del Niño de Uruguay establece, en su cap. XIV, De la investigación de la paternidad, que (art. 184) el demandado para rechazar la acción de paternidad no podrá excepcionarse en la mala conducta de la madre.

relaciones sexuales con otra persona o por la imposibilidad de acceso carnal. Los dos primeros casos son realmente discriminadores, pues se refieren indirectamente al caso de los hijos adulterinos. De acuerdo con los principios constitucionales no existen diferencias entre los hijos, razón por la que su investigación debe realizarse de manera similar cualquiera que sea la calidad o tipo de hijo.

- Establece como agregado un segundo párrafo para el artículo 413 del Código Civil referido a los efectos de la negativa: “La negativa a someterse a la prueba será evaluada por el juez, pudiendo declarar a mérito de esa negativa, la paternidad. Adicionalmente, dicha negativa genera para los renuentes obligación”.

Es una consecuencia lógica el hecho de que la resistencia a someterse a las pruebas biológicas genere un efecto jurídico que el juez apreciará según cada circunstancia especial.

- Declara la improcedencia de la acción de hijo alimentista *si el demandado demuestra por medio de una prueba de ADN que no es el padre*. Considerando la posibilidad de indagar biológicamente la paternidad y no existiendo esas dudas o vacíos que generan las presunciones, la figura jurídica del hijo alimentista ya no tendría eficacia jurídica.

El Proyecto de ley 2591 de 1996/CR, propone lo siguiente:

- Modificar la quinta presunción del artículo 402 del Código Civil de manera que se podrá declarar la paternidad, “En los casos en que una mujer libre de impedimento matrimonial haya tenido relaciones con el presunto padre en la época de la concepción, siempre que se demuestre el vínculo parental entre este y el hijo, a través de la prueba de análisis de la estructura de ADN”. Se elimina la tradicional figura de la seducción con promesa indubitable de matrimonio en la época de la concepción por un caso más abierto, las relaciones (se entienden sexuales) con el requerido en paternidad.

- Considera que la negativa implicará la declaración de paternidad y que los costos se asumirán por el demandante en caso de ser negativa y por el demandado de ser positiva.

Hay dos cuestiones de orden procesal: los efectos de la negativa y los costos de aplicación de la prueba. Como veremos más adelante, la negativa no implicará un estado de paternidad absoluto, sino que puede ser un indicio que lleve al juzgador a valorar dicha conducta con otros elementos. Los gastos operativos de la prueba es un tema que puede ser resuelto por el mismo juez, sin necesidad de contemplarlo en el Código Civil.

- La prueba de ADN tiene el carácter procesal de ser plena, excepto si existiere duda para asignar la paternidad o maternidad de hermanos gemelos. De acuerdo con nuestro nuevo sistema procesal, ya no existe la prueba plena o tasada, la valoración es realizada por el juez de manera libre y consciente. Cla-

ro, la intención y la idea del proyecto es dejar establecido que los resultados genéticos no merecen mayor análisis ni pueden ser controvertidos por el juzgador.

- Considera dejar sin efecto la prohibición de investigar la paternidad (derogar el art. 403 y, consecuentemente, el 416).

c) *Proyecto de ley 2708 de 1996/CR*. A diferencia de los proyectos analizados, este propone el establecimiento de un sistema abierto de investigación de la paternidad que deja de lado el esquema *numerus clausus* o cerrado que considera el Código Civil. El sustento de la propuesta es que este último sistema implica una forma de discriminación y desconoce los avances biocientíficos en materia parental.

De manera objetiva, indica un presupuesto único (que reemplazaría a los considerados en el art. 402) por el cual *la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando se pruebe que la relación sexual dio por resultado el embarazo de la madre y el posterior nacimiento del hijo* (nexo causal biológico).

La manera cómo probarlo implica, de acuerdo con el amplio criterio utilizado para determinar el supuesto de hecho propuesto, establecer una amplitud en la admisibilidad de las pruebas, tanto las procesalmente válidas como *otros auxilios técnicos o científicos que permitan acreditar la filiación*.

Es una propuesta interesante, pues tiende al establecimiento de un régimen biológico de paternidad no totalmente abierto, sino biosocial, pues busca la comprobación de la relación sexual (coito) con su consecuencia (procreación).

Para estos efectos las pruebas biológicas son muy importantes en la comprobación del supuesto alegado, así lo hace entrever, pero, así mismo, serán insuficientes por sí solas para acreditar una paternidad.

Sin embargo, el proyecto se presenta incompleto en el sentido de que no se pronuncia sobre los efectos de la negativa al sometimiento de las pruebas biológicas que en este tipo de sistema paterno-filial son necesarias. Para estos casos deberán crearse apercibimientos especiales de acuerdo con la calidad de quien se resiste, sea el padre, la madre o el hijo.

B) *Dictámenes presentados a la Comisión Ejecutiva del Congreso de la República*

Tanto la Comisión de Justicia como la de la mujer, desarrollo humano y deporte, estudiaron los proyectos antes indicados y formularon un texto consolidado en los que sugieren al pleno del Congreso que se proceda a su debate para la correspondiente aprobación.

Las propuestas, así como los textos sustitutorios correspondientes, son analizados a continuación.

a) *Dictamen de la Comisión de Justicia*. La Comisión de Justicia del Congreso de la República recomendó a la Comisión Ejecutiva la aprobación⁴⁶ de los proyectos en referencia con el siguiente *texto sustitutorio*:

“Artículo 402.—La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

”(…)

”6. Cuando se acredite vínculo parental entre el presunto padre y el presunto hijo, a través de prueba biológica o genética u otras de validez científica que ofrezcan igual o mayor certeza.

”Artículo 413.—En los casos de declaración de la paternidad y maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica o genética u otras pruebas de validez científica.

”Son admisibles estas pruebas a petición de la parte interesada en los casos del artículo 402, incisos 4° y 6°. Cuando fueren varios los autores del delito, la paternidad de uno de los demandados será declarada solo si dicha prueba descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno se niega a someterse a la prueba será declarada su paternidad si el examen descarta a los demás. La obligación alimentaria es solidaria respecto a quienes se nieguen a someterse a la prueba”.

Así mismo, la propuesta indica la derogación de los artículos 403 y 416 del Código Civil y establece como fundamento central que “Es recomendable incorporar en nuestro sistema de filiación extramatrimonial, basado en presunciones legales, las pruebas científicas (biológicas o genéticas), porque estas no son casos hipotéticos, sino que son un resultado que comprueba un hecho; en este sentido es conveniente incorporar la prueba del ácido desoxirribonucleico, sin descartar otras pruebas biológicas que tengan igual o mayor certeza”.

En cuanto a la derogación de los artículos 403 y 416 del Código Civil, se sustenta en que estas normas tienen su razón de ser en un sistema puro de presunciones que es discriminatorio y violatorio del derecho a la igualdad ante la ley.

Enumeremos los aspectos *positivos* del dictamen:

- La Comisión ha rescatado la iniciativa general de los proyectos analizados en el sentido de incorporar las pruebas biológicas en la determinación de la paternidad.

- Asume la correcta metodología legislativa al no designar la denominación de la prueba, pues pueden surgir otras más económicas o efectivas, o en su caso presentadas por las partes.

