

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE
MOGROVEJO
ESCUELA DE POSTGRADO**



**“EL DERECHO DE LAS PERSONAS CONCEBIDAS MEDIANTE
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA A CONOCER SU
IDENTIDAD BIOLÓGICA, DESDE UNA PERSPECTIVA BIOJURÍDICA”**

Autor: Arturo Ronald Cárdenas Krenz

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO
ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN BIOÉTICA Y
BIOSURJURÍDICA**

**Lima, Perú
2014**

**“EI DERECHO DE LAS PERSONAS CONCEBIDAS MEDIANTE
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA A CONOCER SU
IDENTIDAD BIOLÓGICA, DESDE UNA PERSPECTIVA BIOJURÍDICA”**

POR:

Arturo Ronald Cárdenas Krenz

Tesis presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad
Católica Santo Toribio de Mogrovejo, para optar el Grado
Académico de **MAGÍSTER EN BIOÉTICA Y
BIOJURÍDICA**

APROBADO POR:

.....

Dra. Patricia Campos Olazábal
Presidenta de Jurado

.....

Mgtr. Rosa Sánchez Barragán
Secretaria de Jurado

.....

Mgtr. Edgar Tejada Zevallos
Vocal/Asesor de Jurado

CHICLAYO, 2014

AGRADECIMIENTOS

Reconocido por su valioso apoyo, y con aprecio a su calidad académica y personal:

- Al Dr. José López Guzmán, asesor desde España, de la presente Tesis.
- Al Dr. Edgar Tejada Zevallos, asesor en el Perú, de la presente Tesis.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	VIII
CAPÍTULO I	
Marco teórico: Ética, Bioética Y Reproducción Asistida	1
1.1. Consideraciones generales	1
1.2. ¿Existe un “derecho al hijo”?	12
1.3. Fecundación in vitro y anonimato	15
1.4. Planteamiento de la investigación: Una creciente inquietud	22
1.4.1. Planteamiento del problema	22
1.4.2. Consideraciones en cuanto al marco teórico	24
1.4.3. Justificación	25
1.4.4. Objetivos:	28
1.4.5. Hipótesis	29
CAPÍTULO II	
El derecho a conocer la identidad biológica en la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada	30
2.1. Derecho a la identidad y derecho a conocer el origen biológico	32
2.2. Derecho a la intimidad y derecho a conocer el origen biológico	36
2.3. Derecho a la verdad y derecho a conocer el origen biológico	39
2.4. El Derecho a conocer el origen biológico como derecho fundamental	42
2.5. Legislación internacional y comparada	44

CAPÍTULO III	
El derecho a conocer la identidad biológica en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana	58
CAPÍTULO IV	
Otros aspectos de interés	77
4.1. Algunas consideraciones desde la perspectiva médica y de la salud con respecto a la fertilización in vitro	77
4.2. Algunas consideraciones desde el ámbito psicológico, económico y de otra índole con relación a la materia	86
CAPÍTULO V	
Hacia un reconocimiento explícito del derecho a conocer la identidad biológica frente a las técnicas de reproducción asistida	90
5.1. El hijo como fin y no como medio	90
5.2. ¿Existe el derecho a no saber el origen biológico?	93
5.3. Consideraciones finales	97
5.4. ¿Y la opinión de los interesados?	112
5.5. Una reveladora perspectiva	118
CONCLUSIONES	119
RECOMENDACIONES	124
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	126

RESUMEN

Dado el desarrollo que ha tenido en los últimos tiempos la reproducción asistida, el estudio aborda la problemática específica del derecho de los nacidos mediante dicha vía a conocer su origen biológico. Para el efecto, parte de un análisis de diversos aspectos de la fertilización asistida, incluyendo el debate sobre la existencia o no de un “derecho al hijo”, para pasar luego a la cuestión del anonimato en su aplicación, evaluando si ello vulneraría derechos fundamentales del concebido mediante esta vía, como el derecho a la identidad, a la salud, a la información, a la dignidad, al acceso a los datos personales y otros; se relaciona además el tema con el derecho de los adoptados a conocer su origen.

La cuestión se evalúa desde una perspectiva fundamentalmente biojurídica, teniendo en cuenta tanto la doctrina y la legislación comparada, como su tratamiento legal, doctrinal y jurisprudencial en el Perú; asimismo, se plantean diversos alcances desde una óptica bioética en general. También se incluye una encuesta entre los jóvenes que, por su edad, encajan dentro del grupo que, a futuro, podría tener un interés generacional directo en el tema.

El trabajo, finalmente, plantea algunas propuestas para un más adecuado tratamiento de la materia.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la identidad – Verdad biológica – Reproducción Asistida
– Derecho a conocer el origen biológico

ABSTRACT

In light of the recent developments in assisted reproductive technologies (ART), this paper specifically addresses the right of those conceived using ART to know their biological origin. To this end, the paper first analyses several aspects of ART, including the debate on the existence of a "right to a child", and then goes on to the question of anonymity in their application, evaluating whether this would violate fundamental rights of those conceived using ART, such as the right to identity, health, information, dignity, access to personal data, and otherwise. This subject is further linked to the right of adoptees to know their origins.

This is a qualitative, descriptive, and bibliographic research. The question is examined from a fundamentally Bio-legal perspective, taking into account doctrine and comparative law, as well as the way the law, doctrine, and the courts have addressed the matter in Peru. In addition, the paper assesses several views from a general bioethics approach. Also included is a survey of young people who, because of their age, fit into the group which may have a direct interest in the subject in the future.

Finally, the paper presents some proposals for a more thorough study of the subject.

KEY WORDS

Right to identity – Biological True – Assisted reproductive technologies – Right to know biological origin.

INTRODUCCIÓN

Toda persona tiene derecho a un proyecto de vida, a desarrollarse, a ser ella misma. Mas, para ello, debe partir de algo fundamental: conocerse a sí misma, asumiendo esa vieja tarea que nos dejara formulada Sócrates.

