

VACÍOS LEGALES CON RESPECTO DE UN CASO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Un enfoque desde la perspectiva del análisis económico del derecho

*LEGAL LOOPHOLES IN A CASE OF ASSISTED REPRODUCTION.
A Law and Economics approach*

Patricia Carranza Chunga¹

Investigadora independiente

Lima, Perú

<https://orcid.org/000-0001-5986-5090>

patricia.carranza.chunga@gmail.com

Fecha de recepción: 05 de abril de 2022

Fecha de aceptación: 16 de junio de 2022

Resumen

La jurisprudencia peruana ha puesto en evidencia los vacíos jurídicos existentes en materia de derecho procesal familiar respecto de aquellos casos en los que se pone en práctica las Técnicas de Reproducción Asistida, tal es el caso de las consecuencias jurídicas de iniciar una acción de *negación del reconocimiento del hijo extramatrimonial concebido por reproducción asistida sin consentimiento y con la intervención de un donante anónimo de gametos masculinos*. En este sentido, encontraremos que el sujeto activo de la relación material se va a encontrar en una situación de disyuntiva donde la tutela del Estado a través de los órganos jurisdiccionales se presenta como la vía de solución adecuada para cubrir los altos costos de transacción que generan los vacíos legales respecto de los donantes anónimos de gametos masculinos. Sin embargo, lejos de hallar una solución al conflicto, el individuo se ve enfrentado a decisiones injustas que conllevan a nuevas situaciones que, contrariamente a lo esperado, le generan mayores costos de transacción.

Palabras Clave: Negación del reconocimiento, reproducción asistida, donantes anónimos, externalidades, costos de transacción.

1 Abogada por la Universidad San Martín de Porres, con estudios de Maestría concluidos en Derecho Procesal en la Escuela de Posgrado de la misma universidad.

Abstract

Peruvian case law has shown the legal loopholes in family procedure rules applicable to cases in which people use assisted reproduction techniques. A good example could be the legal consequences of taking legal action when a man refuses to acknowledge a child born out of wedlock who has been conceived by assisted reproduction without his consent and with the intervention of an anonymous sperm donor. In this regard, the active individual of the material relationship will face a dilemma where the State, through the judicial bodies, appears as the best suited to cover the high transaction costs resulting from the legal loopholes with regard to anonymous sperm donors. However, instead of finding a solution, people face unfair decisions triggering new situations that cause high transaction costs.

Keywords: *Refusal to acknowledge, assisted reproduction, anonymous donor, externalities, transaction costs.*

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

A medida que transcurre el tiempo, los individuos se enfrentan a una serie de cambios que se manifiestan mediante los constantes avances tecnológicos y científicos a nivel mundial. Ello obliga a que las diversas disciplinas se adapten a dichos cambios, de manera que los individuos de cada Estado puedan satisfacer sus necesidades libremente y, a su vez, siempre bajo los parámetros que establecen sus autoridades.

Pero ¿qué sucede cuando un Estado tarda en adaptarse a estos avances científicos y tecnológicos?, es decir, ¿cuáles son las consecuencias de negarse a aceptar los nuevos descubrimientos y la aplicación de estos en el territorio de un Estado, pese a que son de conocimiento general a nivel mundial? La respuesta es sencilla y, a su vez, lamentable: los individuos optan por desarrollar prácticas de manera informal, precisando sus propios parámetros llegando incluso, en algunos casos, a suplir la regulación estatal inexistente con protocolos y normas creadas por ellos mismos.

El presente artículo muestra solo parte de una extensa variedad de conflictos suscitados a consecuencia de la negativa del Estado a dar un paso adelante en la promulgación de normas que regulen las intervenciones médicas mediante las Técnicas de Reproducción Asistida, en aquellos casos en los que se requiere de su empleo para satisfacer la necesidad de procrear seres humanos cuando ello, por diversas causas, no es posible de manera natural, entre ellas, la infertilidad de uno de los padres o de ambos.

Se abordará el tema desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho frente a las lagunas normativas existentes en materia de derecho de familia y, por ende, en materia de derecho procesal cuando se trata de resolver este tipo de conflictos, considerando que, a nuestro parecer, la jurisprudencia nos demuestra que hasta el momento no se ha dado alternativas de solución realmente eficaces a los problemas propuestos, tal como lo demostraremos en el siguiente análisis.