- Considera dejar sin efecto la prohibición de investigar la paternidad derogando el artículo 403 (y consecuentemente el 416). Como se entiende, esta nor-

⁴⁶ Cfr. *El Congreso*, Lima, año 2, núm. 31, Gaceta de 27 a 4 mayo 1998, pág. 3.

ma es un rezago del sistema prohibitivo de investigación de la paternidad. Es decir, nuestro Código, partiendo del supuesto de que haya existido concubinato en la época de la concepción, impide indagar la paternidad: 1) por vida desarreglada de la madre, 2) relaciones sexuales con otra persona, y 3) por la imposibilidad de acceso carnal.

- Los dos primeros casos son discriminatorios, pues sindicán a los hijos adulterinos entre los que, de acuerdo con los principios legales ya reconocidos, no pueden existir diferencias. La investigación de su filiación deberá realizarse de manera común. El tercer caso es por demás obvio, el cual solo deberá ser alegado sin necesidad de un reconocimiento expreso de la ley.

- Analicemos el sentir del artículo 403, ¿qué quiere decir objetivamente el Código con: “... vida notoriamente desarreglada?”. Es el caso típico de una prostituta a quien se le niega la investigación de la paternidad del hijo que tuvo con un cliente y, “... trato carnal con persona distinta del presunto padre?”. Se refiere al caso de aquella mujer que, simultáneamente, mantiene relaciones sexuales con más de un hombre, sin necesariamente ser meretriz.

En ambos casos se niega la investigación de la paternidad. La acción no podrá ser ejercida por la madre, sea por su oficio inmoral o conducta inapropiada, de manera tal que su hijo quedará sin padre. Las consecuencias de la norma son dirigidas contra la descendencia procreada y por esta vía limita su derecho a conocer y determinar su filiación.

- Analicemos, ahora, las consecuencias de la derogatoria:

Primer caso: una prostituta, quien ofreció sus servicios sexuales a cambio de una suma de dinero, requiere la paternidad a un cliente en especial conociendo que —real y biológicamente— es el padre, pues motivó adrede dicho estado. ¿El hijo se quedará sin padre, a manera de sanción, por el oficio de la madre?, ¿la relación económica celebrada por el padre —dinero por placer— le exime de responsabilidad para con su real descendencia?

Segundo caso: una mujer, quien comparte su vida sexual con más de un varón, concibe de uno de ellos. Socialmente esa paternidad es indeterminable, pero biológicamente cuenta con un progenitor. La madre podrá demandar uno a uno hasta dar con el que la fecundó. ¿El hijo se quedará sin padre, a manera de sanción, por la conducta de la madre?, ¿los individuos que compartieron sexualmente una mujer están eximidos de su responsabilidad paternal?

Para ambos casos la pregunta será, ¿prima la voluntad procreacional (ambos quieren el hijo) o la unilateralidad generacional (solo uno quiere el hijo)?

Estas interrogantes deben ser absueltas para encontrar la *ratio* de la modificación. Para ello debe considerarse que la investigación de la paternidad es una facultad inherente del sujeto de derecho cuyo objetivo es indagar, adecuar y establecer la verdad biológica con la relación jurídica de la filiación. Como derecho, protege y encauza el interés por hallar sus orígenes familiares a través de los medios jurisdiccionales. El hijo no puede quedarse sin padre, a manera

de sanción, ni por el oficio (prostitución) o conducta (relaciones sexuales con más de un hombre) de la madre. La relación económica celebrada —dinero por placer— no exime al “cliente” de su responsabilidad como padre con su proge- nie, así como que, de ninguna manera, los individuos que compartieron sexual- mente a una mujer están eximidos de su responsabilidad paternal.

La investigación de la filiación no puede ser limitada y se realiza de ma- nera común en beneficio de cualquier sujeto.

Veamos ahora los aspectos *negativos* del dictamen:

- Considera las pruebas biológicas solo y exclusivamente para la declara- ción de la paternidad extramatrimonial, olvidando (por no decir desconociendo) que las mismas pueden ser utilizadas, también, en la negación de la pater- nidad matrimonial. Esta es una preferencia o exclusividad que no puede ser aceptada desde una adecuada técnica legislativa. Las pruebas biológicas son aplicables tanto para las acciones de determinación (filiación extramatrimonial) como de desconocimiento de paternidad (filiación matrimonial).

- Consideramos que no es dable incorporar la prueba biológica dentro de nuestro sistema, cerrado y basado en presunciones de filiación, como un inciso más del artículo 402. No puede ser añadida en las causales existentes de pro- cedencia de un juicio de filiación extramatrimonial, esto trastoca su esencia, pues las biopruebas no son casos, hipótesis o supuestos, sino un resultado técnico que comprueba un hecho biosocial.

- La propuesta considera que “la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando se acredite vínculo parental entre el presunto padre y el presunto hijo, a través de prueba biológica o genética u otras de validez científica que ofrezcan igual o mayor certeza”.

La pregunta que salta a la vista es la siguiente: ¿cómo se llega a este caso? Hay dos opciones: cuando el juez, de oficio o a solicitud de parte, la solicita y se actúa, o cuando la parte la presenta.

En ambos casos, como ya ha pasado en la práctica, existe la posibilidad de que los resultados científicos puedan ser considerados como una mera y simple *ilustración científica*⁴⁷, pues la estructura sustancial del artículo 402 se ciñe a un sistema de presunciones, en este el juez *puede* —no *debe*— declarar la pa- ternidad, lo que, según el inciso incorporado y a los resultados incontroverti- bles de la prueba biológica, debería hacer el juez.

Esto permitirá iniciar acciones de reclamación de paternidad sin contar con ningún precedente social (presunción), basta que la madre o el hijo exija al pre- sunto padre que se someta a la prueba genética para que su resultado indique la relación filial. Como lo hicimos al comentar otro proyecto, reafirmamos que esto es peligroso y además antitécnico. Peligroso, porque la prueba biológica deberá contar con una base, un respaldo o una justificación para su aplicación,

⁴⁷ Solo como referencia, exp. núm. 1351 de 1996, Lima, Violación, cuarta sala penal, 1996.

y antitécnico, pues una cosa son los supuestos sociales que, de ser probados, permitirán declarar la paternidad, y otra los resultados científicos obtenidos de un análisis biogenético.

- La Comisión está incorporando la efectividad (la certeza genética) que debe ser asumida y fallada de pleno dentro de un sistema de incertidumbres (la duda social) que debe ser previamente comprobado. El resultado biogenético no es una presunción, es una exactitud. No permite pensar nada acerca de una relación filial, la afirma o descarta de manera definitiva.

- El texto entra en contradicción al decir: “Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el presunto hijo”. Es obvio que si se ha demostrado la relación biológica mediante la prueba de marcadores genéticos, ya no podemos hablar de un supuesto padre y un supuesto hijo. El resultado genético no admite una relación filial etérea, la ha materializado con el resultado que debe ser reconocido y tomado en cuenta por el juez al momento de fallar.