Sin embargo, para poder esbozar cualquier proyecto, tenemos que ser capaces de conocer lo que podemos ser, lo cual a su vez demanda saber lo que somos; y para intentar conocer lo que somos, tenemos que saber de dónde venimos.

El presente trabajo trata de un tema de especial importancia para cada persona: el derecho de cada uno a poder conocer su identidad biológica, específicamente en el caso de las personas nacidas mediante las llamadas técnicas de reproducción asistida, cuestión que aborda las siguientes páginas desde una perspectiva fundamentalmente biojurídica.

Se trata de una investigación de tipo descriptiva, vinculada con la bioética clínica, la biojurídica y los Derechos Humanos.

Al margen de que estemos o no de acuerdo con las técnicas de reproducción asistida, de hecho ya hay en el mundo millones de “bebés probeta” e infinidad de empresas dedicadas a ello. Estos procesos, particularmente en los casos de fecundación in vitro (FIV), en la mayoría de países en donde se admiten, suelen tener como principio fundamental el del anonimato del “donante” del óvulo o el espermatozoide –cuando los

padres no cuentan con un dador ofrecido por ellos mismos-, lo que se da al amparo de un supuesto derecho a la intimidad; en este caso, el anonimato tiene dos dimensiones: ni los padres saben de quién proceden los gametos requeridos, ni el dador sabe del destinatario de los mismos.

A ello se agrega como supuesto adicional, el que los hijos nacidos por dicha vía por lo general no conocen de sus orígenes, con lo que se extiende también a estos casos el largo manto del anonimato, constituyendo la dimensión más delicada de la cuestión, pudiéndose dar las siguientes situaciones:

- La persona conoce cómo fue concebida y sabe perfectamente quién es su padre biológico.
- La persona conoce cómo fue concebida y tiene algunas referencias de su padre biológico, sin tener acceso a su identidad;
- La persona conoce cómo fue concebida pero no tiene ninguna referencia de su padre biológico;
- La persona no sabe ni siquiera que fue concebida de esta manera

La presente investigación trata sobre el anonimato respecto a los hijos y su derecho a conocer su identidad biológica, y se pregunta entonces si estamos ante un derecho de los padres de mantener en reserva el origen de su hijo, o si estamos más bien ante el derecho de un hijo de conocer su origen biológico. De ser así, la pregunta que asoma entonces es si este derecho tiene o no primacía respecto al resto de Derechos Fundamentales vinculados con el tema. Estas son solo algunas de las preguntas que nos plantea la materia.

Como el primer bebé probeta, Louise Brown, nació en Inglaterra hace 36 años, la gran mayoría de los nacidos mediante fecundación asistida son todavía gente muy joven, pero podemos avizorar que en un tiempo no muy lejano, estas personas, en la medida en que vayan

creciendo, se preocuparán más por saber sus orígenes y conocer así su mayor predisposición a ciertas enfermedades, determinados riesgos hereditarios de los que uno debe estar siempre advertido y otras cuestiones esenciales que justifican el legítimo deseo de poder saber cuál es nuestro verdadero origen, en donde se mezclan, junto con lo éxito y lo legal, también razones emocionales, sociales, afectivas y psicológicas.

Estas personas que no saben con qué espermatozoides fueron concebidas o con qué óvulos, o que ni siquiera saben el hecho que fueron producto de una fecundación in vitro, tienen derecho a poder acceder a dicha información. Esa es la tesis que tratamos de sustentar en estas páginas

Es cierto que ese desconocimiento de las personas directamente involucradas, quizás pudiera verse amenguado si hubiera algún tipo de control por parte del Estado, mas este no existe y las clínicas e institutos de fertilidad siguen funcionando en la más absoluta tranquilidad o, quién sabe, impunidad.

El argumento del derecho a la intimidad en favor de los padres que tienen hijos mediante una reproducción asistida, para que éstos no sepan de donde proviene el material genético utilizado en su procreación, constituye una cuestión esencial, más todavía cuando ello se opone a la corriente imperante. Aparte de ello, afloran diversas dudas respecto a si la invocación del derecho a la intimidad es, más que una razón, un pretexto para esconder otros intereses.

El problema que subyace ante esta situación, hoy empieza a aflorar tímidamente en ciertos países, pues ya hay algunos reclamos para conocer esta verdad, inquietud que, sin duda, progresivamente irá adquiriendo mayor relevancia. En tal virtud, es necesario anticiparnos a dicho escenario y buscar preventivamente las medidas más apropiadas y justas, en salvaguarda de uno de los derechos fundamentales de la persona, como

ya se viene planteando en algunos otros países.

Ello no es fácil, por supuesto, pues deben superarse algunas trabas legales y sociales, además de prejuicios, así como intereses económicos que se ocultan debajo de un debate muchas veces solo principista en apariencia.

En virtud de lo expuesto, abordaremos concretamente las siguientes preguntas: ¿Tienen las personas concebidas a través de las técnicas de reproducción asistida derecho a conocer su verdadero origen biológico? ¿Cómo la legislación, la jurisprudencia y la doctrina abordan el tema a nivel nacional e internacional?

Esperamos que los resultados puedan ser útiles para motivar la reflexión respecto a algunas cuestiones que hoy se dan por sentadas, pero que requieren ser revisadas; aparte, podría servir de referencia a efectos de optimizar la legislación vigente y fortalecer tanto el derecho a la identidad como el derecho al respeto de la dignidad del ser humano, entre otros alcances.

Es de señalar que la presente investigación es de naturaleza cualitativa, bibliográfica descriptiva, con perspectiva ética y jurídica. El escenario de estudio es la legislación peruana esencialmente, teniendo en cuenta diversas normas internacionales vinculadas con la materia, lo cual desarrollamos en los siguientes capítulos. Como instrumentos para la recolección de datos, se ha tenido en cuenta el estudio normativo, doctrinario, y jurisprudencial vinculado con la materia.

