

¿DONACIÓN, CESIÓN O ADOPCIÓN DEL “CONCEBIDO”?; UN CRITERIO BÁSICO PARA ESTABLECER SU ADECUADA REGULACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Abner Francisco Casallo Trauco*

Alumno del Segundo año de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

“Dos linajes solos hay en el mundo, como decía una agüela mía, que son el tener y el no tener”.

Miguel de Cervantes

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Estado de la cuestión. 3.- A propósito del surgimiento de la vida: una discusión que parece hacerse bizantina. 3.1. El momento es cuando se encuentra el óvulo y el espermatozoide, independientemente fuera o dentro del útero. 3.2. El momento es la implantación del embrión en la pared uterina. 3.3. El momento es cuando el embrión goza de actividad cerebral. 3.4. El momento es cuando hay viabilidad del embrión. 3.5. Y nuestra jurisprudencia, ¿qué criterio asume?. 4.- ¿Donación?, el rechazo a una posición patrimonialista y su incompatibilidad con nuestra legislación. 5.- La “cesión” como acto de objetos extrapatrimoniales. 6.- La adopción del concebido, adecuándola a su situación. 7.- Posibles problemas en relación a nuestra postura. 8.- Conclusiones. 9.- Bibliografía.

* Miembro del Taller “José León Barandiarán” de esta casa de estudios.

RESUMEN

Actualmente, el Perú carece de una ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. No obstante, encontramos el Proyecto de Ley N°1722/2012-CR, que postula que el acto por el cual se traslada a un crioconservado es una donación. Estipulando, implícitamente, que no es sujeto de derecho. Es necesario analizar dicha incertidumbre para saber si es posible imputar situaciones jurídicas o no a dicho crioconservado.

Entonces, nos preguntamos qué postura asume, sobre el inicio de la vida, nuestro ordenamiento. Consideramos, luego de analizar el pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional así como el de la Corte Interamericana, se ha adoptado la teoría de la concepción.

Por ello, al ser sujeto de derecho no es dado en donación o cesión; sino, en adopción. Entonces es titular de todos los beneficios que su situación conlleva. Así por ejemplo, es titular de ser parte de la herencia, sea la condición suspensiva o resolutoria.

PALABRAS CLAVES:

Donación – Cesión – Adopción - Sujeto de derecho – Concebido.

1.- INTRODUCCIÓN

El Derecho, disciplina sujeta a los cambios sociales y científicos, no puede ser ajeno a un fenómeno que ha suscitado una forma diferente de ver el inicio de la vida y la naturaleza de esta; un fenómeno que hoy crea apasionantes debates sobre un tan delicado tema. Dentro de este orden de ideas, existen países que se han pronunciado sobre las llamadas Técnicas de Reproducción Asistida, entre ellas la fecundación in vitro y la cuestión sobre la naturaleza del “embrión extrauterino”.

El primer punto de partida de nuestro *iter* es señalar que nuestro ordenamiento jurídico carece de una regulación destinada a las Técnicas De Reproducción Humana Asistida. La ausencia de tal normativa especial se agrava al encontrar serias contradicciones en nuestro ordenamiento jurídico, contradicciones que se han proyectado en el debate doctrinario sobre la situación de los embriones crioconservados. No obstante, entre tanto jaleo doctrinal, encontramos el Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR, que sigilosamente se ha reducido a copiar leyes ya existentes en otros medios. Se observa, desde un primer momento, que aquel no ha tomado en cuenta los caracteres de nuestro ordenamiento jurídico.

En tal panorama, surgen dudas sobre el régimen sobre el cual se regulará el traslado del crioconservado en nuestro medio. Surgen así las primeras cuestiones sobre dicha institución; entre ellas, cuál es la naturaleza del acto por el cual un sujeto puede adquirir un embrión crioconservado es ¿donación, cesión o adopción?, definitivamente es menester intentar dar una respuesta a ello. Siendo importante adecuar dicha institución a nuestra realidad jurídica, así como teniendo en cuenta los efectos prácticos de la decisión que asumamos.

Así las cuestiones, el Proyecto de Ley N°1722/2012-CR estipula que dicho traslado de crioconservados es un contrato. Entonces, ¿cuáles son las consecuencias de entender que dicho acto es un contrato?, ¿acaso el concebido, ahora con “nuevos padres”, no tiene participación sucesoria?, ¿acaso existe un régimen patrimonial en dicho acto?, en verdad, ¿el crioconservado es considerado vida humana en nuestro medio? Entre otras son las cuestiones que urgen responder.

Para dar nuestra respuesta estudiaremos las posibles soluciones que nos da la doctrina. Asimismo, trataremos de proporcionar una visión analizando nuestro ordenamiento jurídico en general para arribar en el aspecto civil. Por ello, evitaremos ser indiferentes a los alcances de otras disciplinas jurídicas que se han pronunciado al respecto. Ya que para establecer cuál es la naturaleza de tal institución, es preciso aclarar cuándo comienza la vida para nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, analizar cada posibilidad y plantear posteriormente nuestra postura.

2.- ESTADO DE LA CUESTIÓN

La situación del crioconservado ha sido y es tema de debates actualmente. Entonces, surge la necesidad de preguntarnos cuándo surge la vida; sobre ello se han planteado distintas posiciones; concepción (fecundación), anidación, actividad cerebral, básicamente.

Es difícil afirmar el predominio de alguna de las teorías. La doctrina ha discutido tanto sobre el tema, mientras tanto nuestro ordenamiento jurídico ha ido cambiando a favor de la llamada teoría de la concepción. Esto se ha plasmado en la Constitución de 1993 (recordemos que en nuestra Carta Magna del '79 se adoptaba la teoría de la ficción), concordando con el Código Civil de 1984.

No obstante, hoy en día, se sigue cuestionando la elección plasmada en nuestra Constitución. Se han presentado casos ante los que el Tribunal Constitucional ha tomado postura; asimismo, lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Surge así la necesidad de encontrar cuál es la postura asumida por nuestro Ordenamiento.

Sobre la temática central, hay diversas posturas; se menciona que el crioconservado ha de ser donado, ello basándonos en legislaciones que no lo consideran vida humana. Por otro lado, se habla de *cesión* en cuanto el crioconservado estaría fuera del comercio (sería un objeto extrapatrimonial), frente a ello también se ha dicho que el acto por el cual se adquieren estos crioconservados en una adopción, en tanto es ser humano.

3.- A PROPÓSITO DEL SURGIMIENTO DE LA VIDA: UNA DISCUSIÓN QUE PARECE HACERSE BIZANTINA

Es claro que el concebido como sujeto de derecho es un centro de imputación de derechos y deberes, o sí se prefiere, “de situaciones jurídicas”¹. En relación

¹ BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI y BUSNELLI, *Derecho Civil*, tomo I, volumen 1, traducido por Fernando HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 96.

a lo dicho; se han dado diversas teorías sobre el inicio de la vida. Así un sector doctrinario menciona:

3.1. EL MOMENTO ES CUANDO SE ENCUENTRA EL ÓVULO Y EL ESPERMATOZOIDE, INDEPENDIENTEMENTE FUERA O DENTRO DEL ÚTERO

Vale entender que el término concepción es algo confuso; la presente teoría opina que la vida surge con la concepción, entendida a esta como la unión del gameto masculino con el femenino. No obstante, Al respecto se deben distinguir momentos, ya que la fecundación “Constituye un proceso largo y complejo, que se prolonga desde que la cabeza del espermatozoide entra en el citoplasma del óvulo hasta la fusión de los pronúcleos [...] Por tanto, una primera cuestión a desvirtuar se refiere a que la fecundación se perfeccione con la simple penetración de espermatozoide a través de la zona pelúcida. En realidad, este acontecimiento es tan solo su comienzo. La fecundación tardará aproximadamente 24 horas y su resultado final, cuando los pronúcleos de los gametos ya se hayan fusionado, es el cigoto”².

Nuestra doctrina se pronuncia argumentando que entre la fecundación y la concepción hay una relación de causa- efecto. Como menciona dicha doctrina: “La fecundación es el primer instante con el que se inicia el ciclo vital, que ocurre cuando el espermatozoide penetra el óvulo, por lo que la concepción vendría a ser el resultado de dicho primer momento, dentro del proceso del inicio de la vida. Sin embargo, este primer momento fecundación-concepción es tan rápido que la fecundación implica la concepción instantánea”³. Nuestro código civil parecer adherirse, de alguna forma, a esta teoría, al mencionar el término concepción y la manera como el legislador la entiende⁴.

² SILVIA SALCEDO, Paulina. Citada por FIGEROA YÁÑEZ, Gonzalo. *El comienzo de la vida humana: el embrión como persona y como sujeto de Derechos*. En: Bioética y Derecho. Coordinadores: Salvador D. BERGEL y NELLY MINYERSKY. Buenos Aires. 2003, p. 286.

³ MORALES GODO, Juan. *El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida*. En: Revista de derecho de la PUCP. N°. 58. 2005, p. 414.

⁴ Así a través de una interpretación psicológica podemos afirmar que el legislador se ha pronunciado estableciendo: “El artículo 1° del Código, como se advierte, contiene un nove-

3.2. EL MOMENTO ES LA IMPLANTACIÓN DEL EMBRIÓN EN LA PARED UTERINA

Esta postura sostiene que la vida comienza con la fijación del embrión en el útero, dándose ello entre el séptimo y el decimocuarto día de la fecundación. Al respecto “los partidarios de esta tesis agregan que antes de la implantación el cigoto carece de dos características propias de cualquier individuo de la especie humana: la unicidad (ser único e irrepetible) y la unidad (ser uno solo). Después de la implantación se hace imposible la formación de gemelos monocigóticos o de quimeras. En el momento de la implantación la nueva vida queda individualizada y corresponderá, a partir de entonces, a un ser concreto. Desde ese momento se inicia, además, el proceso de diferenciación de las células y tejidos”⁵.

En relación a ello, Fernández Sessarego hace una reflexión interesante; “La interrogante es, ¿qué clase de ser es el que existe en el tiempo que discurre entre la singamia y la implantación del embrión en el útero de la mujer?, ¿es una pepita de oro, una hormiga, un cabrito, un árbol de la quina? Nunca recibimos una respuesta a dicha interrogante”⁶. Sin embargo, desde la perspectiva de la postura estudiada, se podría decir que es un objeto jurídico especial, único en su especie. Ya que, si bien se define que la vida humana comienza con la implantación uterina, no se niega el carácter *sui generis* del ser que está por implantarse.

No obstante, dicho ello, si entendemos a la vida humana no solo desde una perspectiva naturalista, sino también axiológica, esta teoría traería algunas

doso aporte al otorgar al concebido la calidad de sujeto de derecho, de centro de imputación normativo. Esta importante innovación se sustenta en la realidad, desde que el concebido constituye vida humana, genéticamente individualizada, **desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide (...)**”. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas, exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, Grijley. 11° ed., Lima, 2009, p. 5. (la negrita es nuestra).

- 5 FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. *El comienzo de la vida humana: el embrión como persona y como sujeto de Derechos*. En: Bioética y Derecho. Coordinadores: Salvador D. BERGEL y NELLY MINYERSKY. Rubinzal- Culzoni editores. Buenos Aries. 2003, p. 287.
- 6 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: *En concebido en el Derecho contemporáneo*. En: <http://intranet.usat.edu.pe/usat/files/2011/01/Discurso-Sessarego.pdf>, p. 12.

complicaciones. Por ello, creo yo, que Fernández Sessarego al seguir una posición tridimensional se pregunta por la naturaleza de ese ser desde una visión, esencialmente, valorativa. Sin embargo, es preciso tener los alcances científicos y jurídicos para una válida complementación a la comentada postura.

3.3. EL MOMENTO ES CUANDO EL EMBRIÓN GOZA DE ACTIVIDAD CEREBRAL

Esta posición pretende hacer coincidir el inicio de la vida con la formación del sistema nervioso central (el cerebro). Sobre esto, por un lado parecería ser coherente que si por un lado nuestra legislación adopta el criterio de que la muerte coincide con el cesamiento de la actividad cerebral; por otro debería adoptar que el inicio de la vida se da por el inicio de dicha actividad.

Creemos que tanto el inicio de la vida, como su fin, son un proceso y no un momento. Así pues se puede hacer aquí la misma pregunta, ¿qué ser existe antes del inicio de dicho formación nerviosa? Evidentemente, asumiendo dicha postura, cuando cesa dicha actividad cerebral ya no se puede hablar de vida humana; es un objeto especial, mas no vida humana y no lo seguirá siendo en tanto no lo tiene en su naturaleza (ello sin caer en la teoría, poco sostenible, de la muerte genética⁷). Esto no ocurre de la misma forma en la cuestión del concebido, antes del inicio de dicha formación nerviosa es algo que tiene de alguna manera las posibilidades de seguir siendo eso que ya consideramos como naturaleza suya. Así pues no se trata de meros juegos lógicos, en la realidad hay algo más.

Entendámoslo, no es que el ser humano haya descubierto el inicio, fin o momento (como se quiera) de la muerte; se tratan de acuerdos de la sociedad jurídica que tienen cierta utilidad (como la donación de órganos, por ejemplo). En realidad, el momento de la muerte aun hoy es discutido, pues no podemos caer en juegos meramente lógicos sin sustento mayor.

⁷ “De ser así, podemos hablar de una vida inerte, de una vida sin movimiento, ni pensamiento, ni sentimientos sólo de una vida celular indicativa, que puede ir regenerándose o extinguiéndose de a pocos. Este estado puede durar semanas, meses, años y hasta siglos, una vida cuasi ad infinitum”. VARSÌ ROSPIGLIOSI, Enrique. Muerte genética. En: <http://www.derechoycambiosocial.com/rjc/REVISTA2/MUERTEGENETICA.htm>

Así pues, “¿cuánta actividad cerebral es requerida para señalar el inicio de la vida? Cualquier respuesta a esta pregunta introduce un elemento de convencionalidad subjetiva impropia de la ley. Los autores Manuel Lavados y Alejandro Serani señalan, que para algunos, el cerebro empieza a desarrollarse con la primera diferenciación del sistema nervioso primitivo del embrión. Para otros, cuando se hacen distintas las cinco mayores regiones del futuro cerebro. Para otros, cuando aparecen los actos reflejos, y para otros, finalmente, cuando hay movimientos espontáneos de brazos y piernas”⁸.

3.4. EL MOMENTO ES CUANDO HAY VIABILIDAD DEL EMBRIÓN

Esta teoría nos hace recordar a la llamada viabilidad de vida del nacido adoptada en nuestro Código Civil de 1852, estipulándose las 24 horas. Como se critica, ello es arbitrario; ¿cuándo saber que algo es más o menos viable? En el caso de las 24 horas, ¿y si vivía 22 o 23 horas? Igualmente, en el caso del concebido, cuándo es viable, cuando tiene 5, 6 o 7 meses (?), cuando haya sido anidado (?), cuando haya fecundación (?), en fin; de una u otra forma, nos remitiríamos a las otras teorías o plantearíamos nuevos términos sin un sustento totalmente válido de cuando algo es viable o no.

3.5. Y NUESTRA JURISPRUDENCIA, ¿QUÉ CRITERIO ASUME?

Es muy conocido el caso de la “píldora del día siguiente”, EXP. N.º 02005-2009-PA/TC; en el presente caso la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el fin de que se abstenga de iniciar el programa de distribución de la denominada “Píldora del Día siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita.

⁸ FIGEROA YÁÑEZ, Gonzalo. *El comienzo de la vida humana: el embrión como persona y como sujeto de Derechos*. En: Bioética y Derecho. Coordinadores: Salvador D. BERGEL y NELLY MINYERSKY. Rubinzal-Culzoni editores. Buenos aires. 2003, p. 290.

El caso tuvo repercusión en nuestros medios, la posición de la Iglesia católica se hizo presente rechazando la distribución de la llamada píldora. Así se plantean los debates y conflictos de intereses, en los cuales se integran posiciones como de la Iglesia, las empresas biotecnológicas y de la población en general. Es aquí donde se vierten los debates sobre las ya explicadas teorías, nuestro Tribunal Constitucional tuvo que sustentarlas y dar elegir entre ellas.

Vale resaltar que más allá de la autodeterminación reproductiva, así como la autonomía privada y la decisión del método anticonceptivo a seguir, nuestro tema gira por conocer cuándo inicia la vida para nuestra jurisprudencia. Sobre todo teniendo en cuenta que nuestra Constitución estipula que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece; así el Tribunal Constitucional hace uso del control difuso de la Constitución. Así se plantea en la sentencia EXP. N.º 02005-2009-PA/TC:

*Teniendo en cuenta todo lo expresado hasta aquí, y surgiendo la disyuntiva de tener que optar por uno de los principios de interpretación constitucional desarrollados suprarrespeto a la constitución del concebido; este Colegiado se decanta por **considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser.** Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. **La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio.** Por lo demás, aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo, se trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente; pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición de concebido. (La negrita es nuestra).*

Nuestro Tribunal, siguiendo al Código Civil y a nuestra Carta Magna, asume la llamada teoría de la concepción. Frente a ello, no obstante, en una muy reciente sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado

una interpretación al artículo 4^o del Pacto de San José que ha suscitado muchas críticas. Ha señalado en el conocido caso *Artavia Murillo vs Costa Rica*:

“La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención (...)” (La negrita es nuestra).

Definitivamente esta es una decisión que está dando y dará mucho que hablar. Así pues se evidencia que hay una colisión entre nuestro ordenamiento interno (nuestra Constitución) y la decisión adoptada por la Corte Interamericana. Ahora, tenemos que tomar posición por alguna postura.

En este orden de ideas surge la interrogante sobre el carácter vinculante de una sentencia de Derecho Supranacional se han presentado una serie de debates, los cuales no se desarrollarán en este trabajo, por razones esquemáticas.

Asimismo, como bien se ha señalado, “el criterio que nos proporciona la Convención Americana de Derechos Humanos resulta, en cambio, en alguna manera discutible, pues por la forma como se encuentran redactadas las normas concernientes con el derecho a la vida, pareciera recogerse la posición (en algún momento, también manejada por la Constitución peruana, aunque con distinto lenguaje) de quien está por nacer o ha sido concebido resulta, a efectos de lo que se propone, una suerte de persona imaginaria”¹⁰.

⁹ Artículo 4: Derecho a la vida; inciso 1: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

¹⁰ SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *Las dimensiones del derecho a la vida. En: Los derechos fundamentales, estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Gaceta jurídica. Lima, 2010, p. 43.

Por ahora, creo necesario aplicar, en cierta forma, la tesis de la coordinación; así contra las posturas como la citada en el párrafo anterior, “ya no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional”¹¹. Por ello opino que “las normas que protegen los derechos de los individuos deben siempre recibir la interpretación que más favorezca a estos”¹².

Entonces, nuestro ordenamiento interno da más, protege más. Pues como se ha dicho “en caso de que se produzca el conflicto entre el sistema internacional y el sistema nacional, debería de prevalecer la norma o sentencia que con mayor legitimidad resuelve el hecho a juzgar, es decir la protección y el desarrollo de la persona humana”¹³.

Por estas razones, desde nuestro punto de vista, primaria la teoría de la concepción. Por otro lado, en materia civil, sería asistemático, hoy por hoy, intentar argumentar la teoría de la anidación. Prácticamente, sería necesaria una reforma del Código, algo que no compartimos en esta temática. Queda así acreditada la teoría de la concepción (fecundación). Ahora, estudiaremos las posibles soluciones al problema principal.

4.- ¿DONACIÓN?, EL RECHAZO A UNA POSICIÓN PATRIMONIALISTA Y SU INCOMPATIBILIDAD CON NUESTRA LEGISLACIÓN

Usamos un “te dono una casa”, “te dono un bien inmueble”¹⁴, etc. Pero hay un límite entre lo patrimonial y lo no patrimonial; límite que a veces es complicado establecer, pero que es necesario. Siendo ello así, el contrato como categoría del acto jurídico, si se quiere ser más específico negocio jurídico, es

¹¹ LANDA Arroyo, César. *Constitución y fuentes del Derecho*. Palestra. Lima, 2006, p. 118-119.

¹² NOVAK, Fabián; Salmón, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. IDEI. Fondo Editorial. PUCP. Lima. 2002, p. 80.

¹³ LANDA Arroyo, César. *Constitución y fuentes del Derecho*. Palestra. Lima. 2006, 125.

¹⁴ Así el Art. 1621: “Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien”.

meramente patrimonial¹⁵. Partamos preguntándonos, ¿contrato de donación de embriones crioconservados?, entonces, ¿son estos embriones crioconservados objetos patrimoniales? Aún más, son los ya concebidos objetos patrimoniales. Es decir, un ser humano, en el sentido de nuestro sistema jurídico, es un objeto patrimonial (?).

Al respecto concuerdo de que “según nuestra legislación nacional, no cabe establecer ningún tipo de relación jurídico patrimonial (aunque sea gratuita) sobre el propio cuerpo o sus partes”¹⁶. Y esto es claro, al ver al cuerpo humano desde una visión patrimonialista es evidentemente contraproducente. Así hay una exclusión, con mayor razón, en el caso de los “embriones crioconservados” del régimen patrimonialista, que según nuestra regulación ya son vida humana.

Sobre la temática, es saludable estudiar a la legislación española; la cual ha sabido, de alguna manera, adaptarse a la realidad cambiante. En su Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Artículo 5. Donantes y contratos de donación.

1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.

(...)

¹⁵ En base a ello, la doctrina ha mencionado que “es un contrato de una sola prestación. En efecto, a pesar de tratarse de un acto jurídico bilateral, la única prestación debida es aquella a que se obliga el donante: transferir la propiedad de un bien”. (ARIAS- SCHEREIBER PEZET, Max. “Donación”. En: Exegesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II. Gaceta Jurídica. Tercera edición. Lima. 2002, p. 212). Asimismo, se ha dicho que “la donación no siempre ha sido considerada como un contrato. Su naturaleza jurídica ha sido muy discutida en doctrina. En sus inicios, predominaba la posición según la cual era solo un modo de adquirir propiedad; luego, pasó a ser considerada como un acto jurídico. Hoy en día, prevalece la idea de que es un contrato” (CASTILLO FREYRE, Mario. “El Contrato de Donación”. En: *Tratado de los Contratos Típicos*. Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima. 2005, p. 113).

¹⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas, concebido y personas naturales*. Tomo I. Grijley. 6º Ed. Lima, 2012, p. 133.

3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para esta. (...). (La negrita es nuestra).

Sobre lo que se entiende por preembrión está Ley prescribe en su artículo 1 que “se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”.

Aunque me crea cierta suspicacia el término “preembrión”¹⁷, esta regulación se presenta interesante en medida que nos dice que, en primer lugar, el acto jurídico por el cual se entregan dichos “preembriones” es un contrato de donación. Sobre esto opino que el término no es del todo feliz. Sean gametos o “preembriones” el término “contrato de donación” implica objetos patrimoniales.

Sobre el inciso tres; me parece saludable que se aclare, aun no estando de acuerdo con el término “donación”, que esta no tiene carácter lucrativo. De lo contrario, las consecuencias serían desastrosas: prácticamente ello se volvería un negocio. Ello definitivamente escaparía al fin humano que tienen estos actos.

Llama aún más la atención que el proyecto de Ley 1722/ 2012- CR siga esta posición, prácticamente es una fiel copia de la regulación española. Desde nuestro punto de vista es necesario dejar algo claro. La regulación de las Técnicas de reproducción asistida de España y el uso del término “contrato” tienen cierto respaldo en su Código Civil. Así su artículo 29 estipula que el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con ciertas

¹⁷ Dicho término encuentra antecedentes en el llamado Informe de la comisión de Warnock (Reino Unido, 1984, la que en su numeral 12 menciona: “ningún embrión humano derivado de fecundación in vitro (congelado o no) puede mantenerse vivo más de catorce días después de la fecundación, si no es traslado al cuerpo de una mujer; **tampoco se le puede utilizar como objeto de investigación más allá de los catorce días a partir de la fecundación.** Este período de catorce días no incluye el tiempo durante el cual el embrión esté congelado”. (La negrita es nuestra).

condiciones. Esta ficción es totalmente ajena a nuestra legislación. Así el término “contrato de donación” no tiene asidero en nuestro medio.

5.- LA “CESIÓN” COMO ACTO DE OBJETOS EXTRAPATRIMONIALES

El avance científico nos trae complicaciones a los que nos relacionamos con el Derecho; así en nuestro tema “la generación de embriones sobrantes se configura como una parte inevitable –y a la vez básica y crucial- de la técnica DGP, lo que abre también el problema ético de qué hacer con dichos embriones, qué destino darles que responda a la dignidad y protección que les corresponde”¹⁸. Así pasaremos a analizar la propuesta de la “cesión”.

Como bien se ha dicho, “para el caso de disposición de partes, órganos o tejidos del cuerpo, a efectos de trasplante o de injerto, no se puede hablar de donación por cuanto, pese a que se trata de una disposición a título gratuito, su naturaleza es aquella propia de un contrato, el cual se establece para crear, modificar o extinguir, relaciones jurídicas patrimoniales (art. 1351). Como se observa, este tipo de disposiciones no tienen un carácter contractual, siendo más adecuado el concepto de cesión, que carece de connotación patrimonial”¹⁹. Es así que para realiza actos jurídicos con objetos extrapatrimoniales lo más adecuado sería hablar de cesión²⁰. Concordamos plenamente que la entrega de objetos no patrimoniales no es un contrato, pero ubicando la figura en nuestro tema, ¿el crioconservado es un objeto o un sujeto de derecho?

¹⁸ ABELLÁN, Fernando. *Selección genética de embriones: entre la libertad reproductiva y la eugenesia*. Granada. 2007, p. 91.

¹⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas, concebido y personas naturales*. Tomo I. Grijley. 6° Ed. Lima, 2012, p. 333.

²⁰ Al respecto hay autores que, en un supuesto distinto (*traslado de gametos*), prefieren usar el término *dación*: “En mi opinión, la donación es un contrato por el cual una parte, denominada donante, atribuye bienes a otra, nombrada donatario, sin contraprestación por parte de este, trayendo consigo el enriquecimiento del patrimonio del donatario a costa del empobrecimiento del donante (...) Considero que lo adecuado en nuestro país, en estos términos, es entenderlo como una dación de gametos, así pues es un acto de transferencia por el que se dispone de un bien, sin necesariamente mediar contrato alguno. TORRES MALDONADO, Marco Andrei. «¿Mi papá es un donante?: El eufemismo del interés superior y la identidad del menor derivada de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida». En: *Revista Persona*. Universidad de Buenos Aires. n.º 90, 2013.

Se podría decir que si asumimos que no se puede dar un contenido patrimonial a la disposición de partes del cuerpo humano, con mayor razón, no las podemos establecer en el acto jurídico de entrega del “embrión crioconservado”. Entonces el término adecuado es la cesión o dación. Este razonamiento elude la pregunta planteada, ¿el crioconservado es un objeto?, es decir, ¿el concebido, en nuestro medio, es un objeto?.

Ya analizadas sentencias de Tribunal Constitucional establecen que la vida humana comienza con la concepción. Por lo tanto, el concebido goza de todos sus derechos extrapatrimoniales, ¿cómo privarlo de tener una familia?, ¿cómo negarle ser titular de herencias? (que es diferente a tener la titularidad del derecho patrimonial de los bienes que forman la masa hereditaria). Algo queda claro, nuestro medio acepta que la vida humana comienza con la “concepción”, esta posición no tiene asidero entre nosotros.

6.- LA ADOPCIÓN DEL CONCEBIDO, ADECUÁNDOLA A SU SITUACIÓN

La noción que presenta nuestro Código al establecer que “por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”. Veamos entonces si ello alcanza al “embrión crioconservado”, para ello analizaremos la figura del concebido en general²¹.

En principio, es necesario considerar que el acto de adoptar, no es un contrato²² en cuanto al régimen extra patrimonial sobre el que se desenvuelve; basta observar la regulación que tiene en nuestro Código Civil. Sin embargo, ello

²¹ Sobre la temática, vale recordar que ya en el Derecho Romano había, en cierto modo, presencia dicha situación. Así se hablaba de la *arrogatio* y la *adoptio* (por la cual se adoptaba a un *sui iuris* o un *alieni iuris*, respectivamente) (D.I, 7, 1). Así, pasaba prácticamente, toda la familia al poder de un nuevo *sui iuris*, el *nasciturus* no estaba ajeno a ello. Por ello pienso que de alguna forma vía *arrogatio* se podría hablar de una especie de “adopción del concebido”, aunque parezca algo forzado, sería cuestión de interpretación.

²² Por ello, contra las concepciones patrimonialistas se ha dicho que “desde el punto de vista asumido concretamente por el Código en los artículos 140 y 1351, la adopción no puede ser considerada ciertamente un contrato, sino como un acto jurídico extracontractual”. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. Gaceta jurídica. Lima. 1999, p 397.

no excluye ciertas repercusiones patrimoniales. Basta, por ahora, considerarlo como un acto jurídico, acto jurídico en sentido estricto, si se quiere.

Entonces, haciendo un estudio de nuestra legislación en el artículo 115 del Código de los niños y adolescentes se estipula:

*La adopción es una medida de **protección al niño** y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-familiar entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea (La negrita es nuestra).*

Lo mencionado hasta ahora es perfectamente compatible con lo estipulado en el artículo I del Título preliminar dicho cuerpo de normas, regula que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir doce años de edad.

Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario (La negrita es nuestra).

Se evidencia una subsunción del concebido en la figura del niño: el producto es la relación entre el concebido y la adopción. Esta regulación evidencia las falencias en las que incurre nuestra legislación. Sin embargo, de alguna manera nos muestra que el concebido no puede ser privado de ciertos derechos básicos.

Entonces, ¿podemos adoptar concebidos?, al respecto se ha dicho que “la respuesta es afirmativa permitiendo otorgar una filiación a un no nacido e, incluso a un no implantado (embriones supernumerarios) en base a la teoría de los efectos favorables”²³. Como ha señalado un sector de la doctrina brasileña:

²³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*, p. 496.

“se entiende, por fin, ser posible la adopción del nasciturus, ya que es claro que este es un sujeto de derecho, como cualquier humano ya nacido”²⁴. En cierta forma, compartimos dicha posición, puesto que ya hemos señalado que, hoy por hoy, el concebido es sujeto de derecho con todos los beneficios la el ordenamiento le brinda. Por lo tanto, en base a lo dicho, la solución formal a la cuestión es un sí, pero veamos si en la realidad ello es factible.

En principio, una repercusión se daría en materia de sucesiones: en cuanto a que el concebido adoptado vendría a ser heredero forzoso; se podría objetar que el concebido, siguiendo la teoría de la condición suspensiva, no es titular de derechos patrimoniales; ergo no puede ser “heredero”. Concordando con sector de la doctrina peruana²⁵; opinamos que, aun asumiendo la teoría de condición suspensiva, se confunde la situación del concebido en cuando titular de la herencia como titular de los derechos hereditarios. Es decir, que el hecho que el concebido adquiera los derechos patrimoniales luego del nacimiento, no sustenta que este no pueda ser titular de recibir dicha herencia: la recepción de la herencia, siguiendo la condición suspensiva, dependerá del nacimiento, más no la titularidad.

Sin embargo, una primera duda sería, si adopto a alguien mientras esté concebido, en el vientre, ¿quién tiene la patria potestad? Resulta algo paradójico decir que la madre gestante no tiene la patria potestad mientras, directamente, cuida de él. Por ello, prefiero no sentar posición sobre la adopción del embrión in útero. Más allá de ello, consideramos que los trámites de la adopción podrían iniciar antes del nacimiento (considerando casos de violaciones, por ejemplo, en los cuales hay grandes perjuicios para la gestante), pero sería forzoso que dicho proceso concluya antes de ello.

Entonces, en cuanto al “embrión crioconservado”, ¿es válido usar el término adopción? En realidad solo los sujetos de derecho pueden ser adoptados; así desde un panorama general de nuestra legislación, hemos dicho que la vida

²⁴ PACHECO CARDOSO, Marina. A adoção do nascituro sob a égide do Código Civil de 2002. En: *Direito & Justiça*. V. 35, n. 1. 2009, p. 58.

²⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas, concebido y personas naturales*. Tomo I. Grijley. 6° Ed. Lima, 2012, pp. 54 y 58.

comienza con la concepción, entonces al ser el “embrión crioconservado” vida humana, acaso ¿No sería propio hablar de adopción?

Dicho ello, no obstante, quizá desde una visión encerrada en los claustros de la discordia, se argumente que la vida surge con la anidación, entonces el “embrión crioconservado” no podría ser adoptado. Ello lo dejamos a criterio independiente, más a nivel sistemático no sería válido, ya quedó claro que para nuestra legislación la vida inicia con la concepción.

7.- POSIBLES PROBLEMAS EN RELACIÓN A NUESTRA POSTURA

Un primer obstáculo quizá se presente al hablar de sucesiones. Así, en cuanto a esta institución, “la doctrina suele dividir los elementos en personales (personas que intervienen), reales (titularidades jurídicas dejadas por el causante) y formales o causales (título de la sucesión y la aceptación del heredero)”²⁶. Dicho ello, en relación a los elementos personales, ya hemos dejado claro que el concebido es titular de herencias (siendo diferente a tener el derecho patrimonial).

Entonces, si consideramos que el concebido²⁷, en general, puede ser titular de herencias, en el caso del crioconservado, no sería absurdo preguntarse, ¿cuánto tiempo, entonces, se esperará para tener certeza de que el nasciturus nacerá? Puesto que nos ubiquemos en la condición suspensiva o resolutoria, estaremos ante un evento incierto; siendo así, un crioconservado se puede mantener años en dicho estado: se afectaría los derechos de terceros herederos.

Desde nuestra opinión consideramos, como bien ha señalado doctrina nacional, ante estas situaciones “se debe establecer un tiempo para su implantación,

²⁶ FERRERO, Augusto. *Tratado de Derecho de sucesiones*. Grijley. 6ªed. Lima. 2002, p. 105.

²⁷ Son muy conocidas las definiciones que entienden al sucesor como “la persona, ya física, ya jurídica, que pasa a ocupar la posición del causante en la titularidad y relaciones jurídicas que se transmiten mortis causa y también quien recibe bienes o derechos del causante de la sucesión” (GETE-ALONSO Y CALER, Mª del Carmen. *Derecho de sucesiones*. Cálamo, Producciones Editoriales, S.L. España. 2006). No obstante, en nuestro código civil, es necesario entender a las definiciones como estas en función de persona humana, la cual existe desde la concepción, cabe resaltar que es errónea la redacción de nuestro primer artículo del Código Civil; la cual se refiere en realidad a la persona natural o individual.

o mejor dicho para la transferencia del embrión al útero de la madre a efectos de que su gestación implique el momento del cómputo del plazo de la suspensión de la partición de sus derechos patrimoniales”²⁸.

Una particularidad, muy interesante por cierto, es sobre la edad para adoptar. En realidad, nuestro Código Civil establece que la edad para adoptar será la suma de la mayoría más la del adoptado; ello resulta hasta gracioso en el caso del crioconservado, puesto que, al mismo tiempo, nuestro ordenamiento estima la edad a partir del nacimiento. Por ello es necesario tomar, en este extremo, cuestionamientos sobre la regulación del régimen de adopción en general; circunscribiéndola a nuestra realidad actual.

8.- CONCLUSIONES

La ausencia de una regulación sobre la materia de las Técnicas de reproducción humana asistida nos obliga a establecer criterios bases para su futura adecuada regulación. Por ello es necesario dar un estudio global de nuestro ordenamiento jurídico y no solo civil, entonces, solo así, se podrá establecer un criterio coherente en dicha regulación. Así el acto por el cual se transfiere “embriones crioconservados” debe ser conforme a nuestra sistema jurídico, teniendo en cuenta los efectos prácticos futuros (ya sea en materia de sucesiones y contractuales).

Para establecer cuál es la institución pertinente es necesario remitirnos al estado de la cuestión sobre el surgimiento de la vida y responder conforme a una decisión global de nuestro sistema. Así analizando el punto de vista constitucional, se evidencia que nuestro ordenamiento ha adoptado la teoría de la concepción. Entonces no se trata de que dicho ser merece la protección del ordenamiento jurídico como objeto *sui iuris*, sino como un sujeto de derecho. Así se da una posible respuesta a una discusión casi bizantina; decisión que es conforme a nuestra Constitución.

²⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. «Suspensión de la partición por heredero concebido». En: Código Civil comentado: por los 100 mejores especialistas. T. IV. Lima 2003-2005.

Rechazamos el *nomen iuris* de donación, es decir, contrato de donación; pues no consideramos que dicho acto se enmarque en el régimen patrimonial. Considero que lo que sería es un acto jurídico en general; acto jurídico en sentido estricto, si se quiere. Asimismo, dicha noción es falaz en el sentido de que no es acorde a nuestro ordenamiento y por otro lado implica una interpretación que excluye al crioconservado como sujeto de derecho y todas las ventajas que ello conlleva. Ello aun es más criticado, si recordamos los efectos favorables del concebido.

La postura de la “cesión” parecería ser una buena opción porque este término carece de contenido patrimonial. No obstante, que seguimos hablando de objetos de derecho. El concebido al ser sujeto de derecho goza de estos, a diferencia de un objeto por más especial que sea. Ya sedes constitucionales han llevado a afirmar dicha conclusión. Por ello sería contradictorio decir, por un lado, que el crioconservado es ser humano y, por otro, decir que se le da en cesión, como si fuera un objeto.

Sobre la posibilidad de adoptar al concebido así como al “embrión crioconservado”; consideramos que es necesario tomar en cuenta la situación del concebido dentro del vientre materno así como fuera. Así en un plano abstracto se podría decir que el concebido como sujeto de derecho puede ser adoptado. No obstante, en el plano fáctico, en cuanto al embrión dentro del vientre es complicado pensar en una mujer que dé a un embrión en plena gestación y que ella siga ejerciendo, en la práctica, la patria potestad. En cuanto al “embrión crioconservado”, al considerársele como vida humana, goza de los derechos extrapatrimoniales de un sujeto de derecho en general; derechos que se concentran en su misma dignidad; por lo tanto, podría ser adoptado. Ello en función de un estudio general de nuestro sistema y no solo en materia civil.

En materia de sucesiones ha quedado claro que el crioconservado puede ser titular de herencias, no obstante, a fin de evitar perjuicios para terceros se debe establecer un tiempo para su implantación. Entre otros problemas, opinamos que es necesario re direccionar lo que se entiende por adopción en nuestro medio; ello en fin de adecuarlo a nuestra realidad actual.

Por todo lo dicho, consideramos que la normativa del Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR es ajena a nuestra realidad jurídica; por lo cual, requiere una modificación. Esta debe tomar en cuenta al criopreservado como sujeto de derecho, regulándolo en cuanto a su situación especial; tomando en cuenta las cuestiones que hemos venido planteando en el presente trabajo.

9.- BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, Fernando. *Selección genética de embriones: entre la libertad reproductiva y la eugenesia*. Granada. 2007.
- ARIAS- SCHEREIBER PEZET, Max. "Donación". En: Exegesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II. Gaceta Jurídica. Tercera edición. Lima. 2002.
- BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI y BUSNELLI, *Derecho civil*, tomo I, volumen 1, traducido por Fernando HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992.
- CASTILLO FREYRE, Mario. "El Contrato de Donación". En: Tratado de los Contratos Típicos. Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima. 2005.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Gaceta jurídica. Lima. 1999.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas, concebido y personas naturales*. Tomo I. Grijley. 6° Ed. Lima, 2012.
- FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos: *En concebido en el Derecho contemporáneo*. En: <http://intranet.usat.edu.pe/usat/files/2011/01/Discurso-Sessarego.pdf>.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas, exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, Grijley. 11°ed., Lima, 2009.
- FERRERO, Augusto. *Tratado de Derecho de sucesiones*. Grijley. 6°ed. Lima. 2002.
- FIGEROA YÁÑEZ, Gonzalo. *El comienzo de la vida humana: el embrión como persona y como sujeto de Derechos*. En: Bioética y Derecho. Coordinadores: Salvador D. BERGEL y NELLY MINYERSKY. Buenos Aires. 2003.
- GETE-ALONSO Y CALER, Mª del Carmen. *Derecho de sucesiones*. Cálamo, Producciones Editoriales, S.L. España. 2006.
- LANDA Arroyo, César. *Constitución y fuentes del Derecho*. Palestra. Lima, 2006.
- MORALES Godo, Juan. *El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida*. En: Revista de derecho de la PUCP. N°. 58. 2005.

- NOVAK, Fabian; Salmón, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. IDEI. Fondo Editorial. PUCP. Lima. 2002.
- PACHECO CARDOSO, Marina. *A adoção do nascituro sob a égide do Código Civil de 2002*. En: *Direito & Justiça* .V. 35, n. 1. 2009.
- SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *Las dimensiones del derecho a la vida*. En: *Los derechos fundamentales, estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Gaceta jurídica. Lima. 2010.
- TORRES MALDONADO, Marco Andrei. «¿Mi papá es un donante?: El eufemismo del interés superior y la identidad del menor derivada de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida». En: *Revista Persona*. Universidad de Buenos Aires. n.º 90, 2013.
- VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique. *La muerte genética*. En: <http://www.derechoycambiosocial.com/rjc/REVISTA2/MUERTEGENETICA.htm>
- VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo IV: Derecho de la filiación. Gaceta Jurídica. Lima. 2013.
- VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Suspensión de la partición por heredero concebido*. En: *Código Civil comentad: por los 100 mejores especialistas*. T. IV. Lima 2003-2005.