II. ANÁLISIS DE UN CASO CONCRETO

El caso que analizaremos: *la negación del reconocimiento del hijo extramatrimonial concebido por reproducción asistida sin consentimiento y con la intervención de un donante anónimo de gametos masculinos* nos dará una idea más clara de cuáles son los costos que genera el solicitar la tutela del Estado para buscar una solución al conflicto y, a su vez, enfrentarse a decisiones injustas, ante la falta de una regulación determinada y clara.

Pues bien, el caso trata de una mujer que concibe un hijo extramatrimonial por reproducción asistida con la intervención de *un donante anónimo* de gametos masculinos sin el consentimiento de la pareja. Frente a dicha situación, la pareja de la mujer debería gozar de la facultad para acudir ante el Poder Judicial a fin de solicitar la tutela jurisdiccional efectiva que, por derecho, le corresponde al advertir que no es el padre biológico del menor que reconoció voluntariamente.

Partimos de la premisa descrita en la Casación N° 1622-2015- Arequipa que dispone que:

Para negar el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, se debe acreditar la inexistencia del vínculo biológico de quien ha reconocido al menor y, a su vez identificar al padre biológico, con la finalidad de acreditar la verdadera identidad biológica del menor. (Corte Suprema de Justicia, 2016, 30 de noviembre).

Ante tal circunstancia, el accionante encontraría ciertas limitaciones en el ejercicio pleno de sus derechos al momento de impugnar el acto de reconocimiento que se produjo en circunstancias en las que este no había tomado conocimiento de la práctica de reproducción asistida realizada por la madre quien, sin su consentimiento, concibe al menor a partir de la fecundación de sus óvulos con gametos de una persona desconocida del sexo masculino que actúa, en dicha práctica, como donante de esperma.

Pues bien, al no existir una normatividad interna que regule, de manera idónea, la práctica de técnicas de reproducción asistida para lograr concepción de seres humanos y las consecuencias que devienen de esta práctica, nos encontramos ante una serie de conflictos que deben ser resueltos únicamente con las paupérrimas herramientas legislativas con las que cuentan los operadores de justicia, y deben proceder mediante el uso de la interpretación y de la analogía, sobre la base de las cuales se establece el desarrollo jurisprudencial.

Empero, consideramos que además de los esfuerzos realizados por cubrir dichos vacíos normativos mediante la interpretación y la analogía, una alternativa de solución eficaz para este caso concreto la podemos encontrar en la aplicación de los conceptos de la economía.

2.1 Aplicación del Teorema de Coase

El Primer Principio de la Economía nos dice que *los individuos se enfrentan a disyuntivas*:

El reconocimiento de que los individuos se enfrentan a disyuntivas no nos indica por sí solo qué decisiones tomarán o deberían tomar. Un estudiante no debe dejar de estudiar psicología simplemente porque así tendrá más tiempo para estudiar economía. La sociedad no debe dejar de proteger el medio ambiente simplemente porque la legislación que lo regula reduce nuestro nivel de vida material. Los pobres no deben dejarse de lado simplemente porque si se les ayuda, se distorsionan los incentivos para trabajar. No obstante, es importante reconocer las disyuntivas que hay en la vida porque probablemente los individuos sólo tomarán buenas decisiones si comprenden cuáles son las opciones que tienen. (Mankiw, 2002, p. 4).

En tal sentido, de acuerdo a este principio, todos los individuos pasamos por un proceso de decisión sobre los bienes y servicios que deseamos para satisfacer nuestras necesidades con el uso de la menor cantidad de recursos. Para ello, pasamos por un proceso de racionalización de manera que seleccionamos cuál es la mejor opción para la satisfacción de dichas necesidades, con el mejor aprovechamiento de los recursos escasos. Es decir que se debe tener en cuenta el criterio de eficiencia para la selección de la mejor opción en la satisfacción de las necesidades, dado que los recursos son escasos.