Cabe agregar que, con fecha primero de octubre del 2014, el autor del presente estudio fue invitado por el Grupo de Trabajo designado por el Gobierno para elaborar un proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida y otros temas vinculados con la Bioética, conformado mediante Resolución Ministerial N° 0271-2013-JUS, del 4 de diciembre de

2013 y modificado a través de Resolución Ministerial N° 0195-2014-JUS, del 3 de septiembre de 2014; dicha invitación tuvo por objeto solicitar al suscrito presentar su opinión acerca de la posibilidad de incorporar el derecho a reconocer la identidad biológica de los nacidos mediante reproducción asistida en nuestra legislación, tema precisamente que aborda la presente investigación; dicha presentación motivó un interesante diálogo, recogiendo la presente tesis lo más importante de lo tratado con tal motivo.

Asimismo, es oportuno mencionar que las ideas que animan el presente estudio fueron presentadas preliminarmente en el Congreso de la Federación Internacional y del Caribe de Instituciones de Bioética, realizado en la ciudad de Guanajuato en abril del 2013; con posterioridad, fuimos invitados a exponerlas en un evento organizado en agosto del 2014, por el Colegio de Abogados de Lima en el Palacio de Justicia; adicionalmente, algunas de las ideas desarrolladas en las siguientes páginas, han sido expuestas en la “I Jornada Internacional de Derecho Genético” organizada por el Centro de Investigación en Derecho Genético de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, el pasado 27 de setiembre, lo que ha permitido madurar más algunos conceptos y poder presentar un estudio más completo sobre la materia.

Estimamos que el conocimiento que se obtenga del estudio permitirá determinar si estamos ante un derecho fundamental que deba ser reconocido para toda persona, entendiendo el mismo como una categoría de derecho esencial e inherente al ser humano, asumiendo una visión que, superando la visión positivista del Derecho, lo conceptualice no como un simple conglomerado de leyes sino como un conjunto de normas, principios y valores que regulan dinámicamente la vida humana en sociedad.

Finalmente –last but not least-, debo reiterar mi mayor agradecimiento a mis asesores de tesis: En España, al Dr. José López

Guzmán y, en el Perú, al Dr. Edgar Tejada Zevallos, quienes orientaron este trabajo y me honraron con sus valiosos consejos y recomendaciones.

Dejamos en manos del lector la presente investigación, que más que pretender poner punto final a un debate, busca motivar una crítica reflexión, teniendo en cuenta que, frecuentemente, el mayor valor de la Bioética no está tanto en las respuestas que pueda ofrecernos, sino en las preguntas que nos inspira.

Lima, 01 de octubre de 2014

Ronald Cárdenas Krenz

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO: ÉTICA, BIOÉTICA Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1.1. Consideraciones generales

Vivimos un mundo que oscila temerariamente entre el relativismo y el absolutismo moral, pasando por el subjetivismo moral¹; a la hora de tener que distinguir entre lo correcto y lo incorrecto, parece que todo vale, que lo que uno piensa debe valer para todos, que vale igual lo que diga cualquiera; con una idea distorsionada de la autonomía y una desvinculación entre el deber moral y el actuar.

A veces pareciera que el solo deseo de hacer algo y la posibilidad de lograrlo, sean suficientes para justificar cualquier práctica, producto de una sociedad de consumo y a la vez hedonista, de donde se desprende que,

¹ “...lejos de la exigencia del rigorismo kantiano, el subjetivismo moral de nuestra época rechaza cualquier deber que me venga impuesto desde fuera, rechaza cualquier código moral objetivo que me obligue heterónomamente. La libertad es poder elegir y poder elegir lo que yo quiera, absoluta capacidad de elección. La bioética, como parte de esta ética general, no es ajena a ese empobrecimiento del concepto de libertad, falseado y hasta sustituido por la autonomía” (Abellán, José Carlos, 2006. Bioética, autonomía y libertad. Madrid: Fundación Universitaria Española, p. 24).

por ejemplo, la medicina, que siempre había servido para curar, ahora parece cada vez más someterse a la simple voluntad del cliente.

En ese contexto, incluso el lenguaje ha sido escenario del rompimiento entre moral y verdad, recurriéndose muchas veces a la manipulación del mismo a fin de poder conseguir por esta vía, aquello que no es posible lograr mediante la razón.² Como dice López Quintás:

“El lenguaje es el mayor don que posee el hombre, pero el más arriesgado, por ambivalente: puede ser tierno o cruel, amable o displicente, difusor de la verdad o propalador de la mentira. El lenguaje ofrece posibilidades para descubrir en común la verdad, y facilita recursos para tergiversar ideas y sembrar la confusión”.³

Es así entonces que, como dicen López y Aparisi, la modificación del lenguaje no es solo un cambio superficial, “sino que implica –y persigue decididamente– provocar un cambio profundo en el modo de entender la realidad”⁴, en la forma de valorar las cosas.

Así, tenemos que las “clínicas” abortivas, ya no solo recurren al eufemismo de publicitar sus servicios bajo la frase “retraso menstrual”, sino que, en los últimos tiempos, se habla sin desparpajo de “limpieza directa” para ofrecer sus servicios de aborto, con lo que se pone en dramática evidencia, la reducción del concebido a una simple cosa, a una

² Así, para poder manipular embriones, se habla entonces de “pre-embrión”; para disimular lo que significa el aborto, se habla de “interrupción voluntaria del embarazo”; para ocultar la eliminación de embriones, se habla de “reducción embrionaria” y para evadir la prohibición de la eutanasia, se ha inventado en Francia el término de “gesto occisivo”.

³ López Quintás, Alfonso (2003). *El secreto de una vida lograda*. Madrid: Palabra, p. 23.

