

COMENTARIOS A LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 5º Y 6º DEL CÓDIGO CIVIL

Clara Mosquera Vásquez

Abogada, Profesora del Curso de Derecho Genético
en la Facultad de Derecho de la U.N.M.S.M.

“...cada siglo agregará nuevas luces al que lo ha precedido, que ya nada podrá detener ni suspender, no tendrá otros límites que los de la duración del universo”

Condorcet¹

Con el desarrollo de la ciencia y la tecnología, a puertas del siglo XXI, la vida humana se está transformando, está emergiendo una nueva civilización y la vida social está adquiriendo nuevas características: aparecen nuevas relaciones familiares, nuevas condiciones de vida, nuevos y avanzados métodos de fabricación. Al decir de Vittorio Frosini estamos frente a una “mutación antropológica”² surgida como resultado del desarrollo de la “edad tecnológica” en cuyo marco los países desarrollados están llevando adelante una bien solventada política de investigación en el campo de las ciencias, por su vinculación con el progreso económico de los mismos.

Ahora bien, tradicionalmente el progreso de las disciplinas científico - técnicas era considerado como sinónimo de bienestar, pero es a partir del Proyecto Manhattan y su aplicación en Hiroshima que se empieza a reflexionar sobre esa concepción, comenzando a cuestionarse la bipolaridad de la ciencia y tecnología, así como el uso negativo de ésta, observándose su supuesta neutralidad política, social y económica.

¹ Condorcet, Discours prononcé dans l'Académie française le jeudi 21 février 1792, à la réception de M. Le Marquis de Condorcet, en Oeuvres de Condorcet, Tomo I, Paris, 1847, p. 392. Ver: ANDORNO, Roberto, Bioética y Dignidad de la persona, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1998, p. 22.

² FROSINI, Vittorio, **Derechos Humanos y Bioética**, Editorial Temis S. A., Santa Fé de Bogotá, 1997, p. 42.

El extraordinario desarrollo de las ciencias biomédicas ha permitido al hombre adquirir cada vez más poder sobre la humanidad, es por ello que se están planteando interrogantes como si se debe permitir todo lo técnicamente posible o si el ser humano debe ser preservado así como lo conocemos.

Si bien en épocas anteriores el hombre podía decidir si las aceptaba o no, actualmente, en opinión de Roberto Andorno, la ingeniería humana amenaza con actuar sobre la capacidad de elección del hombre por medio de la predeterminación genética de los individuos³.

Estamos viviendo en una época donde la ciencia se ha puesto al servicio de finalidades operativas. Ya no se reflexiona sobre el sentido de las investigaciones sino sobre la utilidad de las mismas, volviendo al hombre un esclavo de sus propios avances. Lamentablemente el legislador en estos casos se pone en la encrucijada de dar respuestas restrictivas para los científicos o muy débiles para proteger a la dignidad de la persona humana. Creemos que siendo un deber del Derecho el defender ante todo la dignidad de la persona humana, el legislador debe optar por la segunda alternativa.

En los últimos años debido al avance de la genética y aparición de la biotecnología⁴, el Derecho se ha visto invadido por nuevos términos que van poniendo en aprietos a más de un hombre y mujer de leyes. Si bien antes sólo los hombres y mujeres ligados a las ciencias médicas o biológicas hablaban de TERAS⁵, PGH⁶, ADN⁷ o Bioética⁸, hoy estos términos se están haciendo comunes en el lenguaje de los hombres de leyes, aunque es importante anotar que en este contexto existe un desfase entre el derecho y las disciplinas científico técni-

³ ANDORNO, Roberto, ob. cit., p. 27.

⁴ Los frutos de la revolución biotecnológica van desde la creación de nuevas fuentes de energía hasta la creación de nuevas y novedosas vacunas.

⁵ Técnicas de reproducción asistida, estas son de dos tipos: inseminación artificial y fecundación extrauterina, las que pueden ser a su vez homólogas, cuando se realizan con el material genético de la pareja; o heterólogas, cuando el material genético empleado pertenece a un (a) tercero (a).

⁶ Proyecto genoma humano.

⁷ Ácido desoxirribonucleico.

