



**¿DEBERÍA PERMITIR LA FUTURA LEY PERUANA SOBRE
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA
(TERAS) LA FIGURA DEL “EMBARAZO POST MORTEM”?
SHOULD ALLOW FUTURE PERUVIAN LAW ON ASSISTED
HUMAN REPRODUCTION TECHNIQUES THE FIGURE OF
“PREGNANCY POST MORTEM”?**

Ricardo Valverde Morante

rvalverdem@usmp.pe

Especialista en Derecho Genético

Catedrático de las Facultades de Derecho de las Universidades
de San Martín de Porres e Inca Garcilaso de la Vega.

*“Un mínimo de sentido común nos dice, que no siempre el hombre debe realizar,
lo que técnicamente, es posible.”* Rafael Junquera de Estéfani

Profesor de Filosofía Jurídica en la UNED - España

SUMARIO

Consideraciones previas

Crioconservación de gametos sexuales humanos

Crioconservación de embriones humanos

Problemática jurídica por el uso de la “Maternidad *Post Mortem*”

Criterio de la doctrina jurídica comparada sobre el “Embarazo *Post Mortem*”

Legislación en el derecho comparado sobre el “Embarazo *Post Mortem*”

Conclusiones

RESUMEN

El presente artículo de investigación se plantea como premisa de trabajo, establecer si la futura ley peruana sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS), debería permitir la figura del “Embarazo Post Mortem”, que se encuentra regulada en el derecho comparado. Teniendo en consideración que en la actualidad y gracias al avance de las TERAS ya no es requisito indispensable para concebir a un niño que los padres tengan relaciones sexuales. Sin óbice de lo expuesto, es pertinente resaltar que la Propuesta de Reforma de nuestro Código Civil cuenta en su texto con un capítulo referido a la “Filiación por Reproducción Médicamente Asistida”, lo que constituye una novedad dentro de nuestro ordenamiento jurídico y es una respuesta a la existencia en nuestro país de gran cantidad de Clínicas de Reproducción Humana Asistida, quienes operan actualmente sin parámetros legales preestablecidos. Por tal motivo, luego de revisar la doctrina y el criterio de la legislación comparada sobre el “Embarazo Post Mortem”, coincido plenamente con lo regulado por la legislación francesa y la legislación italiana. Es decir, considero que nuestro Código Civil no

debería permitir la “Técnica de Reproducción Médicamente Asistida Post Mortem”, pues parto de la premisa de establecer como un axioma, que la verdadera naturaleza de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se refieren a actos médicos o terapéuticos dirigidos a combatir una enfermedad, en este caso, la esterilidad o infertilidad humana.

PALABRAS CLAVE

Reproducción humana asistida; embarazo post mortem; bioética; crioconservación de gametos sexuales humanos; filiación; crioconservación de embriones humanos.

ABSTRACT

This research paper is presented as working premise to establish whether future Peruvian law on Assisted Human Reproduction Techniques (TERAS), should allow the figure of "Pregnancy Post Mortem", which is regulated in comparative law. Considering that today thanks to the advancement of TERAS is no longer necessary to conceive a child that parents have sex requirement. No obstacle of the above, it is pertinent to note that the proposed reform of our Civil Code has in its text with a chapter on the "Medically Assisted Reproduction affiliation by" which is a novelty in our legal system is a response the existence in our country Clinics lot of Assisted Human Reproduction, who currently operate without pre-established legal parameters. Why, after reviewing the doctrine and the criterion of comparative legislation on "Pregnancy Post Mortem" I fully agree with what is regulated by French law and Italian law. That is, I consider that our Civil Code should not allow "Playing Technique Medically Assisted Post Mortem" because I start from the premise set as an axiom, that the true nature of the Techniques of Assisted Human Reproduction, refer to medical acts therapeutic target or combating a disease, in this case, human infertility or sterility.

KEYWORDS

Assisted human reproduction; pregnancy post mortem; bioethics; cryopreservation of human sexual gamete; affiliation; cryopreservation human embryos.

CONSIDERACIONES PREVIAS

Debemos plantear como axioma de trabajo que el éxito al utilizar las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) cambiaron las reglas de juego en cuanto a la venida al mundo de todos los seres humanos , es decir hasta el año 1978 en que nace en el Reino Unido la primera bebé probeta en el ámbito mundial, la niña Louise Brown;

todos los seres humanos éramos concebidos fruto de las relaciones sexuales de nuestros padres.

Sin embargo, con la difusión del uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida podemos constatar en la praxis, que ya no es una condición “sine qua non” para concebir a un niño que los padres tengan relaciones sexuales. Es importante destacar, por ejemplo que el primer bebé probeta peruano nace en el año 1990 como consecuencia del éxito de una Fecundación In Vitro con Transferencia Embrionaria (FIVTE) en el Instituto de Ginecología y Reproducción Humana Asistida del Dr. Luis Noriega Hoces.

El uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en especial cuando se utilizan gametos sexuales de terceros ajenos a la pareja le plantea a la Bioética y al Derecho una serie de interrogantes, a las cuáles debemos dar respuesta inmediata, para evitar que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se apliquen actualmente en nuestro país, teniendo como sustento solamente el criterio ético de biólogos y médicos.

Dentro de la doctrina jurídica comparada Zannoni, E. (1998) sostiene que “la identidad personal tiene tres acepciones: Con referencia a la identidad biológica, a los caracteres físicos y a la realidad existencial”. En el primer supuesto hace una distinción entre identidad genética e identidad filiatoria. La primera se conforma con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos, es decir su genoma a través del cual se establece la identidad propia e irrepetible de una persona.

La identidad filiatoria en cambio, es un concepto jurídico y es la que resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia con relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres. Debemos tener presente que un juicio de filiación aunque encierra una contienda eminentemente privada, involucra un conflicto social, pues a la sociedad le interesa asegurar la responsabilidad procreacional y el derecho del niño a obtener su filiación, que constituye un derecho de la personalidad.

La propuesta de Reforma del Código Civil de 1984 en el capítulo referido a la Filiación por Reproducción Médicamente Asistida, constituye una novedad dentro de nuestro ordenamiento jurídico y es una respuesta a la existencia en nuestro país de gran cantidad de Clínicas de Reproducción Humana Asistida, quienes operan actualmente sin parámetros legales preestablecidos.

CRIOCONSERVACIÓN DE GAMETOS SEXUALES HUMANOS

Como señala Lema, C. (1999) existen diversas técnicas auxiliares que permiten el éxito de una Fecundación In Vitro con Transferencia Embrionaria (FIVTE), por ejemplo la criopreservación ó congelación de semen y la posterior congelación de embriones en una máquina de nitrógeno líquido a -196° grados centígrados.

La congelación y preservación del semen tiene una larga historia sobre todo en animales, especialmente en la cría de ganado. Así tenemos, que en el año de 1776 Spallanzi describió por primera vez la pérdida de motilidad de los espermatozoides cuando el esperma era congelado en la nieve y la reactivación parcial al volver a calentarlos. Posteriormente, en el año de 1886 Mantegazza sugirió la idea de un banco de semen para el ganado y también para los soldados que iban a la guerra.