El Poder Judicial intenta procurar su eficiencia y ha dado respuesta a los requerimientos sociales de sentencias más realistas. El derecho procesal

y la argumentación jurídica deben reaccionar aportando, a su vez, técnicas que permitan la continuación de dicha tarea en un marco de capacitación y seguridad jurídica. El análisis económico es una excelente herramienta para ello. (Sagües, 2010, p. 243)

Por lo tanto, debemos buscar incentivos de conducta más eficientes para lograr los fines de satisfacción de necesidades. En el caso que analizamos, nos enfrentamos a una situación de conflicto suscitada ante la falta de un marco legislativo que regule los actos de carácter jurídico que devienen de la práctica de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país. Pues bien, pese a que hemos encontrado que, a lo largo de los años, algunos legisladores preocupados por el tema han trabajado proyectos de Ley como por ejemplo el último *Proyecto de Ley 3313/2018 Ley que garantiza el acceso a Técnicas de Reproducción Humana Asistida*.

Sin embargo, dichos Proyectos no vieron la luz, con lo cual el tema en conflicto debe continuar tratándose con la aplicación del Art. 7° de la Ley General de Salud N° 26842 (2017), respecto del tratamiento en caso de infertilidad y la procreación mediante Técnicas de Reproducción Asistida; así como también, la aplicación del Código Civil en su Libro de Familia.

Dicho vacío legal genera una serie de conflictos de carácter subjetivo que, a su vez, generan en los individuos involucrados incertidumbre, pues no encuentran la forma de satisfacer su necesidad de amparo en relación a sus derechos vulnerados. En tal sentido, podemos deducir que las partes involucradas en el conflicto no siempre hallarán soluciones más eficientes mediante transacciones de carácter contractual, es decir, en el ámbito subjetivo.

De allí que los individuos necesitan una solución en el ámbito objetivo, para lo cual solicitan la tutela jurisdiccional del Estado a fin de ejercer su derecho de acción, con la finalidad de ver satisfecha su pretensión de amparo a sus derechos alegados en la demanda que dirigen a un tercero que resolverá el conflicto: el Juez.

Entonces, en principio, podríamos decir que el Órgano Jurisdiccional será el mecanismo más idóneo para cubrir los altos costos de transacción generados ante la inexistencia de un marco legal mediante el cual se pueda regular los conflictos en materia de derecho de familia relativos al empleo de las técnicas de reproducción asistida para la concepción de seres humanos. En ese sentido, se colige que, ante un vacío legal, la solución más eficiente será aquella que los individuos puedan obtener dentro de un proceso judicial

donde el juez resolverá el conflicto de intereses con relevancia jurídica emitiendo una sentencia ajustada a derecho.

Al llegar a este punto, nos detendremos a pensar entonces en el caso sujeto de análisis. ¿Qué sucede cuando se lleva a cabo la concepción de un hijo extramatrimonial por reproducción asistida con la intervención de *donantes anónimos* de gametos masculinos? Hemos mencionado anteriormente que, ante el vacío legal que regule estas situaciones, la solución más eficiente será aquella que el Juez considere en base a su criterio de razonabilidad, justicia y a la libre valoración de las pruebas.

De la revisión de la jurisprudencia nacional respecto de aquellos conflictos sobre filiación y otros conflictos en temas de familia que se producen a consecuencia de la reproducción asistida, encontramos que los jueces han optado por aplicar el criterio de integración por analogía, tales como los criterios establecidos en la Casación N° 4323-2010-Lima o en la Casación 864-2014-Ica. Es el caso que cuando existe un supuesto de hecho "X" al cual le corresponde una consecuencia jurídica "C" previamente establecida en una norma legal, cuando se presenta el supuesto de hecho "Y" acaecido en la realidad problemática que resulta semejante al supuesto de hecho "X", los jueces no dudan en aplicar la misma consecuencia jurídica "C".

Es decir, frente a las situaciones de conflicto suscitadas en el ámbito del derecho de familia a consecuencia del empleo de la reproducción asistida como medio para procrear seres humanos, encontramos que los Jueces optan por aplicar las normas de derecho de familia preestablecidas en la regulación nacional, de manera que buscan llenar los vacíos normativos existentes mediante la integración por analogía.

En ese sentido, nos encontramos ante un nuevo problema, pues consideramos que, muchas veces, la solución más eficiente no se halla en la aplicación por analogía de las normas preestablecidas sobre derecho de familia, ya que, en lugar de dar solución al conflicto, se producen decisiones que antes bien confrontan al individuo que solicita la tutela del Estado con nuevas situaciones que lo limitan en su derecho de defensa, obligándolo a permanecer en una posesión de estado que no desea.

En este caso concreto, el supuesto padre engañado desea impugnar un acto jurídico que él mismo realizó de manera voluntaria, pero movido por el engaño de la madre. Frente a ello, existe un mecanismo legal que le permite negar el reconocimiento de paternidad en estas circunstancias; pero, qué pasa cuando la propia jurisprudencia ha determinado que, para negar el

reconocimiento de un hijo extramatrimonial, se debe acreditar la inexistencia del vínculo biológico de quien ha reconocido al menor y, *a su vez, identificar al padre biológico, con la finalidad de acreditar la verdadera identidad biológica del menor.*

Es decir, que el Estado le otorga al individuo los mecanismos necesarios para poder accionar en un proceso de negación de paternidad, empero finalmente este nunca podrá ver amparada su pretensión porque, dadas las circunstancias del caso, resultará imposible acreditar la verdadera identidad biológica del menor mediante la identificación plena del padre biológico, como ocurre en el caso descrito en la Casación 4323-2010-Lima; ello por cuanto, como ya se ha manifestado en la descripción del caso, se trata de una intervención médica de procreación asistida con gametos de un *donante anónimo*. El mismo resultado se puede verificar en otros casos similares tales como la Casación 5003-2007- Lima, Consulta N° 11676-2016-Arequipa, Consulta N° 7466-2016-Lambayeque, Expediente 183515-2006-00113 del Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia de Lima - Sentencia del 6 de enero del 2009, Casación 2151-2016- Junín; casos en los cuales cuando se aplica el control de constitucionalidad, prevalecen los principios y normas de protección especial del niño.

Frente a ello, el accionante se encuentra involucrado en un nuevo conflicto que, finalmente, no presenta solución legal alguna, por lo que debe someterse a decisiones judiciales aparentemente injustas para él y por tanto ineficientes, pues en lugar de hallar los beneficios deseados, le generarán mayores costos.

2.2 Los costos de transacción generados en el caso concreto

1. El costo social, se produce una afectación al supuesto padre que fue engañado; asimismo, se produce una afectación directa al menor pues su identidad es incierta.
2. El costo que generan los vacíos legales, pues actualmente no existe norma legal que regule de manera completa el tema de la filiación y otras a consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y, por ende, tampoco existe regulación en el ámbito procesal.
3. Los costos en materia económica que genera la problemática, pues el supuesto padre afectado debe iniciar un proceso judicial con el fin de ver amparada su pretensión.

4. El costo en términos de tiempo que debe esperar el accionante para ver amparada su pretensión.
5. El costo generado en términos dinerarios a consecuencia del pago de una pensión de alimentos a favor del menor.
6. El costo de la falta de predictibilidad de las decisiones judiciales, lo cual, en el caso concreto, conlleva a que se decida aplicando la integración por analogía, lo que conlleva a que el accionante obtenga decisiones injustas que imponen nuevas prohibiciones, convirtiendo en imposible la satisfacción de su necesidad de amparo a su petición.
7. El costo de no poder determinar la identidad biológica del menor, pues cuando el donante del gameto masculino es anónimo, resulta imposible que el demandante pueda negar su reconocimiento.

2.3 Las externalidades generadas en el caso concreto

“Una externalidad es un costo (o un beneficio) no contratado. O, dicho de otra manera, un costo que uno le genera a un tercero.” (Bullard, 2019, p. 96). Esta, a su vez, puede ser de dos tipos, positivas o negativas. Las externalidades positivas son aquellas que generan resultados esperados y reducen los costos de transacción. Las externalidades negativas son aquellas que generan resultados no esperados e incrementan los costos de transacción.

En el caso que se analiza, hemos señalado que la jurisprudencia ha determinado que, para negar el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, se debe acreditar la inexistencia del vínculo biológico de quien ha reconocido al menor y, *a su vez, identificar al padre biológico, con la finalidad de acreditar la verdadera identidad biológica del menor.*

Pues bien, dicho requisito representa una externalidad negativa no deseada por el accionante, pues limita sus posibilidades de éxito en el proceso de negación del reconocimiento del hijo extramatrimonial concebido por reproducción asistida sin consentimiento y con la intervención de un donante anónimo de gametos masculinos. Asimismo, podríamos decir que un fallo negativo tendrá como consecuencia que el accionante deba asumir obligaciones no atribuibles a su persona.