⁴ López Guzmán, José y Angela Aparisi. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”. En: *Cuadernos de Bioética*, N° 78, vol XXIII, mayo-agosto 2012, pp. 255.

basura por limpiar, convirtiendo al aborto en un mero acto de higiene personal.

Observa Serrano con acierto que existe la tendencia “a presentar los valores como tabúes y las exigencias de la dignidad humana como afirmaciones opinables y fundamentalmente individuales, esto es, sin trascendencia social objetiva”.⁵ Todo ello sin contar con una tergiversación en la estructura de valores de una sociedad, bajo una actitud que oscila entre la indiferencia y la complacencia, en un marco de apatía moral.⁶

Una libertad que atenta contra lo más noble del hombre, no es una verdadera libertad, sino simple decisión, mero libre albedrío. La libertad se vincula con la dignidad. No se trata de liberarnos de nuestra naturaleza humana sino de vivir plenamente en ella. Sin embargo, pareciera a veces que el hombre, que desde siempre había querido conocer el orden natural de las cosas, ahora lo que quiere es transformarlo, acomodarlo, sin percatarse de que, al hacerlo, puede estar destruyéndose a sí mismo, alterando el sentido de su propia existencia, como puede graficar el caso de aquella pareja de sordos que, en el año 2008, en Inglaterra, exigían que

⁵ Serrano Ruiz Calderón, José Miguel (2004). “Bioética, genética y derecho”. En: Varios autores. *Genética y Derecho*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Serie: Cuadernos de Derecho Judicial, p. 29.

⁶ Un caso peculiar es el del holandés Ed Houben, quien es considerado el mayor donante de esperma de Europa. A abril del 2014, había participado ya en la concepción de 99 niños en todo el mundo, además de otros cinco en camino. Se dedica a dicha actividad desde hace 12 años y el método que emplea es el de la reproducción natural. (Diario El Comercio. Lima: edición del 05.04.2014, p. A 29). Por otro lado, hay quienes plantean que el Estado tiene el deber de facilitar el acceso a prostitutas en favor de los discapacitados; el tema ha sido puesto sobre el tapete en un artículo en las páginas del *Journal of Medical Ethics* publicado en agosto del 2014; ya anteriormente, en el 2009, Jacob M. Appel, un psiquiatra neoyorquino, argumentando que el placer sexual es un “derecho” fundamental que debe estar disponible para todos, exponía que el Estado debe proveer de prostitución subsidiada para los discapacitados, del mismo modo que la sociedad provee de comida a quien no puede conseguirla por sí mismo; en el 2011, Ezio Di Nucci, de la Universidad de Duisburg-Essen también consideró que debe ayudarse a los discapacitados a que satisfagan sus necesidades sexuales, pero no usando recursos públicos, sino recurriendo a organizaciones sin fines de lucro (Boletín electrónico BioEdge. Australia: edición del 17.08.2014: http://www.bioedge.org/index.php/bioethics/bioethics_article/11091. Consultada el 17.08.2014).

los médicos les ayudaran a concebir un niño creado ex profesamente sordo, apelando a la manipulación genética.⁷

En opinión de Freitas Drumond: “La última batalla en pro de la dignidad humana se pelea diariamente en los laboratorios de genética molecular y en las clínicas de reproducción asistida, donde se manipula el ADN humano y donde embriones son seleccionados conforme sus características genéricas y/o aptitudes seleccionadas por sus progenitores”.⁸

Para notar cómo la comercialización del ser humano, llevada a los predios de la fecundación asistida, puede conducir a extremos inaceptables, tenemos el caso de un aviso publicado en el New York Times, en su sección Money and Business, en agosto de 1996, que decía al más puro estilo comercial: “*It’s a Baby or it’s your money back*”.⁹

⁷ La pareja era Tomato Lichy y Paula Garfields, ambos sordos, quienes tuvieron una hija que nació sorda como ellos. Cuando Paula tuvo 40 años, decidieron recurrir a una fecundación in vitro para tener un segundo hijo también sordo, seleccionándolo genéticamente entre varios embriones. La pareja argumentaba que su sordera no era una discapacidad sino una cualidad, siendo parte de una comunidad diferente, de una minoría lingüística de la que deseaban también sean parte sus hijos (Diario El País. Edición Digital. Madrid: 11.03,2008).

Otro caso similar, ocurrió años antes en Estados Unidos, cuando Sharon Duchesneau y Candy McCullough, una pareja de lesbianas sordomudas residente en Washington, gracias a un tratamiento de fertilización «in vitro» lograron tener un hijo sordo, buscando ex profesamente a un amigo sordo congénito, para asegurarse que su hijo nazca sordo. La pareja ya tenía otra hija también concebida premeditadamente sordomuda. (<http://www.bioeticaweb.com/content/view/4049/781/>. Consultada el 20.01.2014).

⁸ De Freitas Drumond, José Geraldo (2012). “Ética, bioética y los desafíos del siglo XXI”. En: Derecho No. 69, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: PUCP, p. 67.

⁹ Vila- Coro, María Dolores (1997). Huérfanos biológicos. El hombre y la mujer ante la reproducción artificial. Madrid: Ediciones San Pablo, p. 23. Como señala Serrano, la procreación asistida tiende a generar paradojas (la justicia exige el consentimiento de ambos padres para implantar un embrión congelado pero, a la vez, acepta que nazcan niños sin padre legal, como ocurre en el caso de la maternidad mediante semen de donante), y la posibilidad de toda una serie de pleitos sumamente complicados y polémicos; el problema –sostiene el destacado jurista español– “está en el inicio mismo. La fecundación artificial desvirtúa el sentido de la maternidad y la paternidad, al ponerlas en un contexto técnico y comercial donde pueden surgir problemas como en todos los contratos, operaciones mercantiles y prestación de servicios con precio” (Serrano, Rafael, 2006, Conflictos que genera la reproducción asistida. En: Aceprensa 031/06

También es de citar aquí una oferta del Centro de Medicina Reproductiva en Albury, en el suroeste de Sidney, que puso un anuncio en un periódico estudiantil de Canadá ofreciendo dos semanas de vacaciones gratis en Australia a los muchachos que quieran donar su esperma. El costo de la oferta era de unos US \$ 5.180, comprendiendo el vuelo de ida y vuelta, el alojamiento y gastos de dos semanas.