Somos de la idea de que el régimen de filiación debe ser adecuado a la realidad biológica, tomando en cuenta la realidad social. Lo más conveniente es modificar íntegramente la sección de la sociedad paterno-filial y no asumir el oficio de zapateros remendones con nuestro Código Civil, más aún tratándose de una institución clave como es la filiación.

b) *Dictamen de la Comisión de la mujer, desarrollo humano y deporte*. Es un dictamen que consagró las partes más elementales de los proyectos presentados a la Comisión de Justicia. Es más completo que los anteriores, con todas sus bondades, así como desventajas.

El texto sustitutorio presenta la siguiente estructura:

Artículo 1º.—En los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación a que se refieren los artículos 363, 371 y 373 del Código Civil son admisibles la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Este artículo propone la admisibilidad de las biopruebas en los casos de las acciones de estado filial matrimonial, en especial las referidas a la negación de paternidad, de maternidad y la acción de reclamación de la filiación. Resulta ventajosa su regulación, pues las pruebas de paternidad deben ser aplicadas para solucionar cualquier situación jurídica que se presente en la que exista duda acerca del origen filiativo.

Para el dictamen merece especial consideración la incorporación de las biopruebas a los casos de negación de paternidad, pues al ser taxativo el artículo 363, es necesario delimitar el campo de acción de las pruebas en el sentido de que las mismas operen como: 1) coadyuvantes a la comprobación de los supuestos establecidos por ley o, 2) como un caso especial en el que la comprobación pericial de descarte de paternidad sea una causa para acceder a la acción correspondiente.

Y a esto último se ha inclinado el Dictamen, incorporando la efectividad (la certeza genética) dentro de un sistema de incertidumbres (la duda social). Insistimos, el resultado biogenético no es una presunción, es una exactitud y, por tanto, debe ser considerado de manera individual, no pudiendo coexistir como un supuesto social. De esta manera, se propone la siguiente redacción del artículo 363:

“Artículo 363.—El *esposo* que no se crea padre del hijo de su *esposa* puede negarlo:

”(…)

”5. Cuando se pruebe a través de un estudio de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental”.

La inexactitud de la propuesta estriba en lo siguiente:

- En utilizar la palabra esposo(a). El Código Civil emplea los términos marido y mujer⁴⁸ que es lo técnicamente correcto. No es conveniente referirnos a esposo o esposa, pues estos, desde el punto de vista jurídico, son quienes han suscrito el convenio prematrimonial de los esponsales.

Esta es una definición categórica en el ámbito jurídico conforme lo menciona *Escriche*, al referir que el término esposos corresponde a “El hombre y la mujer que han contraído esponsales...”⁴⁹, llamándosele también así, pero en sentido más común, a los casados. Al parecer, el cambio es más por una cuestión fonética (suena feo decir: ... es mi marido o ... es mi mujer) que semántica o técnica. De proceder lo propuesto, deberán uniformarse estos términos en todo el Código Civil; lo contrario implicaría una mala política y técnica legislativa.

- Incorpora en el sistema de presunciones la efectividad de las biopruebas. La idea central, reconocida en teoría y, también por la jurisprudencia, es que las pruebas biológicas sean aplicadas cuando existe un elemento social que las sustente.

- Es inadecuado que la ley denomine específicamente la prueba que debe utilizarse, en este caso “estudio de ADN”, pues pueden solicitarse o descubrirse otras pericias. De ello es consciente el proyecto, al establecer una cláusula amplia que permitirá la aplicación de *otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza de que no existe vínculo parental* (como pruebas negativas).

⁴⁸ Se refiere exclusivamente al término marido en los arts. 361, 362, 364, 367, 368 y 404.

Indistintamente utiliza los términos marido y mujer en los artículos 24, 234, 243 inc. 3°, 315, 342, 345, 350, 366, 370, 396 y 1630.

⁴⁹ JOAQUÍN ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Librería de Ch. Bouret, 1884, pág. 646. En el mismo sentido, Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Madrid, 1992, pág. 901.

En todo caso, sería suficiente la referencia siguiente: “cuando se pruebe científicamente que no existe vínculo parental”.

Además, propone la ampliación de las causales de investigación de la paternidad consagradas en el artículo 402, que quedaría de la siguiente manera:

Artículo 402.—La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

(...)

6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de un estudio de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el juez declarará al hijo como alimentista respecto del presunto padre, correspondiéndole los derechos estipulados en el artículo 415.

Las observaciones son:

- Incide en la inadecuada especificación denominativa de las biopruebas que se pueden utilizar así como en hacer coincidir, en un mismo artículo, el régimen de presunciones con la indagación directa de la paternidad mediante las biopruebas.

- Mención especial merece la negativa del presunto padre a someterse a las biopruebas, circunstancia que generaría, como apercibimiento, la declaración del hijo alimentista. Es decir, el establecimiento de una obligación alimentaria a cargo de quien se niega (deudor alimentario) con el hijo (acreedor alimentario) que judicialmente se le está atribuyendo.

Esta generación de efectos jurídicos a la negativa someterse a la prueba parental es en demasía incompleta, antitécnica y otorga una solución parcial a este problema tan importante, pues no contempla el caso de si es el hijo o la madre quien se resiste a la prueba.

En estricto sentido jurídico, el hijo alimentista representa, más que una institución del derecho de familia, una carga alimentaria obligacional para *el hombre* que, habiendo tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción, no se le puede atribuir una paternidad por estar fuera de los supuestos del artículo 402 del Código Civil.

¿Qué pasa si es el hijo o la madre quien se resiste? Para dar una solución a este problema debe plantearse un criterio más amplio, debiendo el juez apreciar la calidad de quien se resiste, tanto en el caso del padre, la madre o el hijo, ya sea como un indicio determinante de paternidad, desestimando la demanda o considerando establecidos los hechos que tiene por objeto comprobar.

De esta manera, los efectos jurídicos que produzca la negativa serán diferentes o disímiles en relación con la persona de quien provenga. La determinación de hijo alimentista como apercibimiento no tiene precedentes en el derecho comparado.

En cuanto a la modificación planteada al artículo 413:

Artículo 413.—En los *procesos* sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial son admisibles la *prueba biológica, genética* u otra de validez científica *con igual o mayor grado de certeza*.

Es excesiva la redacción. Debería referirse que “en los procesos de filiación extramatrimonial se admitirá toda clase de pruebas, incluso las biológicas o de marcadores genéticos, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte”.

Artículo 3°.—En los casos contemplados en los artículos 373 y 402 del Código Civil cuando se declare la paternidad como consecuencia de la aplicación de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, el demandado deberá reintegrar el pago por la realización de la misma a la parte interesada.

Esta propuesta está dirigida exclusivamente al declarado padre como consecuencia del análisis genético realizado. El hecho está en que la bioprueba puede ser solicitada y aplicada para una reclamación de maternidad, caso este en que será, por lógica, la madre declarada quien asuma el reintegro del pago correspondiente.

Con este criterio, el artículo propuesto debe ser aplicado para todas las acciones de filiación, no solo para las dos planteadas en la propuesta.

Artículo 4°.—El Estado proveerá de los mecanismos necesarios para la realización de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza a quienes carezcan de recursos económicos a través de la creación de un fondo rotatorio integrado principalmente con recursos provenientes de la cooperación internacional. La organización y funcionamiento de dicho fondo será reglamentada por el poder ejecutivo.

