

Aspectos jurídicos y legales en reproducción humana asistida

Dr. Enrique Varsi Rospigliosi
Jurista

Vemos que indiscutiblemente es un tema de alta tecnología, que la medicina ha evolucionado enormemente en los últimos años en la genética, la embriología. Lo ha hecho con una finalidad, que es satisfacer ese interés de la persona tan humano, tan propio que es tener descendencia. Porque es el proyecto, el anhelo y la finalidad que tiene toda persona o que tiene toda pareja. Entonces ahí viene esa función social que cumple la medicina para con los ciudadanos.

El tema se presenta, sin embargo, crítico en algunas cosas. Porque, claro, la ciencia avanza, la ciencia progresa, pero muchos dicen que ese progreso a veces es perjudicial, porque atenta contra normas éticas, contra normas morales, contra principios naturales y entra ahí la gran discusión: hasta dónde puede llegar el avance científico -digamos- para poder crear una vida, satisfacer el interés -en algunos casos individual o egoísta de una persona sola, sea hombre o mujer- de querer tener descendencia. Es allí donde el derecho comienza a preocuparse sobre estas cosas.

El derecho es una ciencia que no avizora lo que va a pasar, una ciencia que regula lo ya existente, lo que se da en la sociedad. Cuando existe un conflicto recién entra a regular situaciones; previamente a ello el derecho tiene principios o tiene fuentes que podemos nosotros utilizar para poder dar solución a los problemas que surgen sobre determinados temas. Y uno de los grandes principios que se han planteado

para poder regular la procreación es justamente el tema de la dignidad humana, y lo va a explicar, entiendo, el Dr. Wagner más adelante. El ser humano es un ser digno, es decir, un ser merecedor de protección, un ser tributario de una seguridad por parte de la sociedad y, por ende, el derecho tiene que comenzar a dictar ciertas normas.

Sobre procreación asistida en el Perú no tenemos una regulación, es decir, existe un vacío. La Constitución no habla nada sobre el particular. Nuestro Código Civil de 1984 tampoco trata sobre la materia. Con todo, la Ley General de Salud sí plantea una norma sobre el particular que ha generado toda una gran discusión. Es decir que no hay un tratamiento específico, concreto y típico sobre la reproducción asistida, pero hay por ahí un artículo suelto que ha generado toda esta polémica. Es el artículo séptimo de la Ley General de Salud, el cual nos dice que, en primer lugar, es derecho de toda pareja recurrir a los métodos de fertilidad, como una última alternativa para poder satisfacer este deseo de querer tener descendencia. Se prohíbe la manipulación genética sobre los embriones. Cuando se habla de manipulación genética, se habla del cambio de la modificación o de la alteración del genoma de ese embrión, por lo cual están totalmente admitidos los test genéticos y los diagnósticos pre-implantacionales, los que tampoco tienen una regulación legal pero son aceptados. Hay una parte de ese artículo^{7°} que ha generado una tremenda discusión. Dice que la

maternidad biológica debe coincidir con la maternidad genética. En alguna medida esto descarta, prohíbe, deniega o le pone un tope a la maternidad sustituta o a la famosa cesión de vientre. ¿Y por qué el derecho indica que la maternidad biológica debe coincidir con la maternidad genética? Porque el derecho siempre ha partido de un principio natural: que madre es la que da a luz, en base a un principio romano. Los romanos, digamos, creaban el derecho en base a brocardos, en base a principios como *Partus sequitur ventrem*, (el vientre precede al parto).

En consecuencia, una mujer que está en gestación, la mujer que da a luz es la madre. Obviamente, pues, los romanos en la vida se habrían imaginado el tema de la embriodonación, de la ovodonación, del test preimplantacional y, mucho menos, de la maternidad sustituta. Entonces, la situación está en que, cuando esto se plasma en la ley general de salud, estamos regulando una situación en base a criterios total y absolutamente desfasados, históricos, en base a principios del derecho romano. Ya hemos tenido problemas por esto. Este problema que creo que fue de una tremenda exposición pública. Fue el caso de esta pareja de chilenos, que viene hacerse una reproducción asistida en base a una maternidad subrogada, recurren a un vientre sustituto. La pareja de chilenos ingresa un día después de que los niños habían nacido y al momento que ellos salen del Perú, en Migraciones le dicen: “Señora ¿usted es la madre de los niños?”. “Si”. “A ver, la partida de nacimiento. Pero acá figura que los niños nacieron el viernes y usted ha entrado al Perú el día sábado”. Vean ustedes lo delicado que es el trabajo de Migraciones. Era una situación que dio mucho que pensar, y se entra a todo un trámite, una investigación.