Hemos contemplado en las últimas décadas, cómo la energía atómica, con todas sus posibilidades, más ha avanzado en su poder destructivo que en su capacidad de generar nuevas fuentes de energía para el bien. A su vez, Los medios electrónicos que inventamos nos han permitido comunicarnos más con quienes están lejos, pero nos han desconectado más con quienes están a nuestro lado. Por otra parte, las pruebas que se inventaron para ayudarnos a enfrentar psicológicamente la noticia de la llegada de un niño con síndrome de Down, ahora se usan para eliminarlos de entrada antes de que nazcan. En nombre de la calidad de vida, terminamos acabando con esto.

Hace algunas décadas, las técnicas de reproducción asistida surgieron para ayudar a matrimonios estériles para conseguir un bebé, mas hoy en día su uso parece a veces haberse dejado al capricho de unos y para el negocio de otros. Así, por ejemplo, según datos de Michael Saendel, citados por Rincón¹⁰, dado que en Estados Unidos las gestantes

(15.03.2006), tomado de: <http://www.ceb.lorg/tvho6/Evans.htm> (Consultada el 01.06.2013), p. 1). Añade que si no se quiere replantear todo, al menos podría hacerse el sistema un poco menos absurdo, dando en primer lugar alguna relevancia jurídica al interés del embrión, pues no tiene sentido que la ley –como ocurre en Gran Bretaña– antes de admitir una solicitud de reproducción asistida considere el bien del niño que nacerá y una vez que es embrión ya no lo considere; por otro lado, se reducirían los pleitos si el acceso a la reproducción asistida se limite a los matrimonios (así es en algunos países) y si el consentimiento fuere irrevocable desde el primer momento; ello además de permitir crear solo los embriones estrictamente necesarios para su uso y prohibiendo la posibilidad de congelarlos, a fin de evitar dar tiempo a que cambien circunstancias o voluntades (Ibid. 3).

¹⁰ Rincón Castellanos. Ximena (2012). “¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana

por maternidad sustituta pueden cobrar entre 20.000 y 25.000 US\$ por embarazo, muchas parejas, por ejemplo, están buscando opciones como en la India, en donde el costo del “servicio” es de entre US \$ 4.500 y 7.500; de esta manera, la maternidad sustituta es hoy en día un mercado que crece cada día más a nivel internacional, constituyendo una triste forma de “turismo reproductivo”.¹¹

En la India, la maternidad subrogada es legal, según un informe del Centro para la Investigación Social de dicho país, el turismo reproductivo mueve alrededor de 332 millones de euros al año, existiendo cerca de 600 clínicas de procreación asistida. Recientemente, el gobierno indio acaba de aprobar la posibilidad de importar embriones congelados, lo que seguramente favorecerá aún más este lucrativo negocio.¹² Tailandia se había convertido, al igual que la India, en un próspero territorio para el turismo reproductivo. Sin embargo, de acuerdo a lo dispuesto por el nuevo gobierno en agosto del 2014, ya no se permitirá la maternidad con fines comerciales (la que se penaría con diez años de cárcel y multa), restringiéndose la subrogación a los parientes.

asistida en Colombia”. En: Derecho No. 69, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: PUCP, p. 101. Agrega, además que: “La maternidad sustitutiva es una práctica que se consolida día a día como mercado, se rige por las reglas de la oferta más económica y encuentra en las mujeres con escasos recursos y con hijos, las candidatas más adecuadas para obtener el mismo objetivo, pero a más bajo costo” (Ibid., p. 102).

¹¹ Señala Sambrizzi criticando este tipo de acuerdos: “el objeto del contrato consiste en un ser humano, permitiendo un acuerdo de esa especie que las mujeres pobres que necesitan desesperadamente un ingreso extra y que se prestan a un acto que no puede sino ser calificado de inmoral, sean explotadas por aquellas personas (solas o en pareja, varones o mujeres) con bienes suficientes, que quieren tener un hijo, pero que no pueden o no quieren pasar por las incomodidades del embarazo” (Sambrizzi, Eduardo, 2012, “Apuntes varios sobre distintos aspectos de la procreación asistida en el Proyecto de reformas”. En: Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año IV. No. 11. Buenos Aires). “La llamada subrogación de útero o madre de alquiler es un ejemplo de cómo se puede obligar a un embrión a desarrollarse en un medio que le es ajeno, cercenando su derecho a desarrollarse en el seno de la madre que la ha engendrado” (Vila-Coro, María Dolores, 1995, Introducción a la Biojurídica. Madrid: Universidad Complutense, p. 209).

¹² Fuente: British Medical Journal 2014; 348: f403, tomado de: http://www.observatoriobioetica.org/2014/03/el-mercado-reproductivo-en-india/?utm_source=wysija&utm_medium=email&utm_campaign=432. Consultada el 20.08.2014).

Para tener una mejor idea del movimiento que hay en materia de reproducción asistida, baste mencionar que, en el año 2012, en Estados Unidos, de acuerdo a la Sociedad de Tecnologías de Reproducción Asistida, se realizaron 165.172 procedimientos de fertilización in vitro, superando en 2.000 el número de bebés probeta registrado en el 2011,¹³ no obstante los riesgos que la técnica implica.