Teóricamente, lo planteado es bueno, pero debemos esperar que en la práctica funcione. Una experiencia similar, más que en la cuestión de financiamiento, en la de ordenamiento de los datos genésicos, se dio en la Argentina con la creación del banco de datos genéticos.

Artículo 5°.—La persona que de mala fe inicia un proceso de declaración de paternidad valiéndose de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, ocasionando así un daño moral y económico al demandado deberá pagar una indemnización, la cual será fijada a criterio del juez.

A pesar de que el contenido de este artículo recoge el principio de defensa de los derechos de la persona consagrados en los artículos 17 (acción inhibitoria) y 1969 (teoría subjetiva del daño) del Código Civil, resulta para una buena *praxis judicial* razonable su consideración expresa, pues puede funcionar como una medida disuasiva para acciones filiativas que carezcan de fundamento.

Artículo 6°.—Deróguense los artículos 403 y 416 del Código Civil.

La derogación de los artículos señalados es beneficiosa.

Finalmente, este proyecto fue aprobado como ley 27.048.

§ 161. CLONACIÓN

Este proyecto de ley 4304 de 1998/CR fue presentado a la Comisión de reforma de Códigos.

A) *Tipificación como delito*

“Artículo 1º.—El profesional de la salud, que abusa de su ciencia o arte practicando la manipulación genética con fines de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de siete años ni mayor de 10 años”.

B) *Generalidades*

La clonación es una forma de reproducción asexual mediante la cual se crean individuos genéticamente idénticos. Se da en dos tipos: la natural, producida por el propio organismo (gemelos) y la artificial, derivada de la intervención técnica del hombre. Esta última puede ser de tres clases: la autorreproducción, clonar a un ser humano ya existente; la reproducción gemelar, engendrar individuos idénticos a partir de un embrión, y la partenogénesis, o estimulación para el desarrollo del óvulo por medios asistidos.

La naturaleza jurídica de la clonación (entiéndase la técnicamente realizada) es la de ser un hecho jurídico voluntario e ilícito realizado mediante manipulación genética y, como tal, no representa un medio adecuado para superar la infertilidad, pues su fin es crear seres iguales carentes de una individualidad física. Esto implica la negación de su calificación jurídica como acto de libre disposición del cuerpo humano (C. C., art. 6º), que es la facultad de cada persona de hacer con su cuerpo lo que más le conviene (*ius in se ipsum*), carece de solidaridad como valor humanitario y porque es contrario al orden público.

C) *Ámbito legal de la clonación*

El Proyecto de ley de enmiendas del Código Civil de 1984, presentado al Congreso de la República en 1995 por el Centro de Investigación de la Facultad de derecho de la Universidad de Lima, planteaba la prohibición general de la manipulación de tejidos, células u órganos de embriones y fetos humanos, en su artículo 5º. En 1996, presentamos un anteproyecto de ley sobre las técnicas de reproducción asistida y mencionamos, entre las infracciones muy graves por manipulación genética el caso de la clonación en cualquiera de sus variantes o cualquier otro tipo de procedimiento dirigido a la obtención de seres humanos idénticos (art. 78, lits. l y m), estableciendo la más severa sanción sobre su práctica (art. 79 en concordancia con el art. 29 del C. P.). Por último, en el año 1997 se redacta un Anteproyecto de ley de reforma del Código Civil, cuyo artículo 5º prohíbe las manipulaciones genéticas, incluida, expresamente, la clonación.

Algunas normas vigentes referidas al tema son: el Código de los niños y adolescentes (art. 1º) que garantiza la vida del concebido protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas y la ley general de salud (art. 7º) que se pronuncia sobre la clonación, prohibiéndola expresamente.

En el ámbito internacional tenemos: la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos establece que “No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación” (art. 11), lo que implica (Informe explicativo, num. 42) que la primacía del respeto de los derechos humanos y en especial la dignidad deben ser respetadas. La referencia expresa a la clonación se circunscribe en un contexto de toma de conciencia en el plano internacional (L Asamblea Mundial de la salud, Ginebra 14 de mayo de 1997, en la que se afirmó “la utilización de la clonación para la replicación de seres humanos es éticamente inaceptable”). Así mismo, el Protocolo adicional al Convenio de los derechos humanos y la biomedicina indica que “Se prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto. A los efectos de este artículo, la expresión ser humano ‘genéticamente idéntico’ a otro ser humano significa compartir con otro la misma carga nuclear genética” (art. 1º).

Sin embargo, todas estas son disposiciones de carácter prohibitivo, que no establecen ninguna sanción penal al respecto.

D) *Propósitos del proyecto presentado al Congreso*

El proyecto de ley 4304 de 1998-CR (1º diciembre 1998) presentado al Congreso propone el siguiente texto:

“Artículo 1º.—El profesional de la salud, que abusa de su ciencia o arte practicando la manipulación genética con fines de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de siete años ni mayor de diez años”.

De su exposición de motivos se infieren los siguientes propósitos:

- Evitar la existencia de un vacío legal frente a los avances de la ingeniería genética y su consecuente aplicación en seres humanos, ya que esta constituye un acontecimiento de trascendencia mundial frente al cual nuestro país no puede verse ajeno.

- Proteger la dignidad del ser humano en cualquiera de sus etapas de desarrollo, así como todos los demás derechos afectados con el uso de las técnicas de manipulación genética, cumpliendo la ley su función preventiva y de protección de la sociedad y del Estado, manteniendo al hombre como su fin supremo y no como instrumento del desarrollo científico.

E) *Propuestas presentadas para la regulación de los delitos por manipulación genética*

- Consideramos necesaria la incorporación de un nuevo título en el Código Penal, denominado de los “delitos de manipulación genética”, ya que por el

principio de la no extensión de las normas penales por analogía, no es posible asignarles una sanción penal a los excesos de la manipulación genética si no están expresamente tipificados en la ley.

- No es conveniente sancionar un solo tipo de manipulación genética. Deben considerarse las diversas conductas, actos o prácticas biotecnológicas que pueden realizarse y que dañen al ser humano y a la humanidad.

- Si bien la clonación es la forma de experimentación negativa más perjudicial, pues atenta contra la integridad, identidad y libertad del ser humano, no es la única, pues existen otras tantas prácticas genéticas que se vienen aplicando en nuestro medio como es el caso de: la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, la alteración del genotipo mediante la manipulación de genes, los procesos de hibridación y quimerización, crioconservación y eliminación de embriones *ex utero*, selección de sexo y transgénesis con fines eugenésicos, así como la producción de armas biológicas mediante la ingeniería genética. Estos serían los tipos penales que deben incorporarse en el Código Penal.

- No es técnico referirse a la clonación como el único medio para crear seres humanos idénticos, y por ello sancionarlo penalmente, pues pueden surgir otros medios tecnológicos que originen seres con la misma identidad biogenética, con lo que quedaría sin finalidad real el tipo penal.

