

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN MATERNA, RESPECTO A UN EMBRIÓN FECUNDADO CON TRES ADN EN EL PERÚ

*Fernando Valencia Chuquiruna*¹²

*Karina Velásquez Barrera*¹³

RESUMEN

La vida humana comienza con la concepción, cuando se habla de vida humana se hace referencia a la existencia de la persona, al hablar de vida humana es hablar de ser humano y del proceso que implica su desarrollo. En los últimos veinte años se ha venido comentando a cerca de la fecundación humana asistida que surge como una opción para aquellos hombres y mujeres que padecen de infertilidad y no pueden procrear ni concebir por problemas patológicos o fisiológicos, y de esta forma lograr que las personas tengan descendencia con la ayuda de la ciencia y tecnología médica estas técnicas han logrado su regulación jurídica como Alemania, Australia, Estados Unidos. España, Gran Bretaña, Noruega, Dinamarca. En nuestro país las TERAS no han logrado su regulación jurídica, debido a que se han planteado un sinnúmero de interrogantes y problemas desde la perspectiva, ética, moral, social y jurídica, para un sector importante considera que los embriones concebidos extrauterinamente son tan sujetos de derecho como los fecundados de forma natural, rechazando

¹² Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Perú.

¹³ Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Perú.

que los primeros deban quedar desprotegidos a falta de regulación sobre al materia, es por ello que no se debe excluir a los embriones in vitro o fecundados artificialmente, lo que hace que en los casos de fecundación o concepción artificial lleguen a tener la calidad de sujetos de derecho. Al no tener una regulación jurídica las técnicas de reproducción humana y como el derecho como ciencia no es estático se debe adecuar a los cambios sociales, culturales, políticos, económicos y científicos; es donde se exige que las normas jurídicas sean revisadas periódicamente, y llegar a un consenso para poder determinar la filiación materna frente a un embrión que ha sido fecundado mediante la fertilización in vitro y además se han utilizado tres ADN.

Palabras Clave: Fertilización in Vitro, Filiación Materna, Reproducción Humana Asistida, Fundamentación Jurídica.

INTRODUCCIÓN

Si se fundamenta Jurídicamente la Filiación materna en un embrión fecundado con tres ADN en el Perú, entonces la filiación quedará determinada en la madre.

Los avances en la ciencia y tecnología han dado lugar a que la infertilidad en los seres humanos ya no sea un problema, tal es así que ya se habla de la fertilización in vitro con tres ADN, lo que conlleva a plantear interrogantes desde la perspectiva, ética, moral, social y jurídica, de allí la necesidad de un serio, profundo, amplio estudio y debate sobre la temática de las técnicas de Reproducción Humana y Asistida a la luz de las instancias jurídicas, éticas y sociales a fin de abordar a una adecuada normatividad, jurídica acorde a nuestra realidad socio cultural y al avance científico.

Este tema es considerado importante y trascendental sobre todo desde el aspecto humano y jurídico frente a la imposibilidad de parejas que por deficiencias y anomalías orgánicas no pueden concebir de modo natural expresando la intención del varón y la mujer común pareja es la de ser padres, este tema también resulta importante por los problemas, cuestiones y consecuencias jurídicas que llevan a plantear en la legislación civil peruana la práctica de las TERAS. Además planteamos la interrogante en el sentido de que a quien se le estaría concediendo la filiación materna en este caso ya que intervienen gametos de dos madres, por lo que se tendría que buscar los fundamentos jurídicos que determinen dicha filiación debido a que en nuestro país no existe regulación jurídica para la práctica de este tipo de técnicas y las consecuencias que ello trae.

MÉTODOS

1. EXÉGESIS JURÍDICA

En la aplicación de la fecundación in vitro se produce una situación en la que se estaría vulnerando la protección legal que recibe la vida humana; con la finalidad de explicar esta situación y delinear una posible solución comencemos explicando los alcances del derecho y cómo es que se estaría produciendo esta vulneración.

Como se sabe, el derecho a la vida es un derecho fundamental dentro de los derechos de la personalidad, es “esencialísimo”, siendo un bien jurídico con protección constitucional consagrado en el Art. 2º.1 de la Constitución de 1993. Así Sáenz Dávalos con el grueso de la doctrina nacional nos dice que: “la vida se identifica como el atributo natural primario por excelencia por cuanto de su reconocimiento depende la

realización de otros derechos o libertades. Es por consiguiente de la individualización de la vida que nace el derecho a poseerla así como la posibilidad de que otros atributos personales, alcancen la opción de potencialización”.

Tal consideración es expresión del personalismo⁴⁵, que se constituye en el supuesto ideológico de fondo que fundamenta todo el engranaje constitucional y, desde luego, el propio ordenamiento jurídico que lo desarrolla, es antes y por encima que nada: La persona, esto es, es la expresión de aquella básica idea que reza que “el Estado es para el hombre y no el hombre para el Estado”.

El derecho a la vida se conceptualiza como “el derecho a la propia existencia físico-biológica del ser humano” que nuestro Código Civil acoge en su artículo 5 como uno de carácter irrenunciable que no puede ser objeto de cesión no pudiendo sufrir limitación voluntaria su ejercicio. Al respecto Carlos Fernández Sessarego afirma: "El derecho a la vida es primordial entre los derechos atinentes a la persona y el presupuesto indispensable de todos los demás. De no existir el derecho a la vida carecería de sentido referirse a la constelación de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico para la protección y tutela de la persona humana".

Ahora bien, el artículo 1º de nuestro Código Civil establece que la vida humana comienza con la concepción y que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. Entonces, debemos preguntarnos ¿si existe vida humana real en el cigoto o huevo fecundado in vitro (en la probeta) con similar o igual protección jurídica que la persona nacida? Esto

es, se debe responder a la pregunta ¿cuándo o en qué momento comienza la vida del ser humano? Esta pregunta es fundamental pues para que la fecundación in vitro tenga éxito y dado el aún alto costo del procedimiento cuando se extraen las células reproductivas tanto del hombre como de la mujer, no se extrae una sino varias; de la misma forma, cuando se fecunda, no se trabaja con un solo óvulo sino que se fecundan varios, así que primero se implanta uno de ellos, y si este no se desarrolla como se espera se van insertando los restantes, son estos óvulos fecundados en espera los que se llaman los “óvulos supernumerarios”, siendo el desecho de los mismos la situación que significaría la vulneración del derecho a la vida.

Encontrarle respuesta a la primera pregunta de las planteadas en el párrafo anterior —la que interroga sobre si en el feto o embrión existe vida humana con protección jurídica— ha sido una constante preocupación del hombre, quien desde la aparición de las primeras culturas, que intuían el problema y de forma rudimentaria intentaron explicarlo a través de mitos y leyendas; para luego, con el avance de las ciencias antiguas se sostuvo que el embrión recibía el aliento vital al momento de nacer; empero, sería Aristóteles quien afirmara que el feto ya es un ser con vida propia; más tarde, bajo la influencia del cristianismo se indicaba que éste adquiriría la vida con la infusión del espíritu, y esto ocurra de la siguiente manera: cuando el feto era varón lo adquiría a los cuarenta días de la concepción, mientras que cuando eran mujeres se producía en torno al tercer mes. Por ello, precisar cuál es el momento en que se da la génesis de la vida humana ha sido un tema de constante discusión en los círculos filosóficos, teleológicos, científicos, jurídicos y otros.

2. HERMENÉUTICA JURÍDICA

La complejidad de la tarea del jurista radica en poder lograr la transposición del lenguaje corriente al lenguaje jurídico. Dicha actividad se realiza a través de las normas, expresiones de carácter formal que representan conductas de hombres que conviven y se interfieren. Como nos enseñan Loyarte y Rotonda todos los problemas interhumanos pueden ser traspuestos en problemas jurídicos.

Esta transformación semántica de la realidad cotidiana en una realidad jurídica, generalmente se produce acompasadamente. No obstante, los avatares de la ciencia han desequilibrado y descompaginado el ritmo normal del legislador. Algunos doctrinarios sostienen que la falta de texto legal expreso presenta una “laguna” del derecho. Por el contrario, Carlos Cossio postula que el ordenamiento jurídico delega a la decisión del juez la tarea de resolver el caso puntual, de donde la sentencia se transforma en una norma de carácter individual.

De esta manera, se considera que el ordenamiento jurídico de un Estado es pleno, ya que se reafirma el axioma de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido”.

En este sentido, podemos afirmar que el jurista no necesita contemplar puntillosamente todos los casos que se presenten en la vida cotidiana de la sociedad. Sin embargo, no legislar sobre ciertas conductas caracterizadas como no valiosas, conlleva el peligro de que sean reputadas lícitas por no estar expresamente prohibidas.

Los complejos problemas que presenta la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida determinan que la prudencia sea la regla a que deben atenerse tanto el doctrinario que investiga sobre estos temas, como el legislador que debe sancionar la norma reguladora.

En primer lugar, debemos tener presentes el principio jurídico de que la persona humana comienza su existencia como tal desde el momento mismo de la concepción concordante con el de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el entendido de que el embrión humano tiene la condición jurídica de una persona, desde el momento de la fecundación del óvulo, en el seno materno o en una probeta, y por lo tanto, merece ser respetado y protegido.

En segundo lugar, debe priorizarse el interés del hijo que se pretende crear, su interés físico, moral, jurídico por encima de la aspiración del individuo a tener descendencia. El menor tiene derecho a una familia idónea para la formación de su personalidad. Este principio se encuentra consagrado en los arts. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño.

Por último, debido a que la concepción natural de un hijo por la unión física de un hombre y una mujer, es el modo normal de procreación humana, se deriva que estas técnicas de fecundación artificial, deben ser ejecutadas con carácter excepcional, y no como una variante alternativa de procreación. Deben adoptarse como recurso terapéutico, una vez comprobada médicamente la infertilidad de alguno de los miembros de la pareja, o patologías o disfunciones que impidan lograr la procreación de manera natural.

Finalizando, el derecho de familia no debe someterse ciegamente al progreso de las ciencias biomédicas. Indudablemente, existe una influencia entre la realidad jurídica y la realidad social, pero es la ley la que debe guiarnos, cumpliendo una función orientadora, estableciendo parámetros y límites a la manipulación de gametos y embriones, estableciendo organismos que controlen y que se aboquen en miras al cumplimiento de aquellos valores éticos que aseguran la dignidad y el respeto de la persona humana, garantizando el derecho a la vida y a la libertad.

Por lo que se sostiene la necesidad de reclamar una legislación en la cual primen los intereses de los verdaderos protagonistas de estas técnicas de reproducción humana asistida: los de la persona por nacer, y los de la mujer que se somete a dichas prácticas por cuanto es sobre su cuerpo donde se desarrollan las mismas. Una legislación de carácter restrictivo- que respete estos pilares será la más compatible con los principios que animan nuestro ordenamiento jurídico.

3. DOGMÁTICA JURÍDICA

En el Perú, al igual que en otros países, no hay aún una ley de reproducción asistida. Sin embargo, existen numerosos centros privados que ofrecen tratamientos de reproducción asistida de alta y baja complejidad y se rigen básicamente mediante autorregulación, difiriendo en los tipos de tratamiento, los costos y el enfoque de prácticas problemáticas. Se atiende a parejas casadas, unidas de hecho o a mujeres solas. Las clínicas que ofrecen tratamientos de alta complejidad incluyen tanto la posibilidad de acudir a la ovodonación, el diagnóstico preimplantatorio y la crioconservación de embriones. El sistema público de salud solamente

brinda acceso a tratamientos de baja complejidad a parejas casadas o unidas de hecho. El acceso a los tratamientos contra la infertilidad ha sido considerado dentro de los derechos reproductivos y, lógicamente, del derecho a la salud, a beneficiarse de los adelantos de la tecnología y al proyecto de vida.

La Ley General de Salud contiene una cuestionada norma relativa a la reproducción asistida que dispone: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. (Moris, 1998), Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Con el pasar de los años se ha producido un gran progreso en el área de la reproducción asistida, especialmente desde el nacimiento de Louise Brown en Inglaterra en el año de 1978, primer bebé producto de la fusión extracorpórea de gametos y gracias a la tenacidad y profesionalismo de los pioneros en esta técnica, los doctores Robert G Edwards y Patrick Steptoe. Las técnicas de fertilización in vitro (FIV) de "tres padres" están diseñadas para ayudar a familias con fallas genéticas particulares que quieren evitar transmitir enfermedades incurables a sus hijos.

Esta fecundación in-vitro por tres padres ya tenía antecedentes. En 2001, investigadores de Nueva Jersey lograron devolver la fertilidad a una mujer tras sustituir el tejido del citoplasma del óvulo dañado por el de otra mujer sana. Su aplicación fue un éxito en los 20 casos que se aplicó.

El reemplazo mitocondrial consiste en intervenir en el proceso de fertilización para retirar ADN mitocondrial defectuoso, el cual puede provocar condiciones hereditarias como problemas cardíacos fatales, insuficiencia hepática, trastornos cerebrales, ceguera y distrofia muscular. Las mitocondrias actúan como pequeñas baterías que generan energía dentro de las células y alrededor de uno de cada 6.000 bebés en todo el mundo nacen con problemas mitocondriales graves, este potencial tratamiento también es conocido como FIV de tres padres debido a que el bebe tendría genes de la madre, del padre y de una mujer donante.

Peter Braude, profesor de ginecología y obstetricia del King's College de Londres, señala: "Ante la ausencia de cualquier tratamiento efectivo, las terapias de reemplazo mitocondrial (...) ofrecen gran esperanza a familias afectadas por desórdenes mitocondriales"

En nuestro país no hay leyes ni protocolos médicos que regulen la fertilización asistida, para algunos constitucionalistas, estas consideraciones médicas devolverían los cuestionamientos a la fertilización in vitro al ámbito legal, e incluso al de la conciencia de los propios padres, médicos y autoridades.

CONCLUSIONES

- Existe la necesidad de replantear la articulación legal del sistema peruano sobre el cual se define la filiación, como las particularidades de la generación de un nuevo ser por vía de la fecundación asistida, valorando la prueba de ADN en los procesos de impugnación de la maternidad, dado que el dato genético es insuficiente para definir la maternidad legal cuyos conceptos deben ser reconstruidos a la luz de un cuidadoso análisis bioético, para evitar soluciones reñidas a la justicia y el interés superior del niño.
- Tomando como ejemplo la legislación española donde señala lo referente a la filiación del niño por fertilización in vitro pero en este caso sería con respecto a un embrión fecundado con tres ADN.
- Se debe lograr un marco legal de acuerdo con las necesidades reales, teniendo como horizonte el bienestar de las personas y la dignidad humana.

REFERENCIAS

- Fernández Moris, J. (1998). *Procreación Humana Asistida*.
- Gorski, V. M. (2007). *Bioética y Derecho*. Barcelona: Editorial UOC.
- Pardo, A. (1993). *La Fecundación in Vitro y la Filiación*. Revista Mundo Cristiano.
- Pedro, S.-B. (2012). *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*. Lima.
- Vargas, M. G. (1993). *La fecundación in Vitro y la Filiación*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.