Un factor que ha contribuido con el protagonismo de la técnica, a pesar de implicar un tratamiento muy costoso –como señalan López y Aparisi¹⁴– ha sido la publicidad que le han hecho el que recurran a ella actores y cantantes famosos como Sarah Jéssica Parker, Elton John, Nicole Kidman, Miguel Bosé o Ricky Martin. Todo ello sin contar con una vasta publicidad, ya sea directa o indirecta, a través de los medios de comunicación, el cine, las telenovelas, etc.

Todo esto se desarrolla sin que las personas que se someten a estas técnicas estén debidamente informadas tanto de los riesgos (que incluye la prematuridad o el menor peso de los nacidos mediante estas técnicas, que genera diversos problemas de salud¹⁵) como de las menores posibilidades

¹³ En cuanto a algunos riesgos vinculados con las técnicas de reproducción asistida, observa la Academia Pontificia para la Vida, en su Comunicado final de la X Asamblea General (21.02.2004) que, aparte de su cada vez más frecuente uso como un apresurado recurso como única forma de tratamiento útil, “... se vislumbra en el horizonte un fenómeno todavía más inquietante: (...) la instalación progresiva de una nueva mentalidad, según la cual el recurso a las ARTs, (técnicas de reproducción asistida) podría representar, con respecto a la vía natural, el proceder directo y preferencia de traer al mundo un hijo, pues por medio de estas técnicas es posible ejercer un control más eficaz de la calidad del concebido para ajustarla a los deseos de quien la encarga. Todo ello contribuye a considerar al hijo nacido mediante las ARTs como si fuera un producto, cuyo valor depende de su buena calidad, sometida a exigentes controles y cuidadosamente seleccionada. La consecuencia dramática de esta nueva actitud es la eliminación sistemática de aquellos embriones humanos que resultan carentes de la calidad considerada suficiente de acuerdo con parámetros y criterios inevitablemente cuestionables” (Sgreccia, Elio, 2008, A favor de la vida. Temas actuales de Bioética. Buenos Aires: Agape Libros, p. 17).

¹⁴ López Guzmán y Angela Aparisi. Op. cit., p. 257.

¹⁵ De acuerdo con un informe sobre la aplicación de la tecnología de reproducción asistida (ART, por sus siglas en inglés) en Estados Unidos, en el año 2010:

de sobrevivencia de los embriones generados mediante las técnicas de reproducción asistida.

La instrumentalización muchas veces subyacente de la mujer en su empleo, la posibilidad de generar nuevas formas de discriminación, la comercialización de las técnicas de reproducción asistida, la manipulación y pérdida de embriones que ella implica, la aplicación del diagnóstico pre-implantatorio como si fuera un control de calidad de un producto mercantil, la discriminación de los embriones defectuosos que lleva a “desecharlos”, lo artificial de la técnica al evadir la selección natural con los riesgos de taras o enfermedades genéticas que implica, el hecho que la aplicación de estas técnicas en realidad no remedia la esterilidad de las parejas, el mal uso de las técnicas por mera comodidad o por capricho, entre otras razones, llevan a la crítica de las mismas, como enumera Morán de Vicenzi.¹⁶

También el jurista nacional Víctor Guevara Pezo, luego de pronunciarse porque solo se debe de aceptar la inseminación homóloga, manifiesta que el uso de la fecundación in vitro es objetable por la supresión de varias vidas que implica la selección de embriones y por cuanto considera que “...consagra la deshumanización de la relación humana de los seres, pues ésta es reemplazada por la intermediación

“The rates of low birthweight and very low birthweight infants were disproportionately higher among ART infants than in the general birth population. (...) Preterm births are a leading cause of infant mortality and morbidity, and preterm infants are at increased risk for death and have more health and developmental problems than full-term infants”. Sunderam, Sasawati; Kissin, Dmitry M.; Crawford, Sara; Anderson, John, E; Folger, Suzanne G.; Jamieson, Denise J. y Wanda D. Barfield. “Assisted Reproductive Technology Surveillance — United States, 2010”. En: *Morbidity and Mortality Weekly Report (MMWR)* / December 6, 2013 / Vol. 62 / No. 9. Atlanta: Centers for Disease Control and Prevention (CDC), p. 10.

¹⁶ Para Claudia Morán estas técnicas no deben aplicarse por ser ilícitas al vulnerar el derecho a la vida y a la dignidad de los concebidos (Morán de Vicenzi, Claudia, 2008, “La Filiación y la Fecundación Artificial”. En: Varios autores. *Temas de Bioética y Derecho*. Lima: Cátedra Unesco de Bioética y Biojurídica-Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, p.154.

manipuladora de los laboratorios que pretenden convertirse en factorías de vida”.¹⁷

Otro factor que se menciona –frecuentemente obviado- es que, en el caso de la subrogación materna, “además surgen, graves problemas en consideración del “diálogo” materno-fetal que se instaura desde las primeras fases del desarrollo del embrión, demostrado indubitablemente desde el punto de vista científico”.¹⁸

Sobre las consecuencias de recurrir a las técnicas de reproducción asistida, manifiesta por su parte Antonio Carrera:

“... implica procesos largos y penosos. Es un camino de decepciones y esperanzas que puede implicar varios años de la vida de la mujer y de su pareja (...) La presión psicológica a la que se enfrenta la pareja, en especial la mujer, es muy desgastante, pues el procedimiento (...) está lleno de inquietudes, sufrimientos, angustias, miedos, además de soportar los efectos de los medicamentos y enfrentarse a procedimientos fuertemente invasivos. El hombre, por su lado, se siente desplazado, debido a que el protagonista principal es el médico que atiende a su esposa y será el que haga posible que su esposa quede embarazada”.¹⁹

En cuanto a las consecuencias de tipo psicológico, estima Cabrera, que la mujer puede subvalorar a su esposo en razón del donador o al revés. Puede aparecer un sentimiento de haber traicionado al esposo y otros

¹⁷ Guevara Pezo, Víctor (2002). “Vacíos en el sistema legal en materia de biojurídica”. En : Varios autores. Bioética y Biojurídica. La Unidad de la Vida. Lima: Ediciones Jurídicas UNIFE, p. 140.