⁸ La Encyclopedia of Bioethics de 1978 define a la bioética como el "estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, cuando esa conducta se examina a la luz de los valores y de los principios morales". Ver: FROSINI, Vittorio, ob. cit., p. 75.

cas puesto que mientras éstas han avanzado rápidamente en forma geométrica, el primero se ha quedado en el tiempo. El cambio es tan rápido y poderoso que al decir de Alvin Toffler, “derriba instituciones, transforma nuestros valores y arranca nuestras raíces”⁹.

Esa situación no ha pasado inadvertida por nuestros legisladores quienes están tomando conciencia de la importancia de que estos temas se vean reflejados en nuestros cuerpos de leyes. Así, el Código Penal en el inciso 1) del artículo 120° se refiere a la inseminación artificial al reprimir con pena privativa de la libertad no mayor de tres meses el aborto, cuando el embarazo sea consecuencia de inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio.

En esta misma tendencia se orienta el Código de los Niños y Adolescentes que en su artículo 1° protege al concebido de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental.

Hasta el 06 de enero de este año nuestro Código Civil de 1984 no mencionaba ningún supuesto relacionado a los avances de la genética en seres humanos, sólo se refería a la inseminación artificial de animales (artículo 946° - Libro IV Derechos Reales). Pero en esa fecha mediante la Ley 27048, se modificaron varios artículos del Código Civil referentes a la declaración de paternidad y maternidad, admitiéndose la prueba de ADN en los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y en las acciones de filiación a que se refieren los artículos 363°, 371° y 373° del referido código.

Pero la intención de nuestros legisladores es regular otros temas relacionados al Derecho Genético en el Proyecto de Modificación del Libro de Personas del Código Civil, es así que en los artículos 5° y 6° del mencionado proyecto se tocan varios temas relacionados a los avances de la genética humana.

Artículo 5°.- Nadie debe atentar contra la integridad de la especie humana.

El genoma humano no podrá ser modificado, salvo que tenga por finalidad prevenir, disminuir o eliminar enfermedades graves. Están prohibidas las manipulaciones genéticas, incluyendo la clonación, la selección de genes, sexo o de los caracteres físicos o raciales de los seres humanos.

⁹ TOFFLER, Alvin, *El 'shock' del futuro*, Plaza & Janes S.A. Editores, Barcelona, 1970, p. 08.

Lo prescrito en este artículo será desarrollado por una ley especial.

Artículo 5a.- Los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos. Está permitida la disposición para transplantes de órganos y tejidos de embriones o fetos muertos.

La fecundación de óvulos humanos puede efectuarse sólo para la procreación.

No son exigibles los acuerdos de procreación o 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 sus productos, así como el genoma, no son objeto de derechos patrimoniales ni son patentables.

Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico o si están inspiradas por motivos humanitarios.

Los actos de disposición o utilización de órganos y tejidos de seres humanos son gratuitos y están regulados por la ley de la materia.

Para aclarar algunos conceptos nuevos para los hombres y mujeres de leyes, es necesario de éstos artículos sean analizados por temas.

Genoma Humano.-

El genoma humano está constituido por el conjunto de los 100 000 genes que tiene cada ser humano en cada una de sus células, excepto en sus glóbulos rojos. En lo genes están escritas nuestras características físicas, las enfermedades a las que somos propensos, incluso algunos autores afirman que los genes son responsables de nuestra capacidad intelectual, en pocas palabras, en los genes está escrita nuestra vida.

En la actualidad se están invirtiendo grandes sumas de dinero en el desciframiento del mapa genético humano, este proyecto, comparado por algunos con el Proyecto Apolo, es conocido como el Proyecto Genoma Humano¹⁰ o HUGO por sus siglas en inglés (Human Genome Organization).

Este gran proyecto, cuya culminación está prevista para el año 2005, tendrá consecuencias impredecibles para la humanidad. Si bien por una parte permitirá, por medio de la terapia genética, hacer frente a las enfermedades genéticas que afectan al ser humano, por el otro, posibilitaría la realización de manipulaciones aberrantes para la especie humana.

Si bien el artículo 5º tácitamente se refiere a la terapia genética al permitir la modificación del genoma humano para prevenir, disminuir o eliminar enfermedades graves, implícitamente está permitiendo se efectúen las dos clases de terapias genéticas, tanto en células somáticas como en la línea germinal. Creemos que la primera no presenta ningún problema de orden jurídico o ético pues se aplica en las células somáticas de la persona que se somete a tratamiento; pero es la segunda la que despierta mucha controversia pues se aplica a las células germinales de la persona sometida a tratamiento, modificándose además el genoma de su futura descendencia.

La comunidad internacional ha hecho sentir su preocupación al respecto, habiéndose propiciado reuniones multidisciplinarias sobre las implicancias médicas, éticas y legales del Proyecto Genoma Humano.

El 11 de noviembre de 1997 durante la 29º reunión de la Conferencia General de la UNESCO, se aprobó la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, la que consta de 25 artículos. Esta declaración fue el resultado de 4 años de trabajo del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, conformado por 55 miembros de diversos países y especialidades. Entre los puntos más saltantes está el reconocimiento en sentido simbólico del genoma humano como patrimonio de la humanidad (artículo 1º) y el respeto por la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales sobre cualquier tipo de investigación sobre el genoma humano (artículo 10º).

¹⁰ En este millonario proyecto participan los Estados Unidos de Norteamérica, Francia, España, Japón, Reino Unido e Italia.

Clonación.-

La clonación es un procedimiento que permite crear animales genéticamente idénticos a otro.

El clon más famoso de la historia de la humanidad ha sido la oveja Dolly, la que fue el resultado de 60 años de investigaciones desde que a fines de los años 30 el embriólogo alemán Hans Speman sentara la base teórica de este experimento. A pesar que ya se venían efectuando clonaciones desde hace buen tiempo, Dolly es especial porque fue el primer clon creado a partir de la célula de un animal adulto, y no de un embrión como se venía haciendo hasta ese entonces. Pero pareciese que la naturaleza se ha empeñado en impedir que el hombre traspase sus fronteras pues la oveja Dolly a pesar de tener corta edad¹¹, está sufriendo de un envejecimiento prematuro¹².

De lograrse superar estos inconvenientes, la clonación podría ser usada para dos fines, por un lado crear rebaños de vacas y ovejas de alta calidad genética, con buena producción de carne; y por el otro, crear vacas que produzcan leche que contenga alta calidad proteica o que sirva como medicamento para combatir enfermedades.

Si bien este procedimiento actualmente se está realizando con fines experimentales en mamíferos, las condiciones están dadas para que se realice con seres humanos, no olvidemos que en 1993 Jerry Hall y Robert Stilman, biólogos de la Universidad George Washington clonaron varios embriones humanos, los que alcanzaron 6 días de vida antes de ser desechados. Si bien esos embriones no fueron implantados en ninguna mujer, ese avance significa que muy pronto se podría efectuar este experimento en seres humanos, recordemos que el científico norteamericano Richard Seed anunció que estaba listo para establecer una clínica para la producción de bebés humanos por clonación a fin de solucionar los problemas de infertilidad crónica de las parejas, calculando en 200 mil los clones humanos que podrían crearse al año una vez que su técnica sea perfeccionada¹³.

¹¹ Dolly nació en julio de 1996 en el Instituto Roslin en Escocia, pero su nacimiento recién fue hecho público en febrero de 1997.

¹² A pesar que Dolly tiene 3 años, tiene cromosomas de nueve años, es decir, tiene la edad genética de su "cepa". Diario Expreso, Lima, viernes 28 de mayo de 1999, p. 32.

¹³ Diario "El Comercio", Lima, sábado 10 de enero de 1998, p. B5.

Una posible clonación de seres humanos sería interferir en la naturaleza humana, pues los hombres no son un producto que se pueda crear en un laboratorio, el ser humano es digno por naturaleza, lo que significa que es un fin en sí mismo y no un medio para lograr otros fines. Es bueno traer a colación las palabras del economista y filósofo norteamericano Jeremy Rifkin, quien afirma que si bien el hombre podrá crear una bella flor, nunca ésta será más bella que la creada por la naturaleza¹⁴.

Dstrucción de embriones.-

Antes de analizar lo referente a este punto, debemos hacer algunas precisiones. Los científicos distinguen 3 etapas del desarrollo embrionario. La primera etapa, en la que el producto de la concepción recibe el nombre de pre-embrión, abarca desde la fecundación hasta aproximadamente los 14 días, cuando el cigoto se implanta en la cavidad uterina. La segunda etapa, donde el producto recibe el nombre de embrión, comprende la fase entre la implantación del cigoto en la matriz hasta los dos meses y medio, aquí se desarrollan el cerebro y el corazón. Finalmente, en la tercera etapa que comprende la etapa entre los 2 meses y medio hasta el momento del parto, el producto es denominado feto.

Si bien el artículo 5º prohíbe en forma expresa la cesión, manipulación o destrucción de fetos o embriones, no se menciona en él a los pre-embryones, por lo que da a entender que está permitida la experimentación con los mismos. De ese modo se está adoptando la tendencia de varios documentos internacionales sobre técnicas de reproducción asistida que permiten la experimentación con pre-embryones por cuanto, al no estar en esta etapa desarrollado su sistema nervioso, se afirma, no sentirían dolor.

En este sentido, el Informe Warnock de julio de 1984, primer antecedente sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su recomendación 12 señala que ningún embrión humano derivado de la fecundación in vitro puede ser utilizado como objeto de investigación más allá de los 14 días después de la fecundación¹⁵.

¹⁴ BUARQUE DE GUSMAO, Sergio; "A hélice do bem e do mal", en: **Super Interessante**, Brasil, agosto de 1997, p. 50.

¹⁵ Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Material de Lectura del Curso de Derecho de las Personas - Módulo II, N° 252, Lima, 1995, p. 27.

Por su parte el Informe Palacios¹⁶, aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados de España el 10 de abril de 1986, en su recomendación 77 señala que los embriones sólo pueden ser objeto de investigación y experimentación científica hasta el décimo cuarto día de su formación in vitro, y cuando se manifiesten en ellos señales de imposibilidad de implantación en el útero de la mujer, por trastornos biológicos o anomalías; esta posición posteriormente fue recogida por la Ley Española sobre técnicas de reproducción asistida del 22 de noviembre de 1988 en su artículo 15º inciso b)¹⁷.

Maternidad subrogada.-

El artículo 5º prohíbe la “maternidad subrogada” al señalar que no son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro, y para hacer frente a cualquier controversia surgida de una situación como esta dispone que el parto determina la maternidad, lo que es una repetición del artículo 409º del Código Civil que recoge la presunción romana de maternidad “*mater semper certa est*”.

Si bien es loable que nuestros legisladores al proponer estas modificaciones estén dando un paso adelante, no se puede soslayar que en particular el párrafo que señala que “*El parto determina la maternidad*” está revelando un estancamiento del pensamiento legislativo pues no es posible que a un paso del tercer milenio aún se pretenda resolver futuros conflictos en base a presunciones de siglos atrás, las que van camino a convertirse, a decir de Jorge Basadre, en verdaderos “fósiles jurídicos”¹⁸. Con esto no queremos desmerecer la labor del legislador romano, pero no hay que olvidar que las “nuevas necesidades producen nuevas instituciones”¹⁹, por ello es necesario que nuestro derecho deje de ser conservador y empiece a abrirse frente a las nuevas interrogantes que la ciencia y la tecnología nos están planteando.

¹⁶ Universidad de Lima, ob. cit. , p. 34.

¹⁷ SOTO LA MADRID, Miguel Angel, Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el Derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 545.

¹⁸ BASADRE, Jorge, Los fundamentos de la historia del Derecho, Librería Internacional del Perú S. A., Lima, 1956, p. 88.

¹⁹ BASADRE, Jorge, Ob. cit., p. 87.

Si bien repudiamos que un ser humano pueda ser tratado como una mercancía, lo que sucede en los “contratos” de alquiler de vientre, creemos que hay situaciones en las que la legislación debería ser flexible, nos referimos a los casos en los cuales una mujer decide gestar el hijo de otra movida por motivos altruistas, lo que denominamos “cesión de útero”. Debido a los avances que se han dado en nuestro país sobre técnicas de reproducción asistida este caso puede ser ya parte de nuestra realidad; según el artículo bajo comentario la madre de la criatura a nacer sería la que la dio a luz, pero al hacerse al recién nacido la prueba de ADN el resultado arrojaría que la madre es aquella que cedió su óvulo²⁰, no estando la solución propuesta por nuestro legislador de acuerdo a la realidad.

Creemos que el Perú debería seguir la posición inglesa sobre el tema: en Inglaterra las leyes permiten los acuerdos de madres sustitutas siempre y cuando ninguna de las partes obtenga ganancias comerciales²¹. En nuestro país la única restricción que debería ponerse es que las cedentes de vientre sean las madres, hermanas o primas hermanas de las mujeres que se someten a este procedimiento.

Patentes biotecnológicas.-

Como sabemos, una patente concede al propietario de la misma el derecho a excluir a los demás de la fabricación, uso o venta de la invención que se ha patentado en un territorio y plazo determinados.

Conocido es que las empresas farmacéuticas que realizan investigaciones en el campo de la biotecnología están patentando los descubrimientos que vienen efectuando. Si bien antes sólo se patentaban organismos animales y vegetales, actualmente al descifrarse nuevas secuencias de ADN humano, cuya función muchas veces se desconoce, se ha intentado patentarlas.

El origen de un gen humano impide se lo considere como una cosa, pues al ser una parte del cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres, no pudiendo ser instrumentalizado ni comercializado. De permitirse la patente de

²⁰ Al respecto ver: MOSQUERA VASQUEZ, Clara, “Maternidad Subrogada”, en: Libro de Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Lima, 1994, p. 183-190.

²¹ Diario “El Comercio”, Lima, domingo 26 de enero de 1997, p. B13.

un gen humano estaríamos ante una degradación y cosificación de la persona humana, donde el hombre dejaría de ser considerado como un fin en sí mismo para ser considerado como medio para lograr otros fines, lo que es contrario a los derechos fundamentales y al orden público. Por otro lado se negaría a los pueblos en vías de desarrollo el acceso a los beneficios derivados del desciframiento del mapa genético humano, y se estaría frente al poder monopólico del titular de dicha patente, pues de descubrirse que alguna de las secuencias de ADN patentadas está relacionada con alguna enfermedad genética se podría crear una droga única la que al comercializarse generaría grandes ganancias.

Algunos especialistas en la materia creen que si bien no se debe permitir la obtención de elementos del cuerpo humano para fines que no sean terapéuticos o científicos, los procesos para aislar, modificar o producir un gen deben ser patentables, siempre que exista consentimiento expreso de la persona cuyos genes se recogen. Esto no quiere decir que ésta persona pueda reclamar el pago de un canon al propietario de la patente por motivos éticos, pues no se puede aceptar pago alguno por órganos, tejidos, etc., del cuerpo humano y además porque el reclamante no contribuye a la invención del proceso.

Por su parte la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos en su artículo 4º señala que el Genoma Humano en su estado natural no puede dar lugar a beneficios pecuniarios.

Conclusión.-

De todo lo expuesto proponemos que la redacción del artículo 5º sea la siguiente:

“ Artículo 5aº.- Nadie debe atentar contra la integridad de las especie humana. Está prohibida la selección de sexo, la clonación y cualquier otro experimento que atente contra la dignidad del ser humano

Está prohibida la manipulación genética, sea perfectiva o eugénica. Está permitida la terapia genética sólo en células somáticas y en casos científicamente comprobados que tengan por finalidad eliminar o disminuir enfermedades graves.

Los principios contenidos en este artículo será desarrollado por una ley especial”

Artículo 5bº. - Las técnicas de reproducción asistida deben efectuarse sólo para fines de procreación.

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. En los casos de cesión de útero la determinación de la maternidad se hará en mérito a una prueba de ADN.

Los principios contenidos en este artículo serán desarrollados por una ley especial”

Si bien como hemos dicho, estos dos artículos significan un gran adelanto, nuestros legisladores aún no han considerado las nuevas tendencias de los derechos a la integridad, identidad, intimidad, que a raíz de estos cambios abarcan el aspecto genético, es decir, ahora ya se habla de derecho a la integridad genética, identidad genética e intimidad genética; creemos que aún estamos a tiempo para que esos temas sean considerados en el Proyecto de Modificación del Código Civil de 1984.