Por otro lado, encontramos que, en términos generales, la inexistencia de una base legislativa sobre la identificación del padre biológico (donante de los gametos) representa, a su vez, una externalidad negativa tanto para el menor que tiene derecho a su identidad, como para el accionante que busca negar su paternidad mediante un proceso judicial en ejercicio de su derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

2.4 La necesidad de información para operar eficientemente

Una de las posibles alternativas de solución para corregir las decisiones judiciales injustas en el caso previsto sería dotar de información al accionante y/o al Juez. Esto es, la identificación del padre biológico con la finalidad de acreditar la verdadera identidad biológica del menor; para ello, lo que se busca es la develación de la identidad del donante anónimo de gametos masculinos.

Sin embargo, en este punto, nos enfrentamos a la disyuntiva entre mejorar la información disponible, es decir, el derecho a conocer la identidad del menor a través de la develación de la identidad del donante anónimo, y la necesidad de restringir el nivel de invasión a la esfera privada y la difusión de esta información, es decir, el derecho del donante a no develar su identidad.

La develación de la identidad del donante anónimo se convierte en información relevante, pues ante la existencia de vacíos normativos, encontramos que se podría hallar una solución a los problemas que se suscitan en el ámbito de protección de los derechos del menor tal como el derecho a la Identidad, y el derecho al Interés Superior del Niño; igualmente, en el ámbito del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de aquel que lo reconoce y que, posteriormente, ejerce su derecho de acción negando su paternidad.

III. CONCLUSIONES

1. La identificación del padre biológico con la finalidad de acreditar la verdadera identidad biológica del menor conlleva a que se eleven los costos del proceso, pues el Juez emitirá una decisión que dista mucho de lo esperado por el accionante generando daños que se manifiestan en la vulneración de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y a un debido proceso.
2. Las lagunas normativas limitan la develación de la información relevante que proporcionaría las mejores alternativas de solución

al conflicto, de manera que la pretensión del accionante se vea satisfecha.

3. Las óptimas soluciones se obtienen del análisis que deben realizar los jueces para cada caso concreto, haciendo uso de la facultad tuitiva que caracteriza a los procesos seguidos en materia de derecho de familia, de tal manera que se logre atender eficientemente el petitorio del accionante, y se evita así recurrir a aquellos formalismos que finalmente resultan ser limitantes.

REFERENCIAS

- Bullard G., A. (2019). *Análisis económico del derecho*. (1ra Ed.). Fondo Editorial PUCP. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170692/35%20An%C3%A1lisis%20econ%C3%B3mico%20del%20derecho%20con%20sello.pdf?sequence=6&isAllowed=y>
- Congreso de la República del Perú (1984, 25 de Julio). *Decreto Legislativo 295. Código Civil*. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682684>
- Congreso de la República del Perú (2018, 07 de Setiembre). Proyecto de *Ley 3313/2018. Ley que garantiza el acceso a Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. <https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2016.nsf/9f4082845d6ec60e052578e100829cc3/d11e4af4ef8f8e1805258301005ea64a?OpenDocument>
- Congreso de la República del Perú (1997, 20 de julio). *Ley 26842. Ley General de Salud*. Diario Oficial El Peruano N° 6232. <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/26842.pdf>
- Mankiw, N. G. (2002). *Principios de economía*. (2da Ed.). Mc Graw-Hill. https://claseseconomia2015.files.wordpress.com/2015/04/mankiw_principios_segundaed.pdf
- Sagües, M. S. (2010). El análisis económico del derecho (AED) en la jurisdicción constitucional: ponderación de la Unidad de AED de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Revista Pensamiento Constitucional*, 14 (14), 243. <http://revistas.>

pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3048/2895

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Corte Suprema de Justicia (2016, 30 de Noviembre). Casación 1622-2015- Arequipa.

Corte Suprema de Justicia. Casación 864-2014- Ica

Corte Suprema de Justicia. Casación 2151-2016- Junín

Corte Suprema de Justicia. Casación 4323-2010-Lima

Corte Suprema de Justicia. Casación 5003-2007- Lima

Consulta N° 11676-2016-Arequipa

Consulta N° 7466-2016-Lambayeque

Expediente 183515-2006-00113 del Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia de Lima - Sentencia del 6 de enero del 2009.