¹⁸ Torlone, Gaetano (2010). “La familia y Bioética”. En: Apuntes de Bioética, Año 1, No. 1, setiembre 2010, p. 63.

¹⁹ Cabrera, Antonio (2011). La atención integral a las personas con problemas de fertilidad: Estudio de campo realizado en México. Tesis de Doctorado para el Ateneo Pontificio Regina Apostolorum, presentada en Roma. México: p. 34.

sentimientos de culpa y agresividad en sus relaciones, además de la posibilidad de generar en el marido sentimientos de inferioridad.²⁰

A inicios de agosto del 2004, una noticia volvió a poner en entredicho nuevamente la aplicación de la fecundación in vitro, a propósito de un caso de vientre de alquiler: un matrimonio australiano que alquiló un vientre a una mujer en Tailandia, decidió abandonar a uno de los bebés, nacidos en diciembre del 2013, porque tenía síndrome de Down y una grave afección en el corazón, volviendo a su país solo con la hermana que nació sana. La noticia generó una gran indignación a nivel internacional; el propio primer ministro de Australia se hizo partícipe del caso y ofreció ayuda para el niño abandonado –llamado Gammy- cuya concepción había sido “encargada” por 10 mil euros a Pattaramon Chanbua, una mujer de 21 años, de escasos recursos y con muchas deudas. Conocido el problema durante el embarazo, la pareja australiana le había pedido que abortara, a lo que ella se negó porque el aborto no es aceptado por el budismo, su religión.

No es éste, sin embargo, el primer caso de este tipo. A raíz del caso de Gammy, se han conocido otros como el de Delaney Ott-Dahl, en Estados Unidos, una niña nacida con síndrome de Down, que también fue rechazada por quienes contrataron a su madre mediante un contrato de maternidad subrogada.²¹

En marzo de 2013, un reportaje de CNN reveló el caso de una pareja de Connecticut que ofreció a la madre subrogada que había contratado para gestar un bebé, nada menos que la suma de US\$10,000 para que aborte el niño que estaba gestando por considerarla la “solución más humana” debido a que venía con una serie de defectos físicos (quiste en el

²⁰ Ibid., p. 34.

²¹ <https://www.yahoo.com/health/california-couple-shares-surrogate-story-in-wake-of-95207128652.html> (Consultada el 30.08.2014).

cerebro, paladar hendido y una anormalidad compleja de corazón), instándola a que termine con el embarazo de inmediato. La madre – Crystal Kelley- que en un momento llegó a pedir US 15.000, pero finalmente se negó y continuó con el embarazo, marchándose a Michigan para no tener problemas legales, pues en dicho estado se considera como madre a la madre subrogada; nacida la niña, buscó un programa para dar en adopción a su bebé.

En octubre de 2010, asimismo, había salido a la luz pública el caso de una pareja en Canadá que instó a la madre de alquiler que contrataran a efectos de abortar el feto por tener el síndrome de Down.²²

Antes, en el Perú, en el año 2010, se conoció también otro caso que puso sobre el tapete el tema de la fecundación in vitro: Una pareja chiclayana –los esposos Ana Rodríguez y Walter Gonzáles- anunciaron públicamente que demandarían a la clínica Concebir por un millón de soles, debido a haber tenido una niña con síndrome de Down y con males cardíacos congénitos, luego de que se sometieran a una fecundación in vitro en dicho lugar y tuvieran mellizas. Los padres argumentaron que ellos se sentían engañados al recibir un “producto fallado” y cuestionaron que no se haya hecho previamente un Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) para seleccionar otro embrión, acusando a la clínica de negligencia médica.²³

La pareja expresó públicamente que se sentía estafada por haber pagado US\$15.000 por el tratamiento completo de fecundación in vitro,

²² <http://life.nationalpost.com/2010/10/06/couple-urged-surrogate-mother-to-abort-fetus-because-of-defect/> (Consultada el 31.08.214C)

²³ La pareja expresó públicamente que se sentía estafada por haber pagado US\$15.000 por el tratamiento completo de fecundación in vitro, habiéndole prometido la clínica “los mejores embriones: los más vivos, los más capacitados”, lo cual no había cumplido; en un reportaje, incluso, el padre preguntó al entrevistador: “¿Cómo se sentiría si le dieran un producto fallado?” (Diario El Comercio. Lima: edición del 12.11.2010. En: <http://elcomercio.pe/lima/667840/noticia-padre-bebe-in-vitro-como-se-sentiria-si-le-dieran-producto-fallado> (Consultada el 30.12.2010).

habiéndolo prometido la clínica “los mejores embriones: los más vivos, los más capacitados” y no les habían cumplido; en un reportaje, incluso, el padre preguntó al entrevistador: “¿Cómo se sentiría si le dieran un producto fallado?”

1.2. ¿Existe un “derecho al hijo”?

A fin de justificar el uso de la técnica, se ha invocado la existencia de un supuesto “derecho al hijo”²⁴; y la técnica ha terminado siendo puesta al servicio del casi irrestricto deseo de los padres, antes que al mejor interés del hijo.²⁵ Las personas podían tener propiedades, pero no ser propiedad; ser sujetos de derecho, pero no objeto de derecho; hoy parece más bien que pueden ser ya derecho o propiedad de otro.

Coincidiendo con López y Abellán, consideramos que no se puede caracterizar al hijo como un “derecho”, pues no se puede tener derechos sobre las personas, ni puede exigirse al otro, al Estado o a la autoridad sanitaria que nos dé un hijo, pues, por su dignidad como persona, ningún ser humano puede ser cosificado.²⁶ Como también dice Lacalle, no existe un pretendido “derecho al hijo”.²⁷

²⁴ “Otra de las corruptelas que se han introducido en el lenguaje jurídico es considerar que existe un derecho a la maternidad por parte de la mujer –que no existe como tal en ninguna carta de derechos fundamentales, en ninguna Constitución-, interpretando de un modo unilateral el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad de las mujeres” (Corral García, Eduardo, 2013, “El lenguaje bioético en la normativa y jurisprudencia sobre problemas biojurídicos”. En: Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2^a, p. 247).