- Si bien la prohibición de crear seres humanos idénticos mediante técnicas de manipulación genética nos parece absolutamente justificada, no debemos olvidar que la clonación posee un aspecto positivo al ser posible su uso con un fin preventivo, diagnóstico o terapéutico, así como también con fines industriales como es la fabricación de anticuerpos monoclonales (hibridomas), células y tejidos humanos para trasplantes, etc. Es decir, debemos ser cautos y comprender que lo ilícito e inmoral en la actualidad puede ser (incluso) la salvación de la humanidad en un futuro.

- La prohibición debe estar orientada a la técnica de clonación general (clonación del hombre) y no a otras formas de clonación parcial, pues limitaría las investigaciones en la lucha contra las enfermedades (clonación para el hombre).

F) *Tipificación y propuesta*

Propusimos que el tipo penal que sancione la duplicación humana debe ser redactado de la siguiente manera:

Artículo 1º.—“Aquel que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con el fin de crear seres humanos idénticos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de siete ni mayor de diez años, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4º y 8º.

”La simple tentativa es pasible de sanciones penales”.

G) *Conclusión*

Casi de manera uniforme y unánime las recomendaciones, documentos y legislaciones internacionales se alinean por la prohibición de los métodos de duplicación humana ya que implican un atentado directo contra la dignidad del hombre y la conservación de heterogeneidad de la especie humana. Sin embargo, debemos tender a prohibir y sancionar penalmente los actos derivados de la manipulación genética en sus diversas formas, tomando en consideración que: a) los derechos de la persona requieren de una protección especial, atendido el avance de la ciencia, b) toda técnica requiere una evaluación y conformidad de beneficio para el hombre, c) se prohíba todo tipo de manipulación genética con fines eugenésicos y, d) el genoma humano es inviolable.

Luego se presentó el proyecto de ley 264, el 7 de agosto de 2001, en el que se propuso lo siguiente:

“Artículo 1º.—El profesional de la salud, que abusa de su ciencia o arte practicando la manipulación genética con fines de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de siete años ni mayor de diez años”.

§ 162. BANCO DE DATOS GENÉTICOS

El proyecto de ley 5630 de 99-CR propone la dación de una “Ley de base y banco de datos de ADN” con la finalidad de acelerar la identificación científica gracias al perfil genético de ADN y a que esta sustancia genética contiene la información precisa para individualizar a las personas y puede ser procesada y almacenada a efectos de identificar de manera precisa a las persona mediante una base de datos.

La finalidad de dicha base de datos de ADN es:

- Recopilar las muestras biológicas de las escenas de crímenes.
- Producir un perfil de ADN de la evidencia de la escena del crimen.
- Convertir el perfil de ADN en un código numérico.
- Introducir el código numérico en el programa de base de datos de ADN.
- Buscar y encontrar cotejos.

Si bien el proyecto es de por sí interesante y existen precedentes legislativos en el derecho comparado como en Austria, Alemania, Australia, Canadá, Estados Unidos, Francia y Reino Unido, la conveniencia y admisibilidad de procesar en bases de dato las huellas genéticas implicaría previamente la cautela de los derechos de las personas interesadas.

Es decir, debemos previamente dar regulación jurídica que proteja y cautele en su verdadera dimensión los derechos de las personas frente al avance de la biotecnología y, sobre todo, tener presente que un banco de datos o registro

de genes implica esencialmente una disposición sobre la información en ellos contenidas, de allí que se vean afectados derechos como la intimidad, libertad, igualdad e identidad, los que merecen una protección detallada y previa.

Este proyecto se sustenta en que el ADN de una persona nunca es igual al de otra, y por tanto, sirve para lograr su identificación. Además, la información contenida en el ADN se puede extraer de cualquier célula del cuerpo humano, lo que determina su fácil acceso.

Así en el campo penal (mayor ámbito de aplicación de este proyecto) una base de datos de ADN podría ayudar a la identificación de los procesados con muestras recogidas de la escena del delito, a la identificación de los condenados y lograr una mayor celeridad procesal.

Ahora, si bien con este proyecto se conseguirían beneficios para resolver delitos, también se debe tener en cuenta que la información depositada en la base de datos de ADN debe ser manejada respetando los derechos fundamentales de la persona, y no se debe permitir el acceso a la información por cualquier materia. Quedaría, pues, en la decisión jurisdiccional establecer qué casos cabrían dentro del término señalado en el proyecto de “interés general” para permitir el acceso a la información contenida en la base de datos.

§ 163. DISCRIMINACIÓN GENÉTICA

A) *Texto*

El proyecto de ley 248-2000-CR de 23 de agosto de 2000 es el “Proyecto de ley para proteger el patrimonio genético humano y sancionar discriminación”.

Artículo 1º.—*Derecho de protección de patrimonio genético.* Toda persona tiene derecho a la protección de su patrimonio genético, en resguardo a su derecho a la intimidad y dignidad personal. El Estado garantiza este derecho.

Ninguna persona puede ser objeto de discriminación fundada en sus características genéticas.

Artículo 2º.—*Carácter secreto de factores genéticos.* La información sobre los factores genéticos de una persona es considerada información personal, secreta e inviolable. Es prohibida su difusión, salvo que con ello se ponga en grave peligro la vida de terceros, en cuyo caso procede transmitir la información a la persona expuesta.

Artículo 3º.—*Prohibición para evaluar factores genéticos.* Es prohibido realizar la evaluación de factores o datos genéticos, para la contratación de personal, cualquiera que sea la modalidad, o para la contratación de seguros médicos o de vida.

Artículo 4º.—*Carácter voluntario de examen genético.* Ninguna persona puede ser obligada o sometida, contra su voluntad, a exámenes para conocer su

código genético. Estos solo pueden realizarse con fines preventivos y/o terapéuticos, previo consentimiento expreso de la persona implícitamente beneficiada.

Artículo 5º.—*Alteración o modificación de caracteres genéticos.* Adiciónese el artículo 319A al Código Penal, el mismo que queda redactado con el texto siguiente:

“Artículo 319A.—El que altere o modifique los caracteres genéticos de una persona, es sancionado con pena privativa no menor de diez años ni mayor de 15; excepto cuando se trata de terapia genética de células somáticas, con autorización expresa de la persona intervenida”.

Artículo 6º.—*Sanción penal por obligar a exámenes genéticos.* Adiciónese el artículo 319B al Código Penal, el mismo que queda redactado con el texto siguiente:

“Artículo 319B.—El que obligue o someta sin consentimiento expreso, a una persona a exámenes para conocer su código genético, o que exija se le extienda autorización para tener acceso a información referida al código genético de una persona, es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de cinco”.

Artículo 7º.—*Discriminación por factores genéticos.* Adiciónese el artículo 323A, el Código Penal, el mismo que queda redactado con el texto siguiente:

“Artículo 323A.—El que discrimina a una persona o grupo de personas por factores genéticos, es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

”Si el agente es funcionario público, la pena será no menor de tres ni mayor de siete años, e inhabilitación por cuatro años”.

Artículo 8º.—*Modifica delito de violación de secreto profesional.* Adiciónese un párrafo final al artículo 165 del Código Penal, el mismo que queda redactado con el texto siguiente:

Artículo 165.-

(segundo párrafo).

“Cuando se trata de información referida al código genético de una persona, la pena es privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro”.

