
From the Selected Works of Enrique Varsi Rospigliosi

Spring November, 2010

Filiación y reproducción asistida

Enrique Varsi, Dr.



SELECTEDWORKS™

Available at: http://works.bepress.com/enrique_varsi/20/

Filiación y reproducción asistida

POR ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI

Sumario: I. Introducción. II. Definición y aproximación. III. Casuística. IV. Fecundación homóloga. V. Fecundación heteróloga. VI. Maternidad subrogada. VII. Cesión mixta o conjunta. VIII. Clonación. IX. Consideraciones finales.

I. Introducción

La reproducción asistida representa una ventaja para aquellas parejas que adolecen de infertilidad permitiéndoles una descendencia biológica pero genera, a la vez, una serie de inconvenientes en materia legal: su calificación como derecho de la persona, su calidad de acto de libre disposición del cuerpo humano, la reducción y desplazamiento de la adopción y los intrincados problemas filiales.

Es aquí donde la determinación de la filiación se presenta como un tema recurrente. Y es que las normas jurídicas fueron pensadas y estructuradas en base a la reproducción natural hace bastantes siglos atrás.

Es con el *boom* de la procreática que empiezan a surgir los problemas que, en antaño, eran imprevisibles y que hoy son una realidad. Reproducción asistida y filiación son problemas cotidianos, que van en aumento, creciendo inconteniblemente. Requieren del interés, de una solución eficiente y eficaz en beneficio del ser humano, de la familia y de la sociedad frente al avance de las técnicas de reproducción asistida.

II. Definición y aproximación

El tratamiento de la determinación de la filiación en las relaciones surgidas de las técnicas de reproducción asistida precisa tener claramente establecidos ciertos conceptos que han ido evolucionando como consecuencia del avance científico.

1.1. Procreación y filiación

La procreación natural es un acto biológico tan humano que implica la participación conjunta (*pro-crear*). Fueron dos quienes engendraron a

uno. Ese “uno” necesita conocer a esos “dos” o a uno de los dos. Mis orígenes, mis padres, mis raíces, nada como sentirse identificado con sus ascendientes que nos dieron la vida. Pero, la unión sexual, la procreación matrimonial y la veracidad de la madre fueron destronadas por la procreática.

La filiación es consecuencia de reproducción. Esta puede ser natural o asistida. En el primer caso no se presentan mayores problemas (salvo los referidos a la determinación de la filiación extramarital hoy solucionados con el ADN). Es la reproducción asistida la que genera inconvenientes que, en muchos casos, se condicen con los planteamientos legales tradicionales y con el biologismo imperante.

La tendencia actual es que el aporte de la ciencia genética en la determinación biológica de la paternidad con el ADN se aplique sólo y exclusivamente a la filiación por naturaleza (la matrimonial y la extramatrimonial), mientras que la voluntad y el afecto (socioafectividad) sea la base para la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida.

1.2. Determinación de la filiación

Consiste en el establecimiento jurídico de la filiación adecuándosele a su fundamento natural: la procreación. Esta es el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paterno filial.

Sin embargo, esta relación puede constituirse sin hecho biológico (filiación sin procreación: adopción) o existir hecho biológico y no filiación (procreación sin filiación: expósitos) o no existir una procreación y una filiación por determinarse (reproducción asistida y filiación indeterminada).

El problema surge cuando se intenta correlacionar el vínculo biológico con el jurídico. Mientras el biológico es natural, ilimitado y reservado en su determinación, el jurídico es creado, limitado y concreto en su establecimiento. Hasta cierto punto, como vemos, se contraponen.

1.3. Derecho a conocer nuestra identidad

Es la facultad del ser humano sustentada en el principio de la verdad biológica que le permite saber quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible.

Entre la identidad personal y la realidad biológica existe una relación mediante la cual un sujeto encuentra su ubicación en una familia y obtener el emplazamiento que le corresponde, el derecho a saber quiénes son sus padres.

Las técnicas de procreación afectan este derecho y no puede negarse a una persona la facultad a establecer el cuadro de su identidad cuando en su generación ha estado de por medio la asistencia reproductiva.

1.4. Verdad biológica

Se sustenta en la biología, en la transferencia de genes entre progenitores y generados, *favor veritatis*. Utiliza el presupuesto biológico o genético de la filiación dejando de lado el aspecto social (verdad social, verdad de vida, verdad vital representada en la posesión de estado, conocido como la verdad sociológica o el vínculo socioafectivo que trata el sistema brasileiro, como veremos luego).

El sistema legal tiende a ello favoreciendo la determinación de la filiación conforme a la realidad biológica.

Hay dos sistemas de regulación de la filiación: el realista, tiende al buscar la coincidencia entre la verdad biológica y la jurídica facilitando la investigación de la paternidad y, el formalista, que da importancia a la paz familiar preservando el vínculo de familia matrimonial, frente a lo cual limita la investigación de la paternidad.

1.5. Verdad formal

Se sustenta en el principio voluntarista. El consentimiento marca la obligación y responsa-

bilidad de las personas que autorizaron la técnica de procreación quienes no pueden negar, luego, su compromiso.

Autorizada la técnica y admitida la filiación ésta no se determina por las pautas de la naturaleza sino por la declaración de voluntad. El principio voluntarista se sobrepone a la verdad biológica considerando que esta no es un valor absoluto, si se toma en cuenta las relaciones fácticas y el deseo de las partes. *Favor affectionis vs. favor veritatis* es lo que prima, la voluntad y la responsabilidad, reafirmando al "padre de derecho".

La verdad formal se aplica en la procreación asistida heteróloga en la que se prefiere la voluntad frente a la sangre.

La pregunta latente y de siempre es ¿Cuál debe tenerse en cuenta?

La filiación se determina a favor de aquel que, sin aportar sus gametos, asiente que su pareja recurra a la técnica de reproducción. Existe una disociación entre la paternidad y maternidad biológica y la filiación legalmente establecida.

Para adecuar las normas legales a los requerimientos de los usuarios se consideran dos excepciones al principio de veracidad: Inimpugnabilidad de la filiación y el anonimato del cedente.

1.6. Procreación asistida y filiación

En el sistema de filiación común la paternidad se sustenta en la verdad genética y la maternidad en la verdad biológica. En el hombre la atribución radica en el aporte de material genético y en la mujer el hecho de parir.

El fin de las técnicas de reproducción asistida es permitir descendencia a las parejas estériles por lo que debe estar acompañadas de un sistema de atribución de la filiación eficiente, que no imponga, que no solo construya sino que establezca la filiación de todos los concebidos y nacidos por estos medios.

El esquema típico de la filiación no responde a las necesidades de la procreática, la complican más, la alteran. Y es aquí cuando verificamos que no siempre hay coincidencia entre el aspecto biológico y el legal.

Un sector del Derecho comparado tiende a la prevalencia de la voluntad desplazando lo que mandan los genes.

Esta corriente busca distinguir la filiación de los hijos nacidos por asistencia médica haciéndola inatacable a pesar de la falta de relación entre lo biológico y lo legal. Es la voluntad la que prima y, además, la robustece.

Se habla de la filiación civil, contraria a la filiación por naturaleza, con conceptos nuevos. Se fundamenta en la generación y la voluntad de los participantes. Voluntad de procrear, de aportar, de gestar, voluntad de no asumir una relación paterno filial. La típica paternidad pierda fuerza, el *pater* es desplazado por el afecto, el amor y comprensión, ya no más conceptos cargados de biologisismo, a partir de ahora deben primar las categorías sociológicas y culturales.

La paternidad es un concepto social que trasciende a lo biológico representado por el progenitor. La descendencia corresponde aquellos que la desearon. El régimen de la filiación para las técnicas procreáticas se asemeja al de la adopción dado que ambas se sustentan en la voluntad y no el dato biológico.

Cabe la siguiente interrogante ¿Qué hacer? 1) crear una nueva categoría de filiación en base a la procreática o, 2) adaptar la filiación a los modelos existentes, dirigir la solución de los problemas en base a la filiación matrimonial o extramatrimonial. La primera gana cada vez más adeptos y se presenta como una labor a realizar de forma apremiante, considerando que, la procreática exige nuevas reglas de filiación, sea a través de la paternidad real o formal, al parecer más segura es la segunda.

En el sistema tradicional la filiación depende básicamente del matrimonio, de la determinación biológica o de la paternidad socialmente aceptada, desconociendo el “querer” que es la motivación de las prácticas de generación asistida.

En la reproducción natural la falta de voluntad del hombre para procrear “es” irrelevante mientras que en la reproducción asistida “debe ser” tomada en cuenta. La atribución de la paternidad no es el acto de generación sino el consentimiento, la voluntad es la causa última dado que el elemento biológico puede variar entre uno u otro cedente. La

voluntad del marido termina teniendo más fuerza que la presunción *pater est*, cuando se trata de una técnica homóloga, por ejemplo.

1.7. Anonimato de la cesión y el derecho a conocer nuestro origen

La regla que vino imponiéndose es que la información de la historia clínica de usuarios de las técnicas procreáticas, el proceso de selección de cedentes y la información contenida en el Registro Nacional de Cedentes es que fueran recogidos, tratados y custodiados en la más estricta confidencialidad con el fin de conseguir una suerte de inmunidad parental (principio de anonimato).

Pero este tratamiento no es uniforme. Suecia permite conocer la identidad del donante y España la limita considerándose que los hijos tienen derecho a obtener información general de los cedentes, información esta que no incluirá su identidad, correspondiendo igual derecho a las receptoras de gametos y preembriones.

Debemos tender a descartar la reserva de la identidad, desterrando el padre anónimo.

La reserva de la información no se trata de un límite total, es solo parcial. El hijo tiene el derecho de conocer su origen a fin de permitir la formación de su personalidad, independiente del establecimiento filial reconociéndose que el acto de cesión de gametos no implica una responsabilidad procreacional pues esa no fue la voluntad, el deseo que sustentó la práctica.

III. Casuística

Desde el punto de vista clínico el estado civil de los participantes en una técnica procreática es irrelevante pero, jurídicamente, sus consecuencias son trascendentales.

La fecundación asistida puede realizarse en una pareja casada, una sin vínculo conyugal o puede ser realizada de manera individual, por una sola persona. Además, en cada caso el material puede o no ser de la pareja.

Más allá de las posibilidades nadie desconoce que la descendencia demanda jurídicamente llegar a ocupar un lugar en la familia con ambas figuras parentales, padre y madre.

IV. Fecundación homóloga

Es una fecundación interconyugal. Se realiza con gametos del marido. No crea mayor problema en la determinación de la filiación puesto que existe un vínculo matrimonial que le otorga seguridad jurídica a la descendencia en base a la presunción *pater est* y a la determinación de la maternidad por el parto.

Asimismo, puede aceptarse en la unión de estable pues ofrece una presunción legal de paternidad respecto del conviviente de la mujer.

1.1. Con consentimiento del marido

Cuando la fecundación es consentida expresa y formalmente por el marido no cabe la impugnación de la paternidad.

Sin embargo, se han venido presentando algunos casos a nivel judicial que contrarían las normas del Derecho de familia y la determinación de la paternidad, por ejemplo:

— Cuando existe un vicio en el consentimiento. El tema es que habiendo coincidencia genética y matrimonio de por medio solo cabría una acción de daños a favor del marido quedando la paternidad incólume.

— Error en la fecundación con semen distinto del marido.

1.2. Sin consentimiento del marido

Casos especiales en los que puede presentarse variadas soluciones al coexistir una verdad real carente de consentimiento.

— Solicitud de autorización judicial para la extracción de espermatozoides al marido incapaz.

— Paternidad del marido cuyo semen es utilizado sin su consentimiento para fecundar a su cónyuge.

1.3. Con consentimiento del conviviente

En este caso debe realizarse el reconocimiento para atribuir legalmente la paternidad.

Admite la doctrina y jurisprudencia comparada que el asentimiento de la pareja para la fecundación homóloga, sea por escritura pública o testa-

mento, puede ser considerado un reconocimiento indirecto o, en su caso, un escrito indubitado a efectos de canalizar una demanda judicial de paternidad extramatrimonial.

Esto operaría como un caso de reconocimiento de un *concepturus* (aquel no concebido) lo que no es admitido uniformemente en el Derecho comparado (no es dable reconocer a un ser imaginario, a un futurible). Téngase presente que se está reconociendo a un hijo no biológico configurándose un reconocimiento por conveniencia o por complacencia.

1.4. Sin consentimiento del conviviente

Al no existir título de estado y falta de consentimiento la atribución de paternidad estaría negada.

1.5. Fecundación post mortem

La fecundación *post mortem* está referida a:

— Los hijos póstumos (concebidos por el padre en vida, nacidos después de su fallecimiento pero antes de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio), y;

— Los hijos superpóstumos o *post póstumos* (hijos concebidos y nacidos después de la muerte del progenitor, luego de los 300 días siguientes a la disolución del casamiento, no siendo aplicable la presunción de paternidad).

A los primeros se les reconoce derechos sucesorios absolutos mientras que a los segundos no, por su calidad de extramatrimoniales.

En los casos de fecundación *post mortem* se impide la atribución de la paternidad al fallecido con anterioridad a la implantación del embrión en el útero de la mujer. Para que el difunto sea padre se requiere consentimiento expreso y formal, realización de la transferencia embrional en el plazo que amerite la apariencia filial (6 meses) y se realice una sola técnica, es decir se niega la posibilidad de varias técnicas.

La criopreservación significó la proliferación de estas prácticas y fue una forma de incentivar la fecundación *post mortem* como medio de revivir la muerte a través de la fecundación de un nuevo ser.

En estos casos se han optado por aplicar las siguientes reglas.

1. Si el hijo nace dentro del plazo se aplica la presunción *pater est*, siendo matrimonial y del difunto.

2. Si el hijo nace fuera del plazo debe diferenciarse si se trata de una:

a. Inseminación, si hay certeza de la identidad genética y de la voluntad, no cabe aplicar el plazo.

b. Transferencia embrional, si fue concebido durante el matrimonio se le reputa matrimonial.

3. Si la fecundación es con material genético de cedente. Un sector la rechaza al no haber matrimonio, identidad genética, ni voluntad salvo que el marido consienta de manera expresa e inequívoca. Para estos efectos se toma en cuenta la voluntad procreacional hecha en vida por el marido.

La procreación *post mortem* lleva a establecer que el derecho a la maternidad de la viuda genera hijos sin padre a pesar de acreditarse el vínculo biológico. Por lo demás, generaliza la uniparentalidad o monoparentalidad.

V. Fecundación heteróloga

La generación de vida es la principal actividad del hombre. Aquel puede realizarla se inmortaliza trascendiendo sus genes y nombre.

El matrimonio es una institución cerrada en la que se consagra los fines de la familia. Es en ella donde nacen los hijos. Cuando un cónyuge es infértil recurrimos a un tercero para que ceda sus gametos, surgiendo diversos problemas, principalmente filiativos.

La fecundación supraconyugal, también llamada heteróloga, se trata de una técnica realizada con cesión de gametos en la que la fecundación es *ex útero*. Suprime la *unitas carnis* —el coito— de allí que se diga que es una concepción antinatural. Crea situaciones inseguras puesto que con el cedente se carece de una relación jurídica reconocida para exigirle el cumplimiento de obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria), deberes naturales (reconocimiento), negación de vínculos filiales (impugnación de paternidad), entre otros.

La cesión de material genético implica tanto los productos biológicos del hombre (espermatozoides) como de la mujer (óvulos) y encuentra su fundamento en la libre disposición de los derechos de las personas, el derecho de fundar una familia, el derecho a procrear, la igualdad y libertad.

Esta técnica procreática tiene importante uso en mérito del ejercicio del derecho a la procreación a través del cual se facilita a quienes no pueden tener hijos propios encargarlos a un tercero mediante sus componentes genéticos.

En gran medida esta forma de procreación deja de lado la adopción, quedando en el olvido, siendo desplazada. Los hijos son más de mi naturaleza —no del todo pero al menos una parte sí— a diferencia de los adoptivos en que no tiene nada de la pareja adoptante.

Cuando los gametos empleados son de terceros se produce una disociación entre la paternidad legal y la biológica rompiendo con el principio tradicional de la determinación de la filiación. Se parte del principio que aquel nacido de estas técnicas es hijo de la mujer que lo da a luz y del marido o pareja estable de ésta, siempre que exista consentimiento.

Una de las cuestiones debatibles es cómo asegurar la filiación del hijo. Discutiéndose su admisibilidad, se corre el riesgo de quedarse sin un entroncamiento filial claro (por ejemplo Italia no las acepta).

1.1. Determinación de la filiación extramatrimonial

El Derecho comparado parte del principio que “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio” el cual queda desfasado como consecuencia de las modernas técnicas de reproducción asistida, el congelamiento de material genético y la crioconservación de embriones.

Hoy puede concebirse un hijo dentro del matrimonio, crioconservarse y ser implantado luego de disuelto el vínculo, incluso después de transcurrido el plazo de 300 días, de manera que estos casos de implantación *post matrimonial* vienen alterando la calidad legal y el estado civil de los hijos, como se vio *ut supra*.

1.2. Determinación de la paternidad

Consideramos en estos casos que la relación jurídica del hombre y la mujer puede estar sustentada en un matrimonio o convivencia, siendo ambos actos jurídicos fuentes de familia y que consolidan la relación filial con la descendencia. Cuando nos referimos al marido, entonces, debemos considerar también al conviviente, a la pareja estable.

Hay tres teorías que se han discutido: 1. El consentimiento del marido determina la paternidad con carácter inimpugnabile y sin posibilidad que determinación de la paternidad de los cedentes, 2. En base al interés del menor, el consentimiento del marido es similar al reconocimiento y se descarta la investigación de la paternidad del cedente pues este no se responsabilizó de la paternidad y, 3. El consentimiento del marido es ineficaz para determinar la filiación pudiendo determinarse la filiación del cedente.

Se presenta una casuística variopinta.

1.2.1. Con consentimiento del marido

Sin mayor inconveniente considerando que existe una manifestación de voluntad en la realización de la técnica con material de cedente.

1.2.2. Con consentimiento del marido quien posteriormente niega la paternidad

Estos casos se han venido resolviendo en base a la teoría de los actos propios y la buena fe (*venire contra factum proprium non valet*), limitándose la impugnación de la paternidad. La impugnación es un acto contrario a la buena fe y se cometería un abuso del derecho.

La tendencia aplicable es que la voluntad procreacional inicial del marido marca su compromiso como padre en la aceptación y atención de la descendencia.

Imagínense aquel caso en el que el padre impugna su paternidad y no se puede conocer la identidad del cedente configurándose nada menos que un hijo de nadie, *parentless*.

1.2.3. Sin consentimiento del marido.

La falta de consentimiento de uno de los cónyuge en la participación del otro como aportante

(marido) o receptora (mujer) afectan las relaciones conyugales tipificándose una causal de divorcio (teleadulterio o injuria grave) siendo el hijo pasible de impugnación de su filiación.

1.2.4. Sin consentimiento del marido por incapacidad

El acto procreacional se configura y legitima en base a la voluntad.

La decisión de tener un hijo genera obligaciones y responsabilidades que deben ser asumidas de manera general e integral. La incapacidad del procreante limita su responsabilidad y deberá comprometerse a quien utilizó indebidamente el material genético.

Otros casos que se han planteado en la doctrina y en la casuística son: a. Paternidad del hijo de mujer casada o conviviente fecundada sin su consentimiento con semen de cedente. b. Error en la fecundación respecto del material genético, c. Fallecimiento de los cónyuges antes de la transferencia del embrión, d. El caso de mujer soltera, separada legalmente, viuda o divorciada (Se crearía una familia unilineal o monoparental, mejor dicho matrilineal).

1.3. Determinación de la maternidad

El parentesco y la filiación siempre han estado afianzados a la madre.

Un análisis etimológico nos lleva a encontrar sus orígenes en la voz *parents*, madre de los dioses. Proviene del latín *parentes* (padre y madre), participio activo del verbo *parere* (parir) de allí su descomposición *partus* de la que se deriva la voz parentesco, parentela y parientes: es decir individuos paridos por una mujer, evidenciando la primitiva descendencia matriarcal en las sociedades matrilineales. En estas, la mujer fue la esencia social, ocupaba un lugar de honor y respeto aunque no necesariamente de dominio. Y es que la mujer adquiere fuerza social pues su descendencia era identificable, se sabía quienes eran sus hijos, lo que no sucedía con los hombres.

La determinación de la maternidad es compleja al vincularse con prácticas de maternidad subrogada relacionadas con la cesión de gametos como son, entre otras las siguientes:

1.3.1. Ovodonación

La mujer cesionaria tiene una *deficiencia ovárica*, no genera óvulos, pero sí puede gestar por lo que necesita de una mujer que sólo le ceda óvulos.

Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeración humana: 1) Espermatocitos del marido, 2) Ovulo de una cedente y 3) Gestación de la mujer cesionaria óvulo. La madre procreante no es la misma que la gestante.

1.3.2. Madre sustituta

La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, hay *deficiencia ovárica y uterina* por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones, es decir que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación.

Es un caso de maternidad integral. Se produce un caso de progneración humana integral: 1) Espermatozoides del marido, 2) Inseminación en tercera mujer. La madre procreante es la misma que la gestante.

VI. Maternidad subrogada

Aparte de los dos casos antes mencionados las prácticas de maternidad asistida son más complejas y variadas.

Actualmente es viable que hasta cinco (5) mujeres puedan ser madres participando indistintamente en el proceso biosociojurídico que ella implica. Puede haber una que aporta el óvulo (madre genética, *genitrix*), otra que lo gaste (madre biológica, *gestatrix*), una que enriquezca con su material genético (madre biogénica) —con lo que serían dos las madres genéticas—, una cuarta mujer que lo adopte (madre legal) y, finalmente, la quinta, aquella que lo cría (madre social).

El Derecho comparado, casi unánimemente, se pronuncia sobre el tema al indicar que la maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, prohibiendo los contratos de maternidad subrogada.

En el Perú existe una prohibición a la fecundación extracorpórea con óvulo de cedente (ovodonación), a la transferencia de embrión ajeno (embriodonación) y a los servicios de gestación subrogada (maternidad portadora).

nación), a la transferencia de embrión ajeno (embriodonación) y a los servicios de gestación subrogada (maternidad portadora).

Esta limitación se fundamenta en dos principios: la maternidad se prueba por el hecho del parto (Código civil, art. 409) y la calidad de madre genética debe coincidir con la de madre biológica (Ley general de salud, art. 7).

Se trata de restricciones éticas al contrariar instituciones jurídicas como el parentesco, la filiación, el ejercicio natural del derecho reproductivo pero, como actos médicos, carecen de sanción penal. En buena cuenta son actos no arreglados a Derecho, ni a la moral, pero al no estar tipificados en la ley penal no son delito, ni falta. Lo delictual se produce cuando hay fingimiento de preñez, suposición de parto, alteración de la filiación y del estado civil, falsos reconocimientos (Código penal peruano, artículos 143 a 145), tendientes al tráfico de niños como es reconocido y así perseguido.

Debe considerarse que la ley peruana, en especial la de salud, no se ha pronunciado sobre la madre sustituta, cuando una mujer acepta ser inseminada con material genético del marido de otra a fin de entregar a la criatura una vez nacida. Aquí, la maternidad genética coincide con la biológica. La madre lo concibe y lo gesta, restando solo entrega. La prohibición indicada en la Ley general de salud resultaría inaplicable pues ambas maternidades guardan equidad. Lo ilícito se generaría con la vulneración del Código civil en su norma citada (artículo 409).

Muchas legislaciones consideran que la maternidad corresponde a la mujer que gesta, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra, tendencia reconocida en innumerables criterios judiciales a nivel mundial. Algunos países permiten la sustitución de maternidad y sus derivaciones cuando se realiza en mujeres emparentadas familiarmente (madrehija, hermanas, tía-sobrina, primas, cuñadas) y no hay lucro de por medio.

La tendencia viene redireccionándose hacia el aspecto afectivo, primando el sentir procreacional, el deseo que tuvo la mujer de gestar para otra.

La maternidad subrogada puede realizarse de innumerables formas, a parte de las mencionadas, entre ellas:

1.1. Madre portadora

La mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica.

Es un préstamo de útero dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) Aporte de espermatozoides del marido, 2) Aporte de óvulo de su mujer y 3) La madre gestante es una tercera.

Casos extremos son el de la doble maternidad portadora. Como aquel presentado en 1997 en Italia, cuando se anunció la gestación de dos fetos de parejas distintas en el útero de una mujer.

1.2. Embriodonación

El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de espermatozoides y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación.

Es un caso especial de procreación produciéndose un caso de multigeneración humana. 1) El marido y la mujer son infértiles, 2) El embrión es de una pareja cedente, y 3) El embrión es gestado por una tercera mujer o por la cedente del óvulo. La madre procreante puede o no ser la misma que la gestante.

VII. Cesión mixta o conjunta

Se da con la espermatoconación y ovodonación incluso con madre portadora.

Los problemas legales de orden filiativo se complejizan al confluir una multiplicidad de componentes biogenéticas, una suerte de mutigeneración parental.

VIII. Clonación

La clonación artificial causa problemas al Derecho. Su realización está sustentada en la voluntad y el interés humano presentándose como una técnica que crea una vida humana de una manera total y absolutamente antinatural, duplicando.

La naturaleza jurídica de la clonación es la de representar un hecho jurídico voluntario e ilícito

realizado a través de una manipulación genética en la etapa biológica de la fecundación. No es un acto jurídico pues su fin es ilícito al dañar los derechos del ser humano.

Puede ser realizada de varias formas:

— Autorreproducción, consiste en extraer el núcleo celular de la persona a duplicar y trasladarlo a un óvulo fecundado enucleado a fin que se desarrolle y así reproducir a un ser humano ya existente;

— Reproducción gemelar, se basa en fisión, dividir, el ovocito fecundado *in vitro* obtenido de embriones iguales, y;

— Partenogénesis, permite el autodesarrollo del óvulo mediante la estimulación nuclear. Sin la presencia de espermatozoide se logra que el óvulo empiece el proceso generacional, en este proceso no hay fecundación.

Con estas variantes de la clonación se hace más complejo realizar un estudio jurídico de sus consecuencias legales las que a su vez son absolutamente distintas en cada caso.

Tomando en cuenta que la filiación es la más importante relación de familia, estructurada entre quienes comparten un parentesco consanguíneo en línea recta ascendente-descendente en primer grado, padre-hijo, el clon carecería de filiación clara e integral al no ser ascendiente ni descendiente de nadie.

Veamos como se determinaría la filiación de acuerdo a cada tipo de clonación.

1.1. Autoreproducción

Los padres genéticos del clon serán sus abuelos (los padres del clonado) pues genéticamente compartimos con nuestros padres sólo el 50% de la información genética de cada uno, no el 100%, y esto puede ser demostrado con una prueba de ADN la que realizada daría como resultado que el clon es origen directo de la transferencia de genes de sus abuelos.

Es como si ellos hubieran vuelto a tener un hijo con las mismas características de su primogénito. El mismo problema se presenta en la partenogénesis.

1.2. Gemelación

En este caso los clones tendrán como padre biológico al cedente del material genético que generó el embrión luego fisionado y como madre biológica a quien lo gestó.

1.3. Partenogénesis

El tema es más complicado desde dos puntos de vista.

Primero, que el óvulo de la cedente, al ser autoestimulado y no requiriendo presencia espermática, carecería siempre de padre y siendo la clonada quien lo gestó tendríamos, como resultado, que ella será la madre legal, por el parto de su propia hermana genética, su clon partenogenético.

Segundo, que la clonada recurra a una maternidad subrogada, situación en la cual el clon tendrá dos (2) madres, la cedente del clon partenogenético y quien lo parió.

1.4. Clonaje de células masculinas.

En este caso se requerirá de un útero que anide al nuevo ser y que permita su gestación.

En este caso la mujer que ceda su vientre adquirirá la situación sólo de madre biológica ya que no intervino genéticamente (aportando su óvulo) en el proceso de fecundación. Desde el punto de vista legal esta maternidad no será subrogada ni sustituta puesto que no existe una segunda mujer que intervenga en este proceso biológico. Sólo existirá una cesión de útero.

1.5. Clonaje de células femeninas

En este caso, aparte de concebirse sólo mujeres (puesto que la conformación cromosómica de estas es XX) puede darse el caso de la maternidad sustituta o subrogada ya que la madre genética puede tener dificultades para permitir la anidación o la gestación del clon.

1.6. Reflexiones

Como se ve en la autoreproducción y en la partenogénesis existen los principales problemas.

Por lo demás, los procesos de clonación alterante (1.4. y 1.5.) participa un sólo progenitor—sea hombre o mujer— y, aparte de no existir

los sexos complementarios para la reproducción natural, no se va a producir la recombinación, *crossing over* o intercambio de la información génica que determine la conformación biológica de un ser único, singular e irrepetible en cuanto a la estructura de su patrimonio genético, puesto que no existe dualidad de progenitores que transmitan cada quien sus rasgos típicos al nuevo ser sino que, simplemente, se va a crear un cigoto con el patrimonio genético de su progenitor procediéndose, únicamente, a duplicar su información biológica, lo que si bien en nada afecta el derecho de tener una relación filial, la filiación en su esencia es desencajada al no compartirse realmente la información genética con un verdadero progenitor.

En materia de clonación, la biologicidad de los progenitores puede ser determinada a través de estudios genéticos, pero la complejidad y alteraciones en la generación de vida los genera el conflicto ético y legal de ésta técnica.

A efectos de no generarse más problemas debe primar, en la determinación de la filiación, el aspecto formal sustentado en la voluntad procreacional.

IX. Consideraciones finales

La vertiginosa carrera científicista en materia procreática avasalla el Derecho de familia, sobre todo en el tema filial, siendo la tendencia actual en la determinación del nexa filial la prevalencia de la voluntad, desplazando el aspecto biogenético, tendiendo a su desbiologización. Esta corriente distingue la filiación de los nacidos por las técnicas de reproducción haciéndola inatacable en sustento de la motivación de las partes y el interés de los hijos, a pesar de la falta de relación entre lo biológico y lo legal. Se habla de la denominada filiación civil fundamentada en la voluntad procreacional de los participantes, el deseo de ser padres, el contenido socioafectivo.

La filiación biológica perdió su fuerza frente a la voluntad y el afecto. En la filiación derivada de la procreación asistida priman los conceptos sociológicos y culturales. La paternidad y maternidad corresponde aquellos que la anhelaron. El régimen paterno-filial se asemeja al de la adopción, ambas se sustentan en la voluntad y no el dato biológico (en el padre, no el progenitor ni dador).

Se crea un tercer género, aparte de la filiación por naturaleza y la adoptiva, la llamada filiación civil cuya naturaleza es la socioafectividad y no la biologicidad.

Bibliografía

1. Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa: "Material genético y reproducción asistida. Reacción jurisprudencial (Parte I)", en *Revista de Derecho y genoma humano*, N° 6, enero-junio, Bilbao, 1997.

2. Krasnow, Adriana Noemí: *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*, Buenos Aires, LA LEY, 2005.

3. Morán de Vicenzi, Claudia. *El concepto de filiación en la fecundación extracorpórea*, Coedición Ara editores y Universidad de Piura. Lima, 2004.

4. Sambrizzi, Eduardo A.: *La filiación en la procreación asistida*, Buenos Aires, UCA El Derecho, 2004.

5. Varsi Rospigliosi, Enrique: *Derecho genético*, Lima, Grijley, 2001.

6. Varsi Rospigliosi, Enrique: *Filiación, Derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*, Lima, coedición de la Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial y Fondo de Cultura Económica, 1999.

7. Varsi Rospigliosi, Enrique: *El proceso de filiación extramatrimonial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2006.

8. Verdera Server, Rafael: *Determinación y acreditación de la filiación*, Barcelona, Bosch, 1993.