²⁵ “Las técnicas de procreación asistida surgieron como remedio a matrimonios estériles. Después se han convertido cada vez más en el instrumento para satisfacer el “derecho a un hijo”, y colmar así el deseo de autorrealización de una pareja o incluso de una mujer sola. Pero hay que preguntarse si las crecientes posibilidades técnicas al servicio de la reproducción sirven también en todo caso al interés del futuro hijo” (Vega, Ana María. “El derecho a un hijo”. En: <http://www.aceprensa.com/articulos/el-derecho-a-un-hijo/>. Consultada el 12.12.2003).

²⁶ López Barahona, Mónica y José Carlos Abellán (2009). Los Códigos de la Vida. Madrid: Homolegens, p. 129. En ese sentido, la adopción de menores no es un instrumento para dar un hijo a quien no lo tiene, sino, al contrario, el medio para dar

Resalta Abellán que la consagración jurídica del derecho a un hijo, como concreción del derecho a la reproducción, no es reconocida por ninguna declaración internacional de derechos humanos. Se protege el derecho del niño a unos padres y a una familia, que protegen esa realidad una vez que se ha producido, pero no el derecho a llegar a serlo.²⁸

Rodolfo Vásquez, expresa por su lado que “Deliberadamente me ubico en el *derecho del hijo* a una vida estable y rechazo la idea de que exista en la mujer un *derecho al hijo* que haría de este último, que es un fin en sí mismo, un medio al servicio de los deseos o intereses de otra persona”.²⁹

Como señala Olguín, “El “derecho al hijo” no existe, ya que se debe tener una visión del niño no como un objeto o como un medio para satisfacer intereses personales o de pareja, sino como un sujeto, como un fin en sí mismo”.³⁰ Por otro lado, se sostiene que no sería procedente

unos padres a quien está privado de ellos. Por su lado, anotan Dolores Loyarte y Adriana Rotonda (1995, Procreación humana artificial: un desafío bioético, aspectos biomédicos, aspectos bioéticos, aspectos jurídicos. Buenos Aires: Depalma, p. 391) que “la noción misma de derecho a la procreación es objeto de cuestionamientos, cuando se la erige en un derecho “al hijo” en el cual se está objetivando impropiamente al sujeto de derechos –hijo-. Se cristaliza y concreta aún más lo criticable de esta última postura, cuando se pretende esgrimir el derecho a la procreación en un derecho absoluto, pues los derechos absolutos no existen. (...) todo derecho –en el ámbito del ejercicio de la libertad- puede ser objeto de una limitación, en principio, por la vigencia del derecho de otro sujeto, o de la sociedad en su conjunto”.

²⁷ Lacalle Noriega, María (2013). La persona como sujeto de derecho. Madrid: Dykinson, p. 122.

²⁸ Abellán, Fernando (2007). Selección genética de embriones: Entre la libertad reproductiva y la eugenesia. Granada: Editorial Comares, p. 142.

²⁹ Vásquez, Rodolfo (1993). “Ética, Derecho y Fecundación Asistida”. En: Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, No.19. Alicante: Universidad de Alicante, p. 461.

³⁰ Olguín Britto, Ana María (2007). “Los derechos de filiación en las técnicas de fecundación artificial”. En: La Familia: Naturaleza y Régimen Jurídico en el Siglo XX. Jornadas Internacionales de Derecho de Familia .Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, p. 16. Agrega la misma autora que “La visión que plantea el derecho al hijo se contrapone a la visión planteada por la adopción, la patria potestad y la

considerar la función procreativa como un derecho humano, pues no es algo que depende de nuestra libertad, sino más de procesos de la naturaleza.

La propia Mary Warnock, quien como se sabe tiene una posición bastante abierta en cuanto a la fecundación asistida y presidió la Comisión conocida por su nombre en Inglaterra, expresa que “la procreación no es una necesidad básica que pueda generar la obligación de que se satisfaga del mismo modo que lo hace la nutrición”; agregando que la reproducción no puede ser considerada como un derecho fundamental ni como una necesidad universal, para decir luego que “nadie puede propiamente reclamar el derecho legal a la reproducción asistida, y menos aún el derecho a tener éxito en el intento de tener un hijo”, añadiendo finalmente que “debemos guardarnos del peligro de confundir lo que es apasionadamente deseado y querido con lo que es un derecho”.³¹

En Australia, en un artículo publicado en agosto del 2014, Renate Klein, investigadora sobre la salud de la mujer, cuestiona enfáticamente la idea de un “derecho al hijo”, resaltando que los niños no son mercancías ni materias primas.³²

tutela que tienen como finalidad buscar el bienestar de los hijos y asegurar el cumplimiento de sus derechos elementales reconocidos internacionalmente, tales como el derecho a una filiación materna y paterna, el derecho a conocer sus orígenes genéticos, el derecho a pertenecer a una familia, etc”. (Ibid., p. 16).

³¹ Warnock, Mary. *Fabricando bebés. ¿Existe un derecho a tener hijos?*. Barcelona: Gedisa, p. 35, 65 y 130. Sin perjuicio de lo expuesto, considera que la compasión, como principio de la profesión médica, exige que los estériles sean sometidos a tratamiento en el caso que deseen concebir.

³² “We need to reduce the demand for surrogacy. Surrogacy is a heartless, exploitative, capitalist enterprise. There is no right to a child; children are not commodities, and surrogates are not just "suitcases" or "angels" (depending on your point of view). Infertility can be very sad but we need to also understand that many women are pushed into surrogacy because of IVF failures (more income for IