

CONCUBINATO Y FERTILIZACION *IN VITRO*

Roger Rodríguez Iturri

A propósito de la dación del nuevo Libro de Familia del Código Civil, después de su lectura, se nos ocurre hacer dos reflexiones distintas, sobre aspectos, creemos, de la mayor importancia para el ámbito del derecho familiar.

Uno de ellos versa sobre concubinato. Problema difícil, de data muy antigua, y frente al que la excepcional tarea evangelizadora de la Iglesia, ayer y hoy, no ha podido conseguir erradicación.

De otro lado, la fecundación extra-uterina, que ha de provocar y provoca graves conflictos de moral, es un fenómeno nuevo, con variadas modalidades. Aunque experimentado en animales (como inseminación) hace siglos, hoy (como fecundación extra-uterina) obtiene impactantes éxitos científicos, que colocan al hombre frente a un futuro filial sin duda impresionante.

Veamos ambos asuntos

Científicos sociales sostienen que no están confirmadas las teorías que discuten la aparición de la familia.

En esa línea, la Escuela Evolucionista Clásica, afirma que la primera etapa de interrelación privada del hombre, la del “vagus concubitus”, estuvo marcada por un hetairismo tal que, hombre y mujer satisfacían sus apetencias sexuales, sin que exista conciencia alguna de la interrelación entre la fornicación, la cohabitación y el parto.

Que la “voubeergende paarung”, tampoco constituyó familia a nuestro estilo. Por ella el padre quedaba excluido del vínculo práctico-filial; en tanto que la relación madre-hijo sólo operaba hasta el destete.

La teoría evolucionista clásica afirmó que fue el matriarcado el tercer momento. La ginococracia (autoridad de la mujer), aparejada al poliandriso fueron las características de esta etapa. Sólo después habría aparecido, se dice, la huella de la familia patriarcal y con tendencia monogámica. Así se apreció en las tribus bárbaras y en los pueblos de Oriente.

Mas todo lo dicho, no es sino una manera de concebir el proceso y génesis de la familia en la historia. La teoría evolucionista moderna, se encarga de presentarnos otro proceso, distinto, en el que luego de la “voubeergende paarung”, tuvieron cabida la familia consanguínea (relaciones sexuales entre familiares), la punalúa (en la que se prohíbe la unión de sexos entre parientes), y la sindiásmica (un hombre opta por una favorita, sin perjuicio de tener varias mujeres), para arribar luego a formas matriarcales y patriarcales.

Todo ello, sin embargo, se contrapone con el análisis que la Escuela Histórico-Cultural, ha hecho en el mundo respecto a la familia. Foy Koppers entre otros, sostiene el origen monogámico y patriarcal de la familia, pero admite que la firmeza del patriarcalismo perdió solidez en la historia, a través de las fórmulas nucleares de la “sociedad familiar inestable” y la “familia estirpe”, en las que la implicancia económica no deja de tener efecto en el seno de la familia, para concluir tal proceso en tipos parentales de gobierno matriarcal.

Todos estos estudios no constituyen ilusión; no son parte de una suerte de ficción sociológica. Constituyen realidad en el mundo.

Existen no unidades, sino decenas y más formas para conceptualizar la familia en el mundo. No se trata de exotismos. Se trata del hombre y de su propia concepción, de su cosmovisión de lo social y lo vital.

Ralph Linton, el destacado analista de estas materias, en un estudio de la época, nos dice tratando el tema y recogiendo una muestra:

“Hay incluso sociedades que han excluido totalmente de las funciones de sus unidades de familia la satisfacción de las necesidades sexuales. Por ejemplo los nayares, no conceden lugar alguno en su sistema social a los esposos o padres.

Sus mujeres se casan, de acuerdo con la ley hindú, pero lo hacen con un extranjero y el matrimonio se da por terminado a los tres días, por medio de un divorcio formal.

El marido no vuelve a aparecer en escena. La satisfacción de las necesidades sexuales y la perpetuación del grupo se llevan a cabo por medio de una serie de amoríos informales que, aunque socialmente reconocidos, no establecen lazos permanentes entre los amantes o entre el hombre y sus vástagos. Si existe afinidad entre los amantes, las relaciones durarán mucho tiempo, pero siempre podrán darse por terminadas sin previo aviso. La mujer tiene un control absoluto de la situación, y puede despedir a su amante con el simple acto de devolverle su último regalo. Es libre de tener varios amantes simultáneamente, y tampoco exige al hombre mayor fidelidad. La verdadera unidad de familia en esta sociedad está compuesta por una mujer y sus hijos e hijas... La racionalización que los nayares dan para este sistema es la de que, siendo una casta guerrera, y viviendo sus hombres principalmente como mercenarios, es mejor para ellos no establecer hogares ni asumir los deberes de la paternidad ” (1).