En las primeras experiencias de congelación del semen los espermatozoides resultaban dañados durante el proceso, así ocurrió por ejemplo en los experimentos de congelación con gases líquidos de Jahnel en 1938. No obstante, en el año 1939 se descubre que la utilización de una sustancia llamada glicerol, protegía el esperma de varias especies de mamíferos de las bajas temperaturas, lo que permitió en la praxis crear bancos de semen de bovinos. Asimismo, en el año de 1953 se consiguió congelar embriones en fase de pre-implantación, probándose que el proceso no era incompatible con su posterior desarrollo.

Con el uso del glicerol se había descubierto el primer criopreservador, es decir una sustancia de bajo peso molecular que se añade para suavizar los cambios bruscos de temperatura. Así tenemos que en el año 1953 se consiguieron tres embarazos por Inseminación Artificial con semen humano glicerolado y congelado a -70° grados centígrados durante tres meses, es decir con semen humano criopreservado.

Posteriormente se han venido utilizando diferentes criopreservadores, además del glicerol y a partir del año 1950 se comienza a congelar el semen de manera rutinaria para su posterior utilización. Esto dará lugar a la aparición de los primeros bancos de semen, que alrededor del año 1970 estarán formalmente constituidos y permitirán la conservación a largo plazo del semen humano.

Es importante destacar como antecedente, que en el año 1964 se consigue un embarazo mediante la inseminación artificial de semen congelado en nitrógeno líquido a -196° grados centígrados, siendo a partir de entonces el producto que con posterioridad se generalizará para estos fines.

Aunque el semen descongelado no conserva totalmente las condiciones del fresco, las diferencias se limitan a una menor motilidad de los espermatozoides, y a que un menor porcentaje de los mismos sea apto para la fecundación humana. Es importante destacar que los últimos descubrimientos biológicos señalan que los espermatozoides y los embriones humanos pueden estar congelados en nitrógeno líquido aproximadamente 220 años.

En España se inaugura oficialmente el primer banco de semen en el año 1978, pudiendo conservarse desde entonces los espermatozoides para su posterior utilización, bien sea para su uso dentro de una pareja o bien como donación. Incluso en algunos casos los bancos de semen de las clínicas de fertilidad son utilizados como “seguros de fertilidad”.

Es decir, para prevenir futuras esterilidades sobrevenidas, por ejemplo en el caso de un hombre que se va a someter a una vasectomía o bien para su utilización como material para la investigación sobre enfermedades hereditarias o sobre los procesos reproductivos en los seres humanos.

La selección de los donantes de semen se realiza por lo general en función de su salud general, teniendo en consideración sobre todo las enfermedades que son transmisibles a la descendencia, y la calidad del esperma o las condiciones para ser criopreservado. Pero también se tiene en consideración, para efectos de clasificación, las características fenotípicas del donante, tales como talla, peso, edad, color del pelo, piel y ojos, etc.

En países como Francia la totalidad de las inseminaciones artificiales con semen de tercero se realizan tras la congelación, lo que es una tendencia casi generalizada en Europa. Sin embargo en Estados Unidos, la congelación sólo llega a un aproximado del 20% ya que los donantes son convocados en el momento en que se va a realizar la inseminación.

Para el caso de los óvulos femeninos, aunque se han producido algunos casos de embarazo tras su congelación y descongelación, todavía hoy en día la técnica de la vitrificación no se considera una práctica viable para las clínicas de fertilidad. El problema consiste en que los óvulos femeninos son unas células muy grandes y dentro de su volumen existe un alto contenido de agua, lo que favorece la formación de cristales durante la congelación.

Es un hecho comprobado que el proceso de congelación puede generar en los óvulos anomalías tanto físicas como químicas, por lo

que al ser utilizados para ser fecundados, se correría el riesgo de crear embriones con graves anomalías genéticas. Por estos motivos, en las clínicas de fertilidad que operan en nuestro país, para la preservación de los óvulos lo que generalmente se hace es fecundarlos *in vitro* y congelar después el embrión humano.

CRIOCONSERVACIÓN DE EMBRIONES HUMANOS

Muchas de las consideraciones expresadas para el caso de la criopreservación de gametos sexuales son válidas para la criopreservación de embriones. Sin embargo, debemos tener presente que éste es un tema mucho más controvertido, sobre todo en lo que se refiere a los llamados “embriones supernumerarios”, que vienen a ser aquellos “fecundados *in vitro*”, pero que no son transferidos al útero, permaneciendo congelados y con un destino por decir lo menos incierto.

Debemos tener presente, que en reproducción humana asistida la edad femenina tiene un factor fundamental, debido a que a partir de los 35 años la capacidad ovárica decrece produciendo como consecuencia óvulos de mala calidad o una menor capacidad del ovario para formarlos. Como es fácil deducir, las tasas de embarazo en estas parejas que buscan ayuda siempre han sido decepcionantes y frustrante para los profesionales que trabajan en las clínicas de reproducción humana asistida.

Es por ello, que en las clínicas de reproducción humana asistida se estimula a la mujer para conseguir una hiperovulación mediante la inyección de hormonas conocidas como gonadotrofinas, para lograr madurar varios óvulos y no sólo uno como es de manera natural. Posteriormente son removidos mediante una laparoscopia y mantenidos en un medio artificial hasta que se decida el momento de ponerlos en contacto con los espermatozoides.

Motivo por el cual, las clínicas de reproducción humana asistida que operan en nuestro país, con la finalidad de aumentar el porcentaje de éxito para el tratamiento suelen transferir al útero femenino de tres a cuatro embriones, dependiendo de la edad de la mujer, para ello como se ha detallado anteriormente los especialistas extraen varios óvulos, fecundándose a todos. Si el número de embriones obtenidos supera la cifra ideal, los embriones sobrantes se congelan en nitrógeno líquido para su posterior implantación o se destinan para la investigación científica.

Cabe señalar como antecedente que los primeros trabajos sobre congelación de embriones fueron realizados en mamíferos a partir del año 1952. Los problemas que se presentaban en la práctica eran similares a los citados para la conservación de semen, el proceso de

congelación y descongelación por ser demasiado rápido ó demasiado lento, producía daños irreversibles en los embriones.

La solución a este problema vendría también con la utilización de crioprotectores que suavizan los cambios de temperatura y permiten que el embrión sobreviva el proceso y que pueda ser transferido al útero y gestado con total normalidad. La primera crioconservación clínica seguida con transferencia de embriones humanos con éxito fue realizada en 1983 en Australia.

Es preciso destacar, que a causa de la hiperestimulación ovárica no es extraño obtener de una mujer 10, 12 ó 15 óvulos, teniendo en consideración que aproximadamente un 70% pueden resultar fecundados, el problema consiste en que hacer con los embriones sobrantes o embriones supernumerarios. La congelación para su uso posterior es una de las posibilidades existentes, pero también se pueden desechar, donarlos o utilizarlos como objeto de experimentación. En el caso de la congelación, que es lo más usual, una vez que transcurre cierto tiempo sin que sean utilizados persiste el problema.