La pareja de chilenos es acusada de trata de personas, una locura. No había trata de personas, no había delito. Lo que hubo fue una técnica de alta reproducción asistida para satisfacer el interés de la pareja porque la mujer no podía gestar. Ninguna norma lo prohíbe. Este artículo 7° de la Ley General de Salud ya sido interpretado por la Corte Suprema en el sentido de que aquí no hay una prohibición, sino que lo que busca la Ley General de Salud es establecer un principio que debe respetarse y reconocerse: que excepcionalmente

la maternidad sustituta debe ser admitida como una última opción, no como una norma general, que se aplique de una manera libre irrestricta. Sin embargo, vemos que la reproducción asistida viene avanzando a pasos agigantados en nuestro medio. El doctor ya lo ha dicho con toda certeza que en el Perú tenemos alta tecnología reproductiva y muchos extranjeros vienen a hacerse reproducción humana asistida en los diversos centros que existen en nuestro medio. La gran pregunta es ¿necesitamos una ley que regule este tema? Los abogados tenemos que meternos en este tema, pues el derecho lo que busca es seguridad, garantía, que no existan conflictos. Y el mayor conflicto en una maternidad subrogada es que más tarde la madre colaboradora, aquella que gesta por encargo, no quiera entregar a la descendencia. Vienen acá, entonces, todas estas formas de reproducción asistida que se pueden realizar.

Si es una pareja que tiene un embrión donado o cedido y que lo da a una colaboradora, finalmente no podemos establecer el entronque genético, porqué le hacemos la prueba de ADN y termina siendo de ninguno de los tres. El único enlace que tendríamos es por el parto de la madre colaboradora. Les puedo decir la variedad de situaciones que existen sobre el particular, pero ha habido una gran solución en la jurisprudencia comparada y que ya se viene aplicando aquí en nuestro medio: cómo llegar a declarar la filiación en la reproducción humana asistida, cómo sé quiénes son los padres en la reproducción asistida, sea heteróloga simple o heteróloga compleja, que es el caso más extremo de la maternidad sustituta, la embriodonación o la ovodonación.

Es muy sencillo: como acreditamos quiénes son los padres de un hijo adoptivo. ¿Quiénes son los padres de un hijo adoptivo? ¿Los que adoptan, no es cierto? Hago la prueba genética al hijo adoptivo ¿y salen, los genes del padre que lo adopto? No. Entonces yo no me puedo valer de la prueba de ADN para poder demostrar esa filiación. Esta filiación por la adopción se sustenta en el principio de la afectividad, que es ¿quién quiso ser el padre? Independientemente de quien sea el progenitor, de quien cedió el gameto, de quien cedió el vientre, aquí lo que tenemos que demostrar es ¿quién quiso

esa reproducción asistida?. De este modo finalmente se cumple con ese deseo tan natural de querer tener una descendencia, en este caso la pareja de chilenos, porque, si se le pregunta a la madre colaboradora, “yo no quise ser madre, no quiero ser madre, simplemente tuve ese deseo altruista, colaborador, humanitario de entrega, de que esta mujer quiera tener un hijo y ella tiene los hijos”. Si ha habido un trato económico es una cuestión total y absolutamente distinta, pero acá, no hay una compra, no hay una venta, no hay un tráfico de menores, lo que hay es un acto técnico con la finalidad de poder satisfacer ese deseo de tener una descendencia. Entonces, en técnicas de reproducción humana asistida, la filiación se prueba con el deseo, con la intención y con el querer, que es justamente este gran principio de la filiación afectiva, sustentada en el criterio de la adopción.

El código civil ha tenido -digamos- muchas modificaciones, nuestro código civil de 1984, pero materia de reproducción asistida nunca ha habido un arreglo en el código civil. Lo más cercano que el código civil se ha modificado en materia de genética es incorporando la prueba de ADN. Lo hizo con bastante éxito, a propósito de un gran caso mediático que sucedió en nuestro medio, del periodista y la vedette. No sé si usted se acuerdan. Ese caso fue lo que llevó a que al código civil se le incorpore la prueba de ADN. Hay una cosa bien interesante, que había un grupo de trabajo encargado de revisar el código civil y hacer una propuesta de reforma y ese es el anteproyecto de reforma del código civil que se ha dictado hace unos 3 meses y se puede encontrar en las redes. Se han incorporado unos artículos en el código civil para regularla, no para prohibirla, sino para canalizarla. Por que el derecho no está para prohibir, salvo que sea un delito, salvo que sea una cuestión ilícita, pero no podemos decir que una técnica de reproducción humana asistida sea ilícita, sino que tenemos que establecer los parámetros para que esta logre la finalidad correspondiente. Les voy a leer algunas ideas de este anteproyecto de reforma del código civil, nos dice lo siguiente:

Toda técnica de reproducción asistida debe contar con el consentimiento previo informado y libre de las personas

que se sometan a su uso y debe estar sustentada en la voluntad procreacional. Lo que les decía: ese deseo de querer ser padre y los consentimientos informados aquí son clave. Ese documento que se le hace firmar a la pareja del tipo de técnica que van a realizar, es claro que el médico me puede decir “yo tengo una variedad de procedimientos”. Bueno, hay que hacer un consentimiento por cada tipo de procedimiento, tanto para seguridad del médico como también de la pareja, y eso debe estar debidamente incorporado en la historia clínica.

No podrá hacerse ninguna referencia acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal y en el registro de estado civil. Claro, no se va a pretender poner en la partida de nacimiento que el hijo es producto de una FIV, de un vientre de alquiler. Les digo eso porque en algunos países ha pasado.

El consentimiento informado debe ser prestado en forma personal e individual por cada una de las personas que se someten al uso de la técnica de reproducción humana asistida.

En materia de terminación de la filiación matrimonial no hay mayor inconveniente, porque todo hijo nacido de una mujer casada se entiende, se presume que es hijo del marido, salvo que la mujer demuestre o alegue que el padre de su hijo no es su marido, sino que es un tercero. Este es un tema interesante porque el derecho siempre parte de esa presunción, de esa premisa de proteger el matrimonio. Entonces, cuando hay una técnica de reproducción dentro del matrimonio, se entiende que esos nacidos son de los cónyuges de la mujer. Ahí en verdad no existe mayor inconveniente.

Claro, si la mujer se somete a una técnica de reproducción humana asistida sin consentimiento del marido, ahí surge el problema, el marido podría impugnarlo, podría negarlo, podría desconocerlo, ¿Por qué? Porque la pareja se debe fidelidad, se debe entrega, se debe respeto y no hay nada más propio que esa relación de pareja para poder generar una descendencia. Los médicos tienen que tener mucho cuidado acerca del estado civil de las personas que

recurren a las técnicas, porque si va una mujer casada tendría que intervenir también el marido, para evitar estos conflictos futuros.

Un tema que ha planteado su regulación es la determinación de la maternidad que es lo más complejo. Originariamente en el derecho lo más complejo era determinar quién es el padre. Y ya la Biblia, por ejemplo, decía que hay tres cosas que el hombre nunca va a poder determinar: el rastro que deja una serpiente por la roca, las ondas que deja un barco sobre el mar y el germen que puede dejar un hombre en una doncella. Son cosas que decía la Biblia y que nunca se van a poder demostrar. Hasta que apareció el ADN. Alec Jeffreys descubre cómo podemos aplicar el ADN para determinar la paternidad y ahora la paternidad es sumamente demostrable, pero el Derecho decía *Pater semper incertus est* (el padre siempre es incierto), a diferencia de otra premisa que decía *Mater semper certa est etiam si vulgo conceperit* (la madre siempre es cierta aunque haya concebido del vulgo). Pero surge la maternidad subrogada, y ahora el padre es siempre cierto por el ADN y la madre siempre es incierta. Cambia la figura, pero a este cambio de figura hay que darle un enroque, hay que darle un encuadre para evitar los conflictos. Aquí, por ejemplo, se parte de esta propuesta, que el parto determina la maternidad, una regla general que no podemos desconocer.

La regla establecida en el numeral I, no se aplica al concebido con uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja, en su caso un embrión de la pareja o de terceros. En este caso lo que hay que llegar a determinar es justamente la filiación afectiva. En los

supuestos descritos en el inciso anterior se deberá tener en cuenta la voluntad procreacional de la mujer o de la pareja que solicitó la procreación o gestación por cuenta de otro, el interés superior del niño o el principio de identidad genética. Estos criterios no son excluyentes entre sí; sea a la hora de la hora hay que tener en cuenta también qué cosa es lo más beneficioso para el niño, pero partiendo siempre de la premisa de quiénes quisieron ser padres. Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no pueden tener un contenido patrimonial, porque eso significaría un lucro, un comercio con el cuerpo, lo cual sí terminaría siendo un delito. Nosotros somos conscientes de que en el interior del país hay muchas mujeres que pueden ver esto como una opción de negocio, ¿no es cierto? Entonces, ahí viene la mano del médico de ver cuándo una colaboradora quiere cumplir un fin solidario, un fin humanitario, un fin de ayuda, sin desconocer que se le pueda dar una retribución por esos costos que le va a generar la gestación, pero no un pago como si fuera una prestación de servicios. Esto, en verdad, no puede ser tampoco exigido jurídicamente. Por eso el proyecto de reforma de lo que habla es justamente de que no se puede lucrar, no puede tener contenido patrimonial este tipo de acuerdos. Finalmente, yo quisiera dejarles a ustedes una reflexión muy sencilla y es la siguiente: “No hay nada más valioso que la vida humana y no hay nada más valioso que esa labor que hacen los médicos para poder generar una vida a través de esta tecnología. Lo único que tiene que hacer el derecho, en colaboración de los médicos y de los abogados, es saber respetar los principios esenciales de la persona humana que están sustentados fundamentalmente en la dignidad del ser”.