No se trata de resaltar hechos sociales que resientan la seriedad del análisis. No. Todas estas, las mencionadas, y muchas más, son concepciones que el hombre practica en su grupo. No sólo porque responden a una, para él, muy valiosa tradición, sino porque inclusive, tantas veces, son consecuencia de su propia moral, y de su religión, presentes en la composición de la familia.

En nuestro caso, para el Código Civil recientemente promulgado, creemos que se ha hecho bien. Se ha regulado jurídicamente un tipo de familia en el Perú. Pensamos tal vez, el tipo familiar más importante, pero decididamente no el único.

Claro está nosotros respondemos, somos producto de un proceso. La familia que no es característica, la de la urbe local, es la

(1) “Estudio del Hombre”, Ralph Linton.

occidental, la cristiana y por ende monogámica. A nuestro derecho no le resulta históricamente extraña.

Pero algunos estudiosos del derecho, se sienten renuentes a legislar en una sola forma jurídica para variados conceptos y fenómenos familiares:

“No puede ser más profunda la base sociológica del derecho de familia que llega, como dice Saleyes, ‘al corazón mismo de las tradiciones populares’ cuya existencia, variantes y matices, se deben a factores económicos, políticos, culturales, religiosos y cuantos constituyen el ambiente dentro del que se forma y desenvuelve. Por ello parece lejano, si es que, como algunos estiman, insuperable, la unificación de esta parte del derecho civil...” (2)

Bevilaqua, sobre esta materia, y citando a Ihering, sostiene que “es tan imposible un solo remedio para todas las dolencias como un derecho único para todos los pueblos”.

La experiencia norteamericana, iniciada en 1892, a favor de la unificación del derecho privado, concluyó abruptamente en materia familiar, cuando el Presidente de dicha Comisión, Blunt, exclamó: “Nosotros no ensayaremos uniformar el derecho de familia”. Rey ocupándose de la misma cuestión agregó: “Ninguna de las diversas leyes sobre el matrimonio y el divorcio han sido adoptadas en más de cinco Estados. La organización de la familia es, en efecto, un punto que interesa más especialmente a las comunidades locales. Ella está, además, basada sobre tradiciones muchas veces muy antiguas, que conservan una fuerza considerable, a pesar de la evolución de la civilización...” (3)

El Perú no escapa a esta realidad. El fenómeno del *servinaky* existe comprobada y estadísticamente. Y responde, para cada caso, a reglas tradicionales, sociológicas, sino también morales y religiosas.

(2) “El Derecho de Familia en el Código Civil peruano”, Tomo I, Emilio Valverde.

(3) “El Derecho de Familia en el Código Civil peruano”, Tomo I, Emilio Valverde.

“Señálese, por lo demás, que este nombre (*servinakuy*), aunque es el más conocido como referencia en el Perú occidental, no es unánimemente utilizado por quienes practican esa forma de unión marital. La denominación varía según la región: se llama *warmichakuy* en el Cusco; *Ujtaña* y *servinakuy* en parte de Puno; *uywanakuy*, *serinaki* o *rinaykukuy* en Ayacucho; *phawaytinkuska* en Apurímac; *Ch'ampatigraqchay* en Huancavelica; *muchada*, *civilsa* o *civilia* en Junín; la *pañaca servinakuy* o *servicia* en Huánuco; *musiapanakrai*, *tinkunakuspa*, *wataynakuy*, *taatsinakuy*, *mansiba* o *servinakuy* en Ancash. No está, a nuestro juicio, suficientemente esclarecido si se trata sólo de diferentes nombres de un mismo fenómeno, o si aquéllos esconden fenómenos diferentes en aspectos esenciales”, dice el maestro Cornejo Chávez (4).

“A la pregunta: ¿cuántas personas conoce usted en la comunidad que se han separado durante el *servinakuy* sin llegar a casarse?, los informantes de Patabamba hablaron de 6 casos, los de *Kaluyo* de 2 y los de *Quisuni* de ninguno (Puno, prov. Melgar), y dieron los nombres de las personas e información complementaria que prueba la fidedignidad de la misma. Aunque no pueda hacerse una comparación por falta de datos estadísticos exactos, es indudable que es un porcentaje muy inferior al de los divorcios o separaciones en los matrimonios definitivos de la sociedad urbana”, nos dice el antropólogo Marzal en *Religión Campesina*”. (1977). (5).

E. Mayer y R. Bolton, han hablado, en 1980, con claridad y particular dedicación científica, sobre el parentesco y el matrimonio andino.

Mas no se vaya a imaginar que esta distinta forma de concepción matrimonial y familiar ubíquese sólo en la sierra y en parte de la costa peruana.

En nuestra amazonía se estima la presencia de unos 67 grupos etnolingüísticos que generaron el reconocimiento de aproximadamente 623 comunidades nativas, hasta ahora. Y se cuentan,

(4) “Derecho familiar peruano”, Tomo I, Héctor Cornejo Chávez.

(5) “Estudio sobre religión campesina”, Manuel Marzal.

sin precisión, 328 sin reconocer aún. Así dicese que la principal etnia de la amazonía está compuesta por la nación-tribu de los jíbaros, divididos en los grupos aguarunas, ashual y huambisas. Pues bien, a título de muestra digamos que los jíbaros son de tendencia poligámica, tienen 3 o más mujeres, y en sus guerras, muchas veces buscan apoderarse de más de ella (6).

Puesto en pocas palabras, hay en todo lo dicho, una circunstancia histórico-cultural arraigada y afirmada a través de los tiempos, que por su permanencia, su autenticidad, su nutrido valor sociológico, su genuina expresión de cultura mediante la riqueza de su manifestación vital, no puede ser soslayada por el derecho, a riesgo de merecer severa interpelación.

Y así como hay asuntos que siendo raíz en nuestra historia social, merecen la atención del Estado y su aproximación a la legalidad familiar, hay otros que ya se dibujan dentro del marco de la fenomenología social, y frente a los cuales el derecho no puede permanecer inerte a riesgo de parecer inútil. Veamos el fenómeno de la fertilización *in vitro*.

Largo es el tiempo desde que Hunter primero, 1790, después Sims, 1866, iniciaron, ambos en Inglaterra, sus experiencias de inseminación artificial humana para eliminar las condiciones de infertilidad de los cónyuges.

Hace ya 6 años que nació Luise Joy Brown. La primera niña-probeta. Está viva; tiene su familia; y camina las calles de Londres, capital del país donde nació.

Es consecuencia de la fertilización *in vitro*.

La fertilización *in vitro*, ha producido desde 1978 aproximadamente la existencia de 700 bebés-probeta en el mundo. Se estiman en 17 los países que tienen ya instaladas clínicas especializadas sobre la materia.

Al margen del delicado cuestionamiento moral que la materia

(6) "Amazonas", Tomo IV, responsable Pedro Cortázar.

implica, (“repútese inmoral la fecundación obtenida fuera del matrimonio; dentro de él, inmoral, la producida con elemento de tercero, y, en todo caso, resultará el juicio, de la naturaleza de los medios empleados”), los experimentos científicos siguen avanzando ágil y sofisticadamente.

El procedimiento de fertilización *in vitro* básicamente consiste, en la extracción del líquido folicular para aliarlo mediante complicados procedimientos al esperma masculino, uniendo los dos gametos para su posterior desarrollo en la cavidad uterina. La prueba ha alcanzado hoy algo más del 10o/o promedio de viabilidad, contra el 3 ó 4o/o de hace corto tiempo.

Estas investigaciones no son exclusividad de los llamados países científicamente desarrollados. Si bien algunos de ellos están marcando las pautas fundamentales, países tercermundistas vecinos, como Colombia y Chile, avanzan en las experimentaciones. Se afirma que a fin de año nacería en Colombia el primer bebé-probeta sudamericano.

El Perú ingresa por la puerta de estas experimentaciones. A fines de setiembre e inicios de octubre, ha sido sede del I Congreso Latinoamericano de Esterilidad y Fertilidad y del III Congreso de Reproducción, ambos eventos necesariamente vinculados a la materia. 600 médicos concurrentes de 20 países en un momento, escucharon las palabras de científicos latinoamericanos pioneros, en experimentación *in vitro*.

Dentro de las variadas conclusiones del evento, especialistas peruanos que incursionan en esta línea de la actividad científica, han afirmado públicamente que en un año (fines de 1985), Perú contemplaría el primer alumbramiento de un bebé-probeta en el país.

Al lado de legislaciones que como la noruega, sueca, danesa, portuguesa audazmente contemplan ya el caso, Costa Rica y Venezuela, también han dictado en forma de ley, incipientes pero interesantes principios jurídicos sobre la materia (7). Entretanto en

(7) “Inseminacao artificial humana as descobertas científicas ao direito brasileiro”, Arthur de Castilho Neto.

Londres, una comisión de expertos oficialmente designados por el Gobierno, acaba de recomendar su primer conjunto de normas jurídicas para el tratamiento de la materia. Paralelamente el Congreso norteamericano en el curso de los primeros diez días de agosto pasado, ha anunciado que se dispone al estudio jurídico y deontológico sobre la fertilización artificial.