Así por ejemplo tenemos, que el Artículo 14° de la ley inglesa del año 1990 sobre “Fertilización Humana y Embriología” establece que el periodo de congelamiento de los gametos sexuales no excederá de 10 años y para el caso de los embriones no excederá de 05 años, determinando que los gametos o embriones no se pueden mantener congelados por un mayor tiempo y si son guardados hasta el final de ese periodo se permitirá su extinción.

Cabe destacar, que la última ley española 14/2006 sobre Reproducción Humana Asistida en su Artículo N° 11 establece que el semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede y en el caso de los preembriones sobrantes, estos se podrán crioconservar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción humana asistida.

PROBLEMÁTICA JURÍDICA PLANTEADA POR EL USO DE LA MATERNIDAD POST MORTEM

Debemos tener presente que el derecho había previsto la figura de los “hijos póstumos”, es decir aquellos que nacían después de la muerte del padre. Sin embargo, el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y principalmente el desarrollo de la congelación de semen, han hecho realidad en la praxis, la concepción de un hijo cuando su progenitor ya no se encuentra sobre la faz de la tierra.

Como es fácil comprender, ante este supuesto fáctico los fundamentos del derecho de filiación y de sucesiones se ven debilitados. Si el concebido nace después de los trescientos días de la muerte del marido, no se le considera hijo suyo, aunque biológicamente lo sea; y deberá presentarse una reclamación judicial.

Si consigue probarse en el proceso o fuera de él la descendencia del marido por medio de la reproducción humana asistida ¿Qué filiación ostentaría el hijo matrimonial o extramatrimonial? Cuando se alude a la “fecundación *post mortem*” se piensa siempre en la utilización de los gametos del marido o compañero. Tratándose del primero el matrimonio se ha disuelto y la filiación no puede calificarse de matrimonial, “*strictu sensu*”. En el segundo caso la filiación será siempre no matrimonial, la dificultad descansa en la forma en que se determinará la paternidad.

Cuando hablamos de “Fecundación *post mortem*” pensamos en la utilización de los gametos sexuales del marido, pero deberíamos preguntarnos sobre la respuesta legal cuando a la muerte del varón ya existían los embriones congelados. Si el consentimiento puede tomarse como un reconocimiento, serían hijos del fallecido.

Consideramos importante citar el primer caso que se presentó en el derecho comparado sobre la “inseminación artificial *post mortem*” y que fue resuelto por la jurisprudencia francesa. El caso era el siguiente, Alain, que padecía de cáncer testicular, depositó su semen en un Centro de conservación de esperma (CECOS) el 07 de Diciembre de 1982 y falleció en Diciembre de 1983. Su viuda solicitó la devolución del semen para que le fuera practicada una “inseminación *post mortem*”, el banco de semen se negó.

Ante la negativa, la viuda Corinne Parpalaix, junto con los padres de Alain, demandó judicialmente al centro de conservación del esperma para que les fuera devuelto el semen. De tal manera que no se demandaba a los tribunales sobre la licitud ó la ilicitud de la “inseminación artificial *post mortem*”, sino sobre la existencia o no de un depósito que confería a sus herederos derecho a su devolución.

La cuestión que el tribunal francés debía de resolver, era únicamente si procedía la devolución de las cánulas que contenían el esperma a la viuda en su condición de tal, o a los padres de Alain como herederos de éste. La práctica de la “inseminación *post mortem*” se hacía depender de que la decisión judicial resultara favorable a la devolución o no, y en el primer caso su realización dependería de la conciencia de la viuda y de su médico tratante.

El Tribunal de Máxima Instancia de Créteil, en sentencia del 01 de Agosto de 1984 resolvió el caso, sus principales argumentos fueron:

- a) Aunque no constaba expresamente la voluntad del difunto de procrear, ya en vida, ya después de muerto, se consideró probada su existencia por medio de testigos y a través de presunciones. Se admitió la voluntad tácita del fallecido de procrear post mortem, estimando que el Banco de semen había aceptado tácitamente la voluntad del paciente, puesto que no le inquirió sobre una posible oposición a una devolución de su esperma a sus herederos en caso de muerte.
- b) El tribunal estimó que el llamado “depósito de semen” en realidad no constituye un verdadero contrato de depósito al que le puedan ser aplicadas las normas contenidas en el Código Civil, y ello por que el semen no es una cosa que entre en el comercio de los hombres, sino una secreción que contiene el germen de vida destinado a la procreación humana.
- c) Dada la especial naturaleza del semen como portador de vida humana, estimó que tampoco se podía aplicar la ley de donación de órganos. Se consideró que el que habitualmente se denomina “depósito de semen”, es un contrato específico que comporta para el banco de semen la obligación de conservación y de restitución al donante, o de entregar a aquella persona a quien el esperma estaba destinado.
- d) También se estimó que ni las condiciones de conservación o de devolución del esperma de un marido fallecido, ni la inseminación de su viuda estaban prohibidas ni reguladas por un texto legislativo y que siendo uno de los fines del matrimonio la procreación, no iba en contra del derecho natural.

La importancia de esta jurisprudencia francesa radica en lo siguiente:

- a) Fue la primera sentencia que trató de la “inseminación artificial *post mortem*”.
- b) No declaró ilícita la “inseminación *post mortem*”.
- c) Aunque no determinó la naturaleza jurídica del contrato de depósito de semen, rechazó su calificación como depósito, y puso de relieve su naturaleza específica.
- d) Dejó libertad para abordar, según la propia conciencia, la problemática de la “inseminación *post mortem*”. En ello radica su principal mérito.

Es importante destacar, que la decisión del Tribunal de Créteil fue duramente criticada, desde el punto de vista moral, estimando que no se puede hablar de un derecho del cónyuge sobreviviente a fundar una familia en estos casos y que las fuerzas genéticas del individuo escapan a su libre disposición.

Desde un punto de vista jurídico, se debe reconocer que la decisión del Tribunal fue inobjetable, aunque podríamos preguntarnos si debemos presumir con este razonamiento, que todos los hombres que proceden a depositar su semen quieren engendrar un hijo póstumo.

La jurisprudencia francesa nos permitió determinar en ese momento, que no nos encontrábamos ante un contrato de depósito susceptible de ser reclamado por los herederos del depositante, sino ante un contrato “*sui generis*”, que establecía para el banco de semen, la obligación de conservación y restitución al donante o a aquella persona a quien el semen iba a ser destinado.

Pasemos a realizar un análisis literal del texto planteado por la Comisión responsable de elaborar las propuestas de reforma del Código Civil vigente:

Artículo 417-B.- Determinación de la filiación matrimonial.

- a) Los hijos se consideran matrimoniales cuando se utiliza material genético del marido para la realización de la reproducción médicamente asistida. La existencia de material genético del marido para su uso en una reproducción médicamente asistida hace presumir su asentimiento, salvo lo dispuesto en el párrafo 3.
- b) Los hijos se consideran matrimoniales cuando exista asentimiento expreso del cónyuge, formalizado en documento de fecha cierta, para la realización de la reproducción médicamente asistida con material genético de tercero.
- c) En los casos de Reproducción Médicamente Asistida *Post Mortem* con material genético del marido, el hijo será matrimonial siempre que se realice dentro del plazo máximo de seis meses de la muerte del marido.