Artículo 9º.—*Sanción administrativa.* Los actos de discriminación por factores genéticos cometidos por funcionarios del Estado, son sancionados con suspensión no menor de tres meses de labores sin goce de haber, previo procedimiento administrativo; sin perjuicio de las acciones penales que correspondan.

Artículo 10.—*Nulo despido por discriminación genética.* Modifíquese el inciso d) del artículo 29 del decreto legislativo 728, “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”, el mismo que queda redactado con el texto siguiente:

“Artículo 29.—Es nulo el despido que tenga por motivo:

”d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, o por factores genéticos”.

Artículo 11.—*La discriminación genética es acto de hostilidad.* Modifíquese el inciso f) del artículo 30 del decreto legislativo 728, “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”, el mismo que queda redactado con el texto siguiente:

“Artículo 30.—Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

f) Los actos de discriminación por razón de sexo, razón, religión, opinión, idioma o por factores genéticos”.

Artículo 12.—*Sanción de multa.* La persona natural o jurídica que discrimine por factores genéticos en la contratación de personal o de seguros, será sancionada con multa no menor de cinco UIT ni mayor de 10. La multa es impuesta por el Ministerio de Trabajo, si se refiere a contratación laboral, o por la Superintendencia de Banca y Seguros, si se trata de seguros.

Artículo 13.—Encárguese al poder ejecutivo la reglamentación de la presente ley, en un plazo no mayor de 60 días contados a partir de su publicación.

B) *Comentario*

Este proyecto busca proteger la información genética contenida en los genes del organismo de todo ser humano, ya que con ella podemos identificar, individualizar y descomponer la esencia del hombre.

Sobre la base de dicha información se puede atentar contra el derecho a la igualdad, discriminando a las personas con determinada enfermedad o a las que estén predispuestas a contraerla. El proyecto propone que la información genética sea personal, secreta e inviolable; consecuentemente establece la prohibición de discriminar a las personas basándose en los datos genéticos de cada una de ellas, para contratar personal o para contratar seguros médicos, y establece, que en el campo laboral es nulo el despido por factores genéticos, además de establecer una multa a la persona natural o jurídica que lo haga.

Adicionalmente, este proyecto incorpora como delito en el Código Penal la alteración o modificación de los caracteres genéticos (manipulación genética), así como obligar a exámenes genéticos para cualquier fin y la discriminación por factores genéticos (genoísmo).

También modifica el artículo 165 del Código Penal ampliando el delito de violación del secreto profesional, la revelación de la información del código genético de una persona, la pena privativa de libertad que estatuye es no menor de 2 ni mayor de 4 años. Dicha pena es mayor a la ya impuesta en el Código para la conducta genérica; es decir, se consideraría como agravante el hecho de que la revelación sea sobre información referida al código genético.

§ 164. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

El proyecto de ley 685 de 10 de septiembre de 2001 trata sobre la fecundación asistida. En sus considerandos indica que los modernos descubrimien-

tos tecnológicos y científicos en el campo de la biotecnología han posibilitado el desarrollo y la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, como una alternativa de solución a los problemas de esterilidad e infertilidad de las parejas humanas en edad reproductiva. Que, la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país, es una realidad innegable desde hace varios años. Sin embargo, todavía no tenemos dentro de nuestro derecho positivo una regulación legal sobre la materia. Que, la regulación jurídica de las técnicas de reproducción asistida, así como la experimentación científica sobre el hombre, merecen una protección social y una determinación legal inmediata. Los problemas que plantea el desarrollo de la tecnología al derecho son intrincados y espinosos porque afectan cuestiones éticas fundamentales, poniendo de manifiesto y en real peligro la verdadera naturaleza de la vida humana. Que, una legislación sobre la materia en nuestro país es de suma urgencia, más aún si tenemos en consideración que el primer bebé probeta peruano nació en el año 1989. Y las técnicas se aplican actualmente en las clínicas de fertilidad sin ningún tipo de regulación legal. Que, la legislación sobre las técnicas de reproducción humana representa en la actualidad un reto para nuestro derecho que debe partir de la tautología, que la ciencia está al servicio del hombre y no el hombre al servicio del desarrollo científico.

Trata temas como los de los derechos del concebido, del inicio de la vida humana, de la proscripción de la eugenesia, de la aplicación de los métodos de reproducción humana asistida, de la pareja beneficiaria, del consentimiento de la pareja beneficiaria para acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, de la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea, de los bancos y cedentes, de la filiación, de la maternidad subrogada, de la crioconservación, del diagnóstico y tratamiento, de la investigación y experimentación.

§ 165. LESIONES AL CONCEBIDO

La Comisión de Salud, Población, Familia y Personas con Discapacidad del Congreso de la República aprobó el proyecto de ley 839 de 2001-CR que propone la tipificación del delito de lesiones del concebido. De esta manera se incorpora el artículo 124A al Código Penal (lesiones en el concebido) con el texto siguiente: “El que causa un daño en la integridad, cuerpo o salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres años ni mayor de ocho años. Si el agente actuó de forma culposa, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años”. Este proyecto se sustenta en que la tipificación del delito de aborto únicamente busca la protección del embrión o feto y no de su salud; lo que ha originado vacíos o lagunas de punibilidad para los casos en que se realizan actos culposos, como, por ejemplo, con la administración de medicamentos inadecuados en las farmacias, tales como anticonceptivos que producen como consecuencias secundarias graves daños en la salud del feto. En consecuencia, resulta admisible agregar un

parágrafo en el artículo 124 del Código Penal que proteja la integridad y salud del embrión o feto contra lesiones, de suerte tal que los actos contrarios al concebido sean debidamente reprimidos y no queden impunes. Finalmente, se aprobó la siguiente redacción: “Artículo 124A. El que por dolo o culpa cause daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres”.

Sección IV. *Acercamiento al anteproyecto de ley sobre técnicas de reproducción asistida*

Lo anteriormente expuesto sirvió para determinar la urgente necesidad de dictar normas especiales que regulen el avance de la genética en nuestro medio, siendo conscientes de que la influencia de esta joven ciencia sobre las relaciones personales es muy variada y amplio su contenido, por lo que debe comen- zarse por regular las técnicas de reproducción humana asistida.

El Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima nos encargó la elaboración de un anteproyecto de ley sobre fecundación asistida, investigación que se llevó a cabo durante el período académico 1995-1996.

§ 166. TEXTO DEL ANTEPROYECTO DE LEY

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Capítulo I

Ámbito de aplicación

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

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

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

TÍTULO II

DE LOS DERECHOS DEL CONCEBIDO

Capítulo I

Del inicio de la vida humana

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

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

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

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

Capítulo II

De los derechos del concebido

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

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

Estos derechos también le son comunes a las personas naturales.

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

Capítulo III

Del derecho a la vida y a nacer

Artículo 10.—El derecho a la vida le es consustancial al concebido y lo protege de todo tipo de atentado directo o indirecto. En tal sentido, la manipulación genética está prohibida.

Una vez transferido, y mientras esté vivo, el embrión no podrá ser aspirado, extraído, ni abortado, salvo que se trate de un embarazo ectópico producto de una deficiencia técnica debidamente comprobada, y siempre que esté en peligro la vida o integridad de la gestante.

El concebido tiene derecho a nacer. No puede realizarse una concepción sin que su fin sea un nacimiento viable, ni retardar o apresurar el crecimiento de un embrión.

Capítulo IV

Del derecho a la igualdad

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

Capítulo V

Del derecho a la dignidad

Artículo 12.—*El concebido merece un trato digno.* Como sujeto de derecho especial no se puede realizar con él ningún tipo de contratación ni relación comercial. Queda prohibida su venta, donación o permuta.

Las técnicas de crioconservación se realizarán tomando en consideración que implican la paralización de una vida, la que desde su inicio no puede ser por un tiempo indefinido ni quedar al arbitrio de terceros.

Capítulo VI

De la proscripción de la eugenesia

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

TÍTULO III

DE LA APLICACIÓN DE MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Capítulo I

De la reproducción humana asistida

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

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

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

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

Capítulo II

De la pareja beneficiaria

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

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

Artículo 18.—Las técnicas de reproducción humana asistida solo se aplicarán cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.

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

Capítulo III

Del consentimiento de la pareja beneficiaria para acceder a las técnicas de reproducción humana asistida

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

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

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

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

El centro sanitario que aplicará la técnica de reproducción humana asistida solicitará copia certificada de dicho documento a fin de que integre la historia clínica correspondiente.

Artículo 23.—El consentimiento otorgado por el matrimonio no exime de responsabilidad a los centros y profesionales intervinientes en la aplicación de la técnica de reproducción humana asistida.

Capítulo IV

De la historia clínica de las parejas beneficiarias

Artículo 24.—El centro sanitario deberá mantener la historia clínica de cada pareja beneficiaria que solicite el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, debiendo contener:

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

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

Capítulo V

De la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea

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

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

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

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

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

Capítulo VI

De los bancos y cedentes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 39.—La elección del cedente es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de reproducción humana asistida. Se deberá garantizar que el cedente tiene la misma similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar.

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

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

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

Capítulo VII

De la filiación

Artículo 43.—La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción humana asistida se regulará por las leyes vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo.

Artículo 44.—En ningún caso la inscripción en el registro civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la reproducción.

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

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

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

Capítulo VIII

De la maternidad subrogada

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

Capítulo IX

De la crioconservación

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

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

Artículo 50.—No se autorizará la crioconservación de óvulos con fines de técnicas de reproducción humana asistida, en tanto no hayan suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación.

Artículo 51.—Queda prohibida la formación y/o mantenimiento de bancos de preembriones o embriones humanos.

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

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

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

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

Capítulo X

Del diagnóstico y tratamiento

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

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

a. Que la pareja beneficiaria haya sido informada sobre los procedimientos, investigaciones, diagnósticos, posibilidades y riesgos de la terapéutica propuesta y la hayan aceptado previamente.

b. Que se trate de enfermedades con un diagnóstico muy preciso de pronóstico grave o muy grave, y cuando ofrezcan garantías de la mejoría o solución del problema.

c. Si se dispone de una lista de enfermedades en las que la terapéutica es posible con criterios estrictamente científicos.

d. Si no se influye sobre los caracteres hereditarios ni se actúa con fines eugenésicos.

e. Si se realiza en centros sanitarios autorizados y por equipos calificados y dotados de los medios necesarios.

Capítulo XI

De la investigación y experimentación

Artículo 58.—La investigación básica o experimental podrá ser realizada a partir de gametos individuales, siempre que esté orientada a perfeccionar las

formas de obtención y maduración de ovocitos, así como la crioconservación de óvulos humanos.

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

Se prohíben otras fecundaciones entre gametos humanos y animales, salvo que estén expresamente autorizadas por la entidad encargada de aplicar esta ley, para un proyecto debidamente presentado y autorizado por la misma y bajo su estricto control.

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

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

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

a. Informar a la pareja beneficiaria sobre los procedimientos, investigaciones e intervenciones que se realizarán y sus posibles riesgos y consecuencias.

b. Que la investigación, experimentación y/o intervención se realice en el más breve lapso posible, y antes de los 14 días contados desde la fecundación del óvulo.

c. Que se trate de enfermedades de diagnóstico muy preciso y que la terapéutica que deba aplicarse ofrezca razonables garantías de mejoría o solución de aquellas.

d. Que no se modifique el patrimonio genético ni se busque la selección de raza o de individuos.

e. Que se haya agotado la investigación o experimentación en el modelo animal.

f. Que se realice en establecimientos y por equipos de profesionales debidamente autorizados.

Artículo 63.—No podrá realizarse investigación y/o experimentación en embriones humanos con otros fines que los precedentemente expuestos, aunque se trate de embriones no viables.

Capítulo XII

De los centros sanitarios y equipos biomédicos

Artículo 64.—Se consideran centros o servicios sanitarios los establecimientos habilitados para la realización de las técnicas de reproducción humana asistida o sus derivaciones, así como los bancos de recepción, conservación y

distribución de material genético humano. En todos los casos estarán sometidos a las leyes especiales de salud pública y sometidos al control del Ministerio de Salud.

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

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

Artículo 67.—Los equipos biomédicos y la dirección de los centros sanitarios incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los cedentes, si realizan mala práctica con las técnicas de reproducción humana asistida o los materiales biológicos correspondientes, o si por omitir la información o los estudios protocolizados se lesionaran los intereses de cedentes o usuarios o se transmitieran a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudios previos.

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

Capítulo XIII

De la autoridad de aplicación

Artículo 69.—Se crea la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y Genética, de carácter permanente, cuya finalidad será:

- a. Controlar el adecuado cumplimiento de las disposiciones de esta ley.
- b. Colaborar en el intercambio, recopilación y/o actualización de conocimientos científicos y técnicos, tanto en el orden nacional como en el internacional.
- c. Elaborar criterios de funcionamiento de los centros o servicios donde se realizan las técnicas de reproducción asistida, a fin de facilitar su mejor utilización.
- d. Considerar y autorizar nuevos proyectos científicos, diagnósticos, terapéuticos, de investigación y/o experimentación en los términos de la presente ley.

e. Asesorar a la autoridad sanitaria nacional sobre los requisitos técnicos y funcionales de los establecimientos donde se practiquen actividades regladas por la presente ley, así como las condiciones de identidad y calidad científica de los equipos interdisciplinarios que las realicen.

f. Colaborar en lo relacionado con los recaudos que deben contener los legajos, protocolos, historias clínicas de los cedentes, usuarios, así como en la formulación de pautas de control del transporte y utilización de los gametos criopreservados.

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

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

Capítulo XIV

Del Comité Nacional de Ética

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

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

Artículo 73.—El Comité Nacional de Ética podrá funcionar administrativamente en forma descentralizada mediante las delegaciones regionales.

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

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

Capítulo XV

De las infracciones y sanciones

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

Artículo 76.—Se consideran infracciones graves:

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

Artículo 77.—La comisión de las infracciones expuestas en el artículo anterior dará lugar al retiro de la autorización conferida al establecimiento asistencial o de servicio, así como al personal del mismo, para la realización de las actividades contempladas en esta ley.

Ello, sin perjuicio de las sanciones penales que puedan aplicarse en caso de incurrirse en delitos previstos por la legislación penal.

Artículo 78.—Se consideran infracciones muy graves:

- a. La violación de las disposiciones contenidas en los artículos 42, 43 y 52 de esta ley.
- b. Fecundar óvulos humanos con fines distintos de la procreación humana.
- c. Obtener preembriones humanos por lavado uterino, cualquiera que sea el fin perseguido con ello.
- d. Mantener *in vitro* los óvulos fecundados y vivos, más allá del decimo-cuarto día siguiente al que fueron fecundados,
- e. Mantener vivos los preembriones, con objeto de obtener de ellos muestras utilizables.
- f. Comerciar, bajo la forma que sea, con preembriones o con sus células, así como su importación o exportación.
- g. Utilizar industrialmente preembriones o sus células.
- h. Utilizar preembriones, o sus células, con fines cosméticos o similares.
- i. Mezclar gametos de distintos usuarios o cedentes para la realización de las técnicas de reproducción humana asistida.
- j. Omitir los estudios necesarios para obtener las garantías biológicas y de viabilidad de los preembriones o gametos, antes de su implantación o utilización.
- k. Revelar la identidad de los cedentes fuera de los casos excepcionalmente previstos por la presente ley.
- l. Utilizar la clonación en cualquiera de las variantes, o cualquier otro tipo de procedimiento, dirigido a la obtención de seres humanos idénticos o para la selección del sexo o la raza.
- m. La partenogénesis o estimulación del desarrollo de un óvulo por medios térmicos, físicos o químicos, sin que sea fecundado por un espermatozoide humano, lo cual dará lugar solamente a descendencia femenina.
- n. La manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.
- o. La creación de preembriones de personas del mismo sexo, con fines reproductores u otros.

- p. La fusión de preembriones entre sí o cualquier otro procedimiento dirigido a producir quimeras.
- q. Los procedimientos de intercambio genético humano, o la recombinación con otras especies para la obtención de híbridos.
- r. La investigación y/o experimentación con gametos o preembriones, embriones o fetos humanos, salvo en los casos de expresa autorización en los términos de la presente ley.
- s. La transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal, o viceversa.
- t. La ectogénesis o creación de un ser humano determinado en el laboratorio.
- u. La creación de preembriones con esperma de individuos diferentes para su transferencia al útero.
- v. La transferencia al útero, en un mismo momento, de preembriones originados con óvulos de diferentes mujeres.
- w. La utilización de la ingeniería genética y otros procedimientos, con fines militares o de otra índole, para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, del tipo que fueren.
- x. La utilización de la ingeniería genética y/o de todo otro tipo de procedimiento, con cualquier fin, que de alguna forma ponga en peligro la normal subsistencia de la especie humana.
- y. Todas las actividades de investigación que no se ajusten a los términos de esta ley, su reglamento y las pautas que fije la autoridad de aplicación de la misma.

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

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

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—El gobierno, en el plazo de seis meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, establecerá:

- a. Los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios, así como de los equipos biomédicos relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y los bancos de gametos.

b. Los protocolos de información de los cedentes y de los usuarios relacionados con estas técnicas que deben presentar por los equipos biomédicos de los centros y servicios sanitarios correspondientes.

c. Los protocolos obligatorios de estudio de los cedentes y los usuarios relacionados con estas técnicas, que deben complementar los equipos biomédicos.

d. La lista de enfermedades genéticas o hereditarias que puedan ser detectadas con el diagnóstico prenatal, a efectos de prevención o terapéutica, y susceptible de ser modificada a medida que los conocimientos científicos así lo exijan.

e. Los requisitos para autorizar con carácter excepcional la experimentación con gametos, preembriones o fetos humanos y aquellas autorizaciones que al respecto puedan delegarse en la Comisión Nacional de Reproducción Asistida.

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

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

a. El Registro Nacional consignará los hijos nacidos de distintos cedentes, la identidad de las parejas receptoras, y su localización territorial en cada momento, siempre que sea posible.

b. Si en el Registro Nacional o en los centros o servicios en los que se realicen las técnicas de reproducción humana asistida se tuviere conocimiento de que han fallecido los correspondientes cedentes, la muestra donada pasará a disposición de los bancos, que la utilizarán en los términos acordados con aquellos y conforme a esta ley.

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

Conclusión

Como se ha considerado, en el medio nacional peruano se carece de una normatividad que regule el avance de la genética y su influencia sobre las relaciones sociales. Si bien existen de manera dispersa e inorgánica algunos dispo-

sitivos legales (llámese artículos) sobre la materia, los mismos son por demás insuficientes como protección al sujeto de derecho.

En este sentido, es de urgente necesidad contar con una biolegislación acorde que regule la genética en beneficio del ser humano. Esto explica que se haya elaborado un anteproyecto de ley que, sobre la base de protección al embrión y a la persona que recurre a las mismas como beneficiaria, permita un desarrollo uniforme y cabal sobre principios humanistas y de garantía de los derechos humanos.

Solo esperamos que este documento sirva de sustento para una legislación adecuada en el Perú, todo lo demás queda en la conciencia y voluntad de nuestros legisladores.

BIBLIOGRAFÍA DEL ANTEPROYECTO

* *Documentos en general*

- Proyectos de recomendación del CAHBI.

Informe Warnock. Gran Bretaña: Imprenta de su Majestad la Reina, 18 de julio de 1984.

- Declaración Universal de los derechos Humanos de las generaciones futuras. 145ª reunión. París: Organización de la Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Consejo Ejecutivo, 145 EX/41, 22 de septiembre de 1994.

- XXI Congreso Internacional del Notariado Latino. Berlín, Alemania, de 28 de mayo a 3 de junio de 1995.

* *Legislación*

- Alemania: proyecto de ley de 1987, proyecto de ley de 1989 y ley 745 de 1990.

- Argentina: proyecto de Slavustky-Girón y Arriberé, proyectos en el período 1991-1993, proyecto de ley de Alberto A. Natale-José M. Antelo, proyecto de ley de María F. Gómez Miranda, proyecto de ley del Senado y Cámara de Diputados y Proyecto de ley de Carlos F. Ruckauf-Alberto Iribarne.

- España: informe Palacios (1986) y leyes 35 de 1988 y 42 de 1988.

- Francia: proyecto de ley de 1992-1993 y leyes 94-653 y 94-654.

- Perú: “Bases para una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida”, en *Cuadernos de derecho*, núm. 1, Lima, Universidad de Lima, 1992, pág. 60; Proyecto de Ley de Enmiendas del Código Civil de 1984, en Diario Oficial *El Peruano*, 7 enero 1995.

RODRIGUEZ-CADILLA PONCE, MARÍA DEL ROSARIO: *Técnicas de reproducción humana asistida: su trascendencia jurídica en Perú*, tesis de bachiller, Lima, Universidad de Lima, 1996.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE: “Bases del derecho genético”, en Diario Oficial *El Peruano*, sec. B, Lima, 11 agosto 1994.

— “El derecho genético y las interrelaciones humanas”, en Diario Oficial *El Peruano*, sec. B, Lima, 25 enero 1995, pág. 9.

— *Derecho genético*, Trujillo, Edit. Normas Legales, 1995.