No se trata sólo de agresivas experimentaciones científicas. De novedosas elucubraciones jurídicas y graves disquisiciones morales. El asunto ha ido a más.

Este año un tribunal parisino ha sido remecido por una petición. Corinne Parpalaix ha solicitado judicialmente al CECOS (Centro de Estudios y de Conservación de Esperma) devuelva el esperma congelado a su marido Alain, muerto en 1981 de cáncer a los testículos. A los 3 años de fallecido el cónyuge, la viuda ha decidido alumbrar un hijo de su marido muerto.

El juez Daucy, ha debido enfrentar variados problemas jurídicos. Entre ellos, analizar para el caso planteado, el régimen y efecto de la presunción “*pater is est quest nuptiae demonstrant*”, tipificada en el artículo 315 del Código Civil francés (*).

Sin posibilidad de eludir el pronunciamiento legal, luego de construir una interesantísima arquitectura jurídica para el caso, el pasado 1o. de agosto el Tribunal ha ordenado al CECOS, entregue el sujeto del litigio a la mujer reclamante. CECOS ha apelado de la sentencia, y se espera con expectativa no común la nueva decisión judicial.

Se presentan para un futuro pronto nuevos caminos a recorrer por el derecho de familia.

Al margen de la crucial pregunta: ¿tiene un científico, en nombre de la ingeniería genética, derecho a crear por laboratorio un embrión humano, y destruirlo luego según el imperio de la investigación?, surgen otros palpitantes cuestionamientos.

(*) “Art. 315: La legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio podrá ser impugnada”.

¿Si una mujer infértil da a luz el óvulo apto y procesado de una tercera, quién es la verdadera madre?

¿Tendrá personalidad jurídica un embrión congelado si los padres mueren?

Y si los padres de este embrión se divorcian, ¿cuál es el régimen de esas laminillas congeladas que entrañan vida?

¿Si como acaba de ocurrir en Australia, dos embriones congelados quedan “huérfanos” de una pareja acaudalada, podrán ser implantados en tercera mujer, para evitar una herencia vacante?

¿Cómo funcionará el régimen sucesorio?, etc.

Y debemos admitir que la ancestral institución de la adopción que podría enfrentarse como neutralizando a las fertilización *in vitro*, no siempre posee características que la identifiquen con ella, ni en el aspecto humano ni jurídico. Así, admitimos que, mientras el hijo adoptivo es biológicamente siempre un extraño, en uno de los supuestos más comunes de la fertilización *in vitro*, el hijo inseminado por tercero es *filius biológico* de la madre.

Estas experimentaciones *in vitro* pues, no sólo remecerán el derecho de familia y sus vínculos naturales con el derecho de las personas, de los menores y sucesiones. También la moral y la medicina deberán dialogar con el derecho penal, para evitar la posibilidad, tal vez remota, de que un científico enloquecido provoque la aparición de criaturas humanoides; y para que no se cumplan las palabras del profesor emérito de Ginecología por la Universidad de Glasgow, Ian Donald,: “sólo es cuestión de tiempo para que un bebe se desarrolle fuera del vientre materno. Podrían utilizarse animales. Puedo ver el día en que un bebe humano nazca de un chimpancé, algo que podría ocurrir dentro de unos años”.

Todo esto, lo primero y lo último, expuesto en este artículo, debe ser materia de análisis detenido para los juristas de la especialidad.

Primero, es imprescindible emprender a través del Estado y del intelecto particular, los más fluidos esfuerzos, para con inteli-

gencia y prudencia, incorporar al Estado de derecho y protección de la ley, las formas comunitarias de vida que con entera autenticidad prueban la sinceridad de sus costumbres. Comisiones oficiales y permanentes de juristas, antropólogos, etnólogos, sociólogos, religiosos y demás debieran abocarse pertinazmente a este tema.

Respecto al otro ámbito, el de las experimentaciones científicas y el derecho familiar de mañana, se requiere actuar con diligencia. Debemos esforzarnos para que el futuro no nos avasalle. Médicos, juristas y moralistas oficialmente designados, deben ya iniciar metodológicamente el seguimiento de los avances, de modo que pronto nuestro derecho se encuentre en condiciones de dar respuestas dignas a las nuevas circunstancias. La voz de la moral, respecto a fertilización *in vitro*, debe ser escuchada con toda atención y detenimiento.

En ambos casos, para el concubinato y para la fertilización artificial, las acciones del Estado en pro de soluciones adecuadas, no serán sino expresiones de respeto a la vida humana.