Consideramos que el citado artículo elaborado por la Comisión encargada del proyecto de reforma del Código Civil, debe ser concordado previamente con el Art. 361° del cuerpo normativo vigente:

“El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”.

Como señala Arias-Schreiber, M. (2001) éste artículo recoge la presunción romana “*Pater vero is est, quam justae nuptiae demonstrant*”. Ante el antiguo misterio de la paternidad está en proceso de superación en nuestro derecho positivo gracias al avance de la genética y la biología, a través de la prueba de ácido desoxirribonucleico (ADN).

En virtud del Art. 363° de nuestro Código Civil el marido que no se crea padre del hijo de su mujer, puede negarlo 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.

Aunque no lo diga expresamente el Código Civil, Arias-Schreiber sostiene que para el cálculo del plazo que señala el Art. 361° deberá considerarse el calendario gregoriano, esto es, los días calendario y no los días útiles, que fundamentalmente tienen carácter procesal.

CRITERIO DE LA DOCTRINA JURÍDICA COMPARADA SOBRE EL EMBARAZO *POST MORTEM*

Dentro de la doctrina jurídica comparada, el profesor de Derecho Civil de la Universidad de Alcalá, Bustos, J. (2006) señala que “se puede entender por “embarazo *post mortem*”, al que se provoca en el claustro materno, bien por implantación en el de un embrión, hasta ese momento congelado, o mediante la transferencia de gametos masculinos para que fecunden al óvulo femenino, igualmente congelado hasta entonces, siempre que uno u otro procedan de quien fue esposo o compañero de la mujer receptora”.

Por lo expuesto me parece más precisa, la expresión “embarazo *post mortem*” que la de “fecundación *post mortem*”, por que la fecundación en sentido estricto sólo se produce cuando se transfieren espermatozoides que se habían congelado en su momento, pero no cuando lo que se transfiere es el embrión humano, lo que significa que la fecundación ya se había producido “*in vitro*” con anterioridad.

Es importante destacar, que el elemento temporal de la denominación “*post mortem*”, restringe los supuestos a los de embarazo con gametos sexuales de quien fuera marido o conviviente de la mujer receptora y quien se encuentra muerto al tiempo de la aplicación de la técnica.

Sin embargo, en la realidad pueden presentarse dos supuestos, es decir que la viuda acuda a los gametos sexuales de su esposo ó al embrión sexuales con ellas formado; pero el resultado sigue siendo el mismo, es decir se trae al mundo a un niño huérfano de padre “*ab initio*”.

En todo caso, nos encontramos ante el supuesto de una mujer sola como la receptora de la técnica de reproducción humana asistida. Ya

que lo cierto es que se trae al mundo deliberadamente a un hijo privado de padre desde su nacimiento.

Para Bustos, la técnica del “embarazo *post mortem*” carece de autonomía o sustantividad ontológica y hay que reconducirla al problema de la mujer sola, como receptora de las técnicas de reproducción artificial.

La técnica *post mortem* tiene como presupuesto común la congelación ya sea de gametos masculinos o de embriones humanos, es decir la técnica de congelación es previa a la técnica que ahora nos ocupa.

Debemos considerar, que el embarazo *post mortem* puede ser el resultado de la práctica de una fecundación *in vitro* con embriones supernumerarios que son criopreservados. Pero también, puede ser el resultado de una fecundación *post mortem* en sentido estricto, por que los congelados fueron los gametos del marido, que fecundan el óvulo de la viuda tras su muerte.

El profesor chileno de Derecho Civil de la Universidad de los Andes, Corral H. (2005) opina que “la conveniencia que el niño se desarrolle en el seno de un hogar compuesto de padre y madre, en el cual pueda identificar claramente los roles masculino y femenino, es destacada por una variedad de estudios psicológicos y es reconocida por los documentos internacionales que se refieren a los derechos del niño”.

De allí que no pareciera haber demasiadas dudas para afirmar que la “procreación artificial *post mortem*” y la de la mujer sola, al privar al hijo de la posibilidad de ser acogido en un hogar familiar compuesto de padre y de madre, se presentan en contradicción con el interés superior del niño y por lo tanto no debieran ser consideradas admisibles jurídicamente.

Cabe señalar, que a estas alturas la justificación invocada para la realización de las técnicas de reproducción humana asistida, vale decir que ellas constituyen un medio de subsanar y remediar la esterilidad de la pareja humana, queda totalmente relegada al olvido. En efecto, tanto en la “procreación *post mortem*”, como en la de mujer sola, no hay propiamente ninguna esterilidad que remediar.

En el mismo sentido, el profesor español de Filosofía Jurídica, Junquera de Estéfani, R. (1998) sostiene que “la psicología evolutiva a través de la teoría del apego, defiende que el ambiente del niño debe de estar formado por varias personas cercanas llamadas el clan familiar; el nuevo ser necesita un clima adecuado para su desarrollo y ese clima debe estar integrado por varios modelos que le sirvan de referencia. Se debe analizar la problemática planteada por la utilización de la inseminación artificial en mujeres solas”.

Y a este respecto, no hay duda de que, si se autoriza la aplicación, se esta abriendo paso a una situación extraña que ha sido equiparada con frecuencia a la de una orfandad arbitrariamente provocada. Es cierto, que la existencia de huérfanos no supondría, por desgracia, ninguna novedad.

Pero las diferencias entre los dos tipos de orfandad pueden ser substanciales. En efecto, si por avatares de la vida hay niños que han perdido el padre o la madre, no habrá más remedio que afrontarlo, solucionando el problema del mejor modo posible, por ejemplo autorizando la adopción por mujer u hombre soltero. Pero es cosa muy distinta, poner ya de partida los medios para que artificialmente se produzca la situación de orfandad.

En tal sentido, tampoco sería adecuado legitimar el deseo de la viuda que pretende utilizar los gametos congelados del cónyuge extinto con el objeto de tener descendencia suya. Algunas posturas pretenden equiparar ésta situación a una adopción o al supuesto de los hijos póstumos de manera natural, pero consideramos que estas posiciones no son equiparables y el criterio que se debe tener presente en todos estos casos, es el bien del hijo.

Para las especialistas argentinas en Bioética, Loyarte, D. y Rotonda, A. (1995) el tema de la “procreación post mortem” intraconyugal en la doctrina extranjera como nacional, niega derechos sucesorios al hijo engendrado “post mortem” por medio de la utilización de esta técnica.

Las motivaciones jurídicas de tal conclusión son claras, al momento de la apertura de la sucesión por fallecimiento del causante, el hijo aún no existe, por que todavía no ha sido engendrado.

Las profesoras de la Universidad Nacional de Mar del Plata, consideran inadecuado que el derecho autorice la práctica de procreaciones post mortem. Pero indubitadamente ante el caso dado, se debe otorgar una filiación cierta de conformidad a la verdad biológica y también dar una solución a los eventuales problemas sucesorios.

Ellas entienden, que en el derecho actual se impone la solución que niega los derechos sucesorios a quien no existe en el momento de la muerte del causante. Consideran que los proyectos de ley argentinos, deberán contener una regulación de éste tema y para el caso de aceptarse la “procreación post mortem” deberá necesariamente fijarse un término para su práctica, a efectos de determinar en un lapso prudente, la existencia o no de nuevos descendientes con derecho hereditario y correlativamente otorgar certeza a los derechos sucesorios que puedan resultar y a los terceros que de una u otra forma tengan derechos pendientes con la sucesión.

Sin embargo, de admitirse la “procreación post mortem” reconocen las críticas que se plantean ante la posibilidad que se brindaría a la mujer supérstite de engendrar adrede un hijo para que desplace a otros herederos o concurra con ellos y obtener, además la administración y usufructo de los bienes que heredan sus hijos hasta que estos se emancipen.

Para la profesora de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, Moro M. (1988) la cuestión radica en que, mientras se utilizan los gametos del marido, el matrimonio ya se ha disuelto y podría hacerse una analogía con los supuestos de parejas no casadas. Pero tampoco hay una pareja, aproximándose entonces a la coyuntura de la familia monoparental, es decir de la mujer sola.

A primera vista, por la condición que debe reconocerse a los gametos y a su disposición, si el muerto no ha consentido previamente tácita o expresamente, parece que no podría llevarse a cabo.

Los gametos sexuales no son cosas, ni derechos, no pueden ser objeto de herencia propiamente, ni de disposición sin autorización por otro que no sea el cedente.

El Tribunal de Créteil en Francia, en su sentencia de Agosto de 1984 sentó un cierto precedente al conceder a la viuda la facultad de disponer del semen de su marido fallecido, quien había depositado su muestra seminal en un centro de fertilidad, en previsión de la esterilidad que podía causarle el tratamiento de su cáncer testicular y de alguna forma interpretó la voluntad tácita del donante.

En todo caso, es conveniente que una ley determine con exactitud estas cuestiones exigiendo, si se autoriza su práctica, la expresión de voluntad inequívoca del causante, elemento fundamental para la procreación con procedimientos artificiales.

Como argumento fundamental para el recelo de esta práctica, Moro Almaraz esgrime el bien del hijo. Debido a que no puede ser positivo para nadie verse privado “a priori” de padre. No sirven ahora comparaciones con los hijos póstumos que nacen cuando el padre ha muerto, en la “fecundación post mortem” se están concibiendo sujetos después de muerto uno de los progenitores; en el primer caso la muerte sobreviene antes del nacimiento, sin que pudiera evitarse que el hijo no cuente en su desarrollo con la figura paterna en su educación.

Considera que sería aconsejable, que se limitara la proliferación de supuestos y en todo caso, que no se prolongara en el tiempo la fecundación para soslayar la inseguridad jurídica, si permanecen

indeterminados los derechos hereditarios; estableciendo también que no se pretenda la concepción de más de un hijo.

Se debe tener presente que anteriormente sólo era posible referirnos a los hijos póstumos, es decir aquellos nacidos después de la muerte del padre. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y en especial el avance en la conservación del espermatozoides, han hecho realidad la concepción de un hijo cuando el progenitor ha muerto.

Siguiendo con la revisión de la doctrina comparada sobre el tema de análisis, encontramos que el profesor español de Derecho de Familia, Lledó F. (2000), tiene una opinión crítica frente a la admisibilidad legal de la fecundación humana post mortem, debido a que el legislador en este supuesto se aparta de cualquier finalidad terapéutica para el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Puesto que ya no se trata de dar una alternativa al problema de la esterilidad de la pareja, sino de realizar póstumamente el deseo de alcanzar la maternidad, manipulando al hijo como un simple medio instrumental en aras de la consecución de un interés personal, cercenando o restringiendo el derecho de aquél a acceder a una relación biparental y condenándolo a una relación monoparental, ya que lo que ocurre en la “fecundación post mortem” es que se condena al hijo a una orfandad deliberada.

Para los profesores argentinos de Derecho de Familia, Zanonne, E. y Bossert, G. (2000), el congelamiento de semen crea la posibilidad que tras la muerte del marido, la esposa solicite ser fecundada con semen congelado de aquel. Ante el silencio actual de la legislación argentina, no creemos que podría negarse el derecho de la mujer a lograrlo, tampoco resulta posible sostener que se trata de un hecho ilícito, aunque pueda resultar cuestionable ya que no se respeta el interés del niño que nacería condenado de antemano a ser huérfano de padre.

Concretada dicha inseminación, no rige la presunción de paternidad, pues el hijo, salvo una inseminación practicada inmediatamente después del fallecimiento del marido, nacerá después de 300 días de la disolución del matrimonio. Pero, puede probarse en base a la comprobación de la inseminación y a las pruebas biológicas, que el niño es biológicamente hijo del marido muerto.

De tal manera, que en función de dicha prueba, que se deberá producir dentro de un juicio de reclamación de filiación, quedará establecido el vínculo de filiación entre el hijo y quien era el marido de la madre. Claro está que este hijo carecería de derechos hereditarios, ya que no existía al tiempo de la apertura de la sucesión.

Veamos ahora, cual es la posición sobre el tema de la profesora española de Derecho Constitucional, Gómez Sánchez, Y. (1994), para ella la posibilidad de que una mujer sea fecundada con los gametos de su marido ya muerto, suscita una viva polémica. No son pocos los que con distintos argumentos, rechazan frontalmente estas prácticas.

En general, la fecundación post mortem es rechazada por impedir el nacimiento del hijo en una estructura familiar tradicional, ya que por definición, en ella faltará el padre, incluso se argumenta que esta falta del padre vulnera las normas constitucionales.

Sin embargo, en la actualidad ella no cree que pueda defenderse, con argumentos jurídico constitucionales que la familia monoparental sea una estructura familiar imperfecta, incompleta, traumática o rechazable. Siempre ha defendido la constitucionalidad de distintos modelos familiares, entre los que se encuentran todos aquellos formados por un adulto y su descendencia, cualquiera que sea la circunstancia que motivó su generación.

Debemos tener presente que la Constitución española de 1978 establece literalmente en su Art. 39° numeral 3):

“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

La posición de Gómez Sánchez, es que la constitución no está contemplando ningún específico modelo de familia (biparental ó monoparental), sino que está sentando el principio mucho más general de que los adultos deben responsabilizarse materialmente de los menores a su cargo.

Para ella, este precepto constitucional representa y expresa el aspecto más conflictivo de igualdad de los hijos: el deber de asistencia de todos ellos con independencia de que nazcan o no de padres casados entre sí.

La redacción constitucional se refiere a los padres en sentido genérico, es decir, a los que asumen dicha responsabilidad, no hay porque concluir que se refiere al padre y a la madre en cada caso concreto. El precepto continúa, en el mismo sentido genérico, hablando de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio.

Una interpretación estricta nos llevaría a concluir que no hay deber de asistencia respecto de los hijos adoptivos, ya que en ningún caso, son habidos dentro o fuera del matrimonio. Gómez Sánchez, considera que no es ésta obviamente, la interpretación constitucional correcta.

A su juicio pues, no hay inconstitucionalidad de la fecundación post mortem por violación del numeral 3 del Art. 39° de la Constitución española, ya que por un lado, el término padres no puede ser interpretado en sentido estricto, sino como alusivo a los titulares de la patria potestad.

Con un criterio disímil, el profesor de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, Vidal, J. (1998), sostiene que es muy difícil justificar esta técnica reproductora en el plano objetivo. Desde una óptica personalista, o si se exige cuando menos la existencia de un proyecto de vida para autorizar el recurso a las técnicas de reproducción asistida, entendidas como un medio de combatir la esterilidad, la lógica consecuencia será negar la “fecundación post mortem” por faltar el presupuesto de la pareja procreadora en los casos de separación de los miembros de la pareja ó muerte de alguno de ellos.

En su opinión, la “fecundación post mortem” implica un ejercicio desorbitado de un derecho de la personalidad como es la libertad de procrear, la cual está incluida en el derecho de formar una familia; que en cuanto tal, termina con la muerte del titular.

Por ello, la virtualidad del consentimiento prestado por un hombre para utilizar con fines de fecundación su esperma, no puede ser otra sino la enervación del ilícito que en otro caso supondría la utilización de sus fuerzas genéticas sin o contra su voluntad.

Sostiene Vidal Martínez, que los preceptos que la ley española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida dedica a la fecundación post mortem, plantean numerosas cuestiones dada la imprevisión del supuesto en su Código Civil, al tiempo que la modificación de las reglas generales descansa en el supuesto hipotético de que exista una voluntad del varón manifestada en forma indubitable. Cuando esa voluntad ha previsto reglas particulares para la sucesión mediante el testamento, parece razonable erigir esa voluntad en la ley de la sucesión, pero las dificultades aumentan cuando el varón fallecido se limitó a consentir la fecundación *post mortem*.

Asimismo, entiende que las analogías a efectos sucesorios entre los hijos concebidos mediante intercambio sexual o mediante TERAS, comienzan propiamente en el momento en que la mujer ha sido fecundada, mediante inseminación artificial o tras la implantación de embriones concebidos “in vitro”. Es sólo, cuando tal generación produce los efectos de la filiación matrimonial o no matrimonial, y si bien tales efectos serán los mismos una vez establecida la filiación, pueden diferir atendiendo a la forma y tiempo en que la misma se haya determinado y a las previsiones sucesorias establecidas por el causante dentro de los límites de la ley.

Para la profesora de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, Cárcaba M. (1995), “la posibilidad de conservar el semen congelado por un largo tiempo plantea toda una problemática con un notable trasfondo moral y un claro reflejo en las diferentes posturas adoptadas por los juristas, muy variadas y con múltiples matizaciones”.

Se dice que con la “inseminación post mortem” se pretende un imposible, que es hacer revivir la muerte a través del nacimiento de un niño, a través del cual lo que se pretende en realidad es prolongar la vida de su padre. También se dice, que la “procreación post mortem” no interviene en interés del niño, sino en el de la viuda, muchas veces por un interés netamente económico, como es el de verse atribuida la sucesión del marido a través del hijo.

Para Cárcaba Fernández, éste no sería un argumento de mucho peso, ya que la madre como representante, únicamente sería administradora de tales bienes. Ella considera que, aunque el interés económico puede existir, no es éste el motivo que en los casos conocidos ha impulsado a una mujer viuda, o a aquella mujer cuyo compañero ha muerto, a solicitar la “inseminación post mortem” con el semen del fallecido.

Una cosa es cierta, al admitir la “inseminación artificial post mortem” no siendo la mujer estéril, no nos encontramos ante una técnica practicada con finalidad terapéutica en sentido estricto, sino que estamos entrando en el campo de las procreaciones artificiales de pura conveniencia: en el terreno de la procreación alternativa.

Desde un punto de vista ético, se estima que la “inseminación artificial post mortem” es ilícita porque deliberadamente se hace nacer a un niño huérfano, y si bien existen niños huérfanos, ello se debe a una situación inevitable y no buscada a propósito.

A este argumento de carácter ético no le falta, en opinión de algunos autores apoyo jurídico de la más alta categoría, en concreto constitucional, en el Art. 39.3 de la constitución española, donde se recoge el deber de los padres a prestar asistencia de todo orden a los hijos, e indirectamente el derecho de los hijos a tener dos padres, como lo corrobora la expresión “padres”, en plural.

Aunque Cárcaba Fernández estima deseable, que todo niño tenga dos padres y no considera grata la idea de ser engendrada por una persona fallecida, no ve claramente que en el 39.3 de la constitución española, se proteja el derecho de todo niño a tener padre y madre.

Ya que en la expresión plural del citado artículo constitucional, no advierte ningún mandato de pluralidad, sino de dejar claro que tal

obligación corresponde a quien de los dos progenitores existe, y si existen los dos, a ambos.

Para el profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de La Coruña, Lema C. (1999), “la doctrina española rechaza en su mayoría la utilización de la “inseminación artificial post mortem”. Dentro de los principales argumentos en los que se fundamenta este rechazo de los juristas españoles, podemos citar los siguientes:

- a) Se cuestiona su finalidad, ya que no puede darse tratamiento de esterilidad a una persona fallecida.
- b) Se está condenando al hijo a nacer huérfano.
- c) Se está instrumentalizando al hijo, para satisfacer intereses personales.
- d) La decisión de que el semen sea utilizado con fines reproductivos, por tener carácter personalísimo, no puede tomarse para el futuro de forma irrevocable, sino que tiene que ser actual, en el momento en que la inseminación tenga lugar.
- e) Podría producir inseguridad jurídica en las sucesiones *mortis causa*.
- f) Se estaría contraviniendo el mandato constitucional que erige como criterio rector para los padres prestar asistencia en todo orden a sus hijos.

LEGISLACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO SOBRE EL EMBARAZO POST MORTEM

Gracias al trabajo de investigación del Director de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano de la Universidad de Deusto, Romeo, C. (1997), en su obra: “Código sobre Leyes de Genética” podemos conocer las diversas posiciones en el derecho comparado con relación al “embarazo post mortem”:

Gran Bretaña

Cabe destacar, que el antecedente normativo de la Ley inglesa sobre Fertilización Humana y Embriología del año 1990, el conocido “Informe Warnock”, consideró en su recomendación número 60 lo siguiente:

Debe introducirse una legislación que prevea que cualquier niño nacido por medio de una inseminación artificial realizada con semen del marido, que no estuviese en el útero en la fecha de la muerte de su padre, no será tenido en cuenta para sucederle ó heredarle.

La ley inglesa de Fertilización Humana y Embriología aborda el tema en estudio en su Artículo 28.6:

“Cuando el espermatozoides de un hombre o cualquier embrión procedente de aquel fuera utilizado después de su muerte, el hombre no será considerado legalmente como padre del hijo que nazca”.

Es decir, para los ingleses el voluntarismo jurídico positivo se alza sobre la realidad biológica.

Suecia

Su “Ley de Inseminación Artificial” publicada en el año 1985 establece literalmente lo siguiente:

Art. 2.- la inseminación debe llevarse a cabo únicamente si la mujer está casada o convive con un hombre en una situación análoga al matrimonio. Para la inseminación se requiere el consentimiento escrito del marido o del hombre con quien la mujer conviva.

Art. 7.- Aquel que por habitualidad, o con ánimo de lucro, realizase una inseminación en contradicción con esta ley, o que cumpliendo los requisitos necesarios, proporcionase semen no adquirido por los medios indicados, será condenado a la pena de multa o de privación de libertad de un máximo de seis meses. Esta ley entra en vigor a partir del 01 de marzo de 1985.

Es decir en el derecho sueco, no se ha previsto legalmente el “embarazo post mortem”.

Alemania

La Alemana de Protección de Embriones del año 1990 tiene en su texto un artículo dedicado a la fecundación arbitraria, transferencia arbitraria de embriones y fecundación artificial después de la muerte:

Art. 4.- Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa quien:

- a) Emprenda la fecundación artificial de un óvulo sin que la mujer cuyo óvulo es fecundado y el hombre cuyo espermatozoide es utilizado para la fecundación hayan consentido en ello.*
- b) Emprenda la transferencia de un óvulo a una mujer sin su consentimiento.*
- c) Fertilice artificialmente a sabiendas un óvulo con el semen de un hombre después de la muerte de éste.*

Debemos tener presente, que la ley alemana tampoco permite la creación de embriones sobrantes, ya que igualmente castiga con pena privativa de la libertad de hasta tres años al que fecunde más óvulos de una mujer de los que vayan a serle transferidos.

Es decir, en la ley alemana no cabe el embarazo post mortem, ni por la vía de fecundar a la viuda con el espermatozoides de su difunto esposo, ni por la vía de implantarle un embrión que ya se hubiera creado en vida de ambos progenitores pero que, en ese momento, no se transfirió al claustro materno sino que se hubiera congelado.

Francia

En el derecho francés tampoco se permite el “embarazo post mortem”, de acuerdo a lo regulado por la Ley N° 94 - 654 del 29 de Julio de 1994 relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano y a la asistencia médica en la reproducción y en el diagnóstico prenatal; que modificó su Código de la Salud Pública:

Art. 152.1.- Por técnicas de reproducción asistida se entenderán las prácticas técnicas y biológicas que permitan la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la reproducción fuera del proceso natural.

Art. 152.2.- Las técnicas de reproducción asistida estarán dirigidas a responder a las peticiones de descendencia de una pareja. Tendrán como objeto remediar la esterilidad cuyo carácter patológico haya sido médicamente diagnosticado. Asimismo, podrá tener como objetivo evitar la transmisión al niño de una enfermedad de especial gravedad.

El hombre y la mujer que formen la pareja deberán estar vivos, en edad de procrear, casados o en situación de poder acreditar una vida en común de al menos dos años y consentir plenamente la transferencia de embriones o la inseminación.

Es decir, el derecho francés restringe el ámbito personal de las técnicas de reproducción humana asistida a la “pareja”, por lo tanto excluye legalmente la posibilidad de usar el “embarazo post mortem”.

Italia

Con fecha 24 de Febrero de 2004 se ha publicado la Ley N° 40 “Normas en materia de fecundación asistida” donde se ha previsto que el recurso a las técnicas de fecundación asistida por médicos está consentido sólo cuando se haya comprobado la imposibilidad de

remover de otra manera las causas que impiden la procreación y está circunscrita a los casos de esterilidad o de infertilidad inexplicable documentadas por acta médica, así como a los casos de esterilidad o de infertilidad por causa comprobada y certificada por acta médica.

Asimismo, la ley italiana señala en su Art. Nº 5 que pueden acceder a las técnicas de fecundación asistida por médicos las parejas mayores de edad de diferente sexo, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil, ambos vivos.

Cabe destacar, que el capítulo V de la ley italiana referida a las prohibiciones y sanciones dispone que cualquiera que de cualquier manera, violando el Art.5, aplica técnicas de reproducción humana asistida por médicos a parejas cuyos componentes no estén ambos vivos, o uno de cuyos componentes sea menor de edad o que estén compuestas por sujetos del mismo sexo o no casados, o no convivientes, es penado con la sanción administrativa pecuniaria de 200,000 a 400,000 euros y adicionalmente establece que el médico será suspendido de uno a tres años del ejercicio profesional.

Es importante señalar, que en la ley italiana queda consentida la crioconservación de los gametos masculinos y femeninos, previo consentimiento informado y por escrito. Sin embargo, prohíbe la crioconservación de embriones estableciendo que no se deben crear un número de embriones superior a aquel estrictamente necesario para un único y contemporáneo implante, y de todos modos no superior a tres.

Motivo por el cual, podemos establecer que para el derecho italiano no cabe la figura de la fecundación ni el embarazo “post mortem”, estableciendo fuertes sanciones económicas y suspensión del ejercicio profesional del médico que realizara la técnica.

España

Cuenta dentro de su derecho positivo, con la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que establece literalmente en su Art. 9º.

- a) No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.
- b) No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses

siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

- c) El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49º de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.
- d) El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas.

Al realizar la exégesis de la norma española, debemos decir que en ella si está justificado el término de “fecundación post mortem” y no “embarazo post mortem”. Esto debido a que el artículo citado no contempla la posibilidad de un trasplante al útero de la viuda, de un embrión proveniente del matrimonio, pero que fue en su momento criopreservado.

El análisis literal de la norma española, nos permite establecer que ella se refiere al “material reproductor del marido” y a “fecundar a su mujer con aquel”. Es decir, la “ratio legis” de la norma está referida a la congelación previa del espermatozoides del marido, descongelación posterior y fecundación final del óvulo de la viuda, ya sea “in vivo” ó mediante una “Fecundación In Vitro con Transferencia Embrionaria”; ya que ambas se encuentran comprendidas en la expresión “fecundar a su mujer”.

Entonces podemos determinar, que para el derecho español la regla general es que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

Sin embargo, y en abierta contradicción a las normas europeas sobre la materia, establece una excepción cuando el marido consienta en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su viuda, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

Es decir la ley española, si permite la “fecundación post mortem” como excepción dentro de su derecho positivo, sin embargo como hemos podido apreciar en los párrafos precedentes casi es unánime el rechazo de los propios juristas españoles a su utilización en la praxis.

CONCLUSIONES

Debemos tener presente que la exposición de motivos del Art. 417-B de la propuesta de Reforma del Código Civil establece como premisa, que cuando se practique una técnica de procreación médicamente asistida con material genético de los cónyuges, técnica conocida como homóloga o conyugal, en tanto es practicada con espermatozoides y óvulo del marido y la mujer respectivamente, los hijos se considerarán matrimoniales.

Este criterio, se sustenta en el hecho que el sólo acto de cesión de material genético por parte de una pareja matrimonial, implica una responsabilidad procreacional. A ello se suma, la presunción de asentimiento por parte del marido para el uso de su material genético por parte de su mujer.

La propuesta de reforma ha contemplado la posibilidad del caso de la técnica de procreación médicamente asistida post mortem, tomando en consideración la existencia de los bancos de semen y que en virtud del principio de la autonomía privada, una persona en vida se decida por éste tipo de técnica. Si bien ello no resulta del todo natural, resulta preciso facilitar a la viuda la descendencia de su marido utilizando su material genético dentro de un plazo de 06 meses, periodo fijado con la finalidad de que el hijo nazca protegido por la presunción “pater est” y para evitar la zozobra o pendencia de la partición hereditaria.

Mi opinión con relación al tema en estudio es que se puede entender por “embarazo post mortem”, al que se provoca en el claustro materno, bien por implantación en él de un embrión hasta ése momento criopreservado, bien por transferencia de gametos masculinos previamente descongelados para que fecunden el óvulo femenino; siempre que unos u otros procedan de quien fue esposo de la mujer receptora.

Por lo expuesto, me parece más precisa la expresión “embarazo post mortem”, que la comúnmente usada en la doctrina jurídica comparada de “fecundación post mortem”, por que fecundación en sentido estricto sólo existe cuando se transfieren espermatozoides que se habían congelado en su momento, pero no cuando lo que se transfiere es un embrión, lo que significa que la fecundación ya se habría producido “in vitro” con anterioridad.

Cabe destacar que el elemento temporal de la denominación “post mortem”, restringe los supuestos a los de embarazo con células reproductoras de quien fue marido o conviviente de la mujer receptora, muerto al tiempo de la aplicación de la técnica.

Luego de revisar la doctrina y el criterio de la legislación comparada sobre el “Embarazo Post Mortem”, coincido plenamente con lo regulado por la legislación francesa y la legislación italiana del año 2004. Es decir, sostengo que nuestro Código Civil no debería permitir la Técnica de Reproducción Medicamente Asistida Post Mortem, pues parto de la premisa de establecer como un axioma, que la verdadera naturaleza de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, se refieren a actos médicos o terapéuticos dirigidos a combatir una enfermedad, en este caso la esterilidad o infertilidad humana.

Considero, que la “Reproducción Medicamente Asistida Post Mortem” carece de autonomía o sustantividad ontológica y habría que considerarla dentro de la problemática de la mujer sola como receptora de las técnicas de reproducción artificial.

Cabe destacar, que hay una coincidencia sustancial entre los dos supuestos a que vengo aludiendo, el presupuesto común de la congelación, ya sea de gametos masculinos ó de embriones humanos, la técnica de congelación es una condición “sine qua non”.

En efecto, debemos tener presente que el “Embarazo Post Mortem” puede ser el resultado de la práctica de una “fecundación in vitro” con embriones sobrantes que habían sido criopreservados; pero también puede ser el resultado de una “fecundación post mortem” en sentido estricto, por que los gametos sexuales del marido se encontraban congelados, fecundando al óvulo de la viuda tras la muerte de aquél.

Esta doble vía, nos obliga a plantearnos el problema del “embarazo post mortem” de manera distinta a como lo haríamos si sólo pudiera ser consecuencia de la “fecundación in vitro”, por la sencilla razón de que nuestra posición en concordancia con la ley italiana, es de negar la licitud a que existan embriones supernumerarios ó sobrantes.

Considero que el tema de la “reproducción medicamente asistida post mortem” merece una urgente solución legislativa, pero que previamente debemos llegar a conclusiones legales acerca de la admisibilidad ó no del congelamiento de semen con la finalidad de una “fecundación post mortem”.

Recordemos que en nuestro país, y casi con nulos parámetros legales, a la fecha existe una numerosa oferta de Clínicas de Reproducción Humana Asistida, donde se ofrece el servicio de crioconservación de espermatozoides ó banco de semen al mejor postor; estando supeditados en la praxis al criterio ético de médicos y biólogos.

La posibilidad de admitir este tipo de inseminación, se fundaría en el respeto a la libertad individual, que en éste caso no hace sino expresar

la vocación de supervivencia, al menos a través de los hijos, que todos los hombres tienen en su interior.

Pero haciendo un análisis, desde la perspectiva del interés del niño tenemos que advertir que mediante éste procedimiento se crea de antemano un hijo huérfano, es decir que aún antes del inicio de su gestación, esta ya predeterminado que nacerá en un hogar que no es óptimo para él, pues va a carecer de un padre a su lado.

Motivo por el cual como colofón, debo manifestar que soy de la opinión que el “embarazo post mortem”, no debería estar permitido por nuestro Código Civil, debiendo promulgarse en el más breve plazo una ley especial que regule las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) en nuestro país, como podemos observar existen en el derecho comparado. Nuestro sustento lo encontramos al mantener el mismo criterio empleado al analizar quienes serían las posibles usuarias de las técnicas de reproducción humana asistida, es decir mujeres con pareja y no mujeres solas.

Es de vital importancia, tener en consideración que el Estado tiene el mismo interés en evitar el nacimiento de hijos de mujeres solas, sea por la vía natural o mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo es indubitable, que nada puede hacer para impedir lo primero en términos reales ¿acaso prohibiendo las relaciones sexuales extramatrimoniales?; en cambio puede hacer mucho para regular lo segundo.

Pues ante una realidad no deseada, que es el nacimiento de niños huérfanos, soy de la opinión que si el Estado peruano no puede impedir los nacimientos naturales, si podría impedir los nacimientos como consecuencia del uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS), en la medida de sus posibilidades, es decir, mediante la prohibición jurídica correspondiente como podemos apreciar de manera casi unánime en el derecho comparado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIAS- SCHEREIBER, PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, Tomo VIII. Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2001, pp. 25.

BOSSERT, Gustavo ; ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, pp. 474.

BUSTOS PUECHE, José Enrique. *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*. Editorial Dykinson, Madrid, 1996.

CARCABA FERNÁNDEZ, María. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana. Editorial Bosch, Barcelona, 1995, pp. 82.

CORRAL TALCIANI, Hernán. *Derecho y Derechos de Familia*. Editora Grijley, Lima, 2005, pp. 247

GOMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. *El derecho a la reproducción humana*. Ediciones jurídicas Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 128.

JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael. *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*. Editorial Tecnos, Madrid, 1998, pp. 69.

LEMA AÑÓN, Carlos. *Reproducción, poder y derecho*. Editorial Trotta, Madrid 1999, pp. 55

LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana. “Procreación humana artificial; un desafío bioético. Editorial De Palma, Buenos Aires, 1995, pp. 334.

LLEDO YAGÜE, Francisco. *Compendio de Derecho de Familia*. Editorial Dykinson, Madrid, 2000. pp. 451

MORO ALMARAZ, M. Jesús. *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Barcelona, Editorial Bosch 1988, pp. 194.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Código de leyes sobre genética. Editorial de la Universidad de Deustuo, Bilbao, 1997.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Editorial Comares, Granada, 1998, pp.

ZANNONI , Eduardo. *Derecho de Familia*. Editorial Astres, Buenos Aires, 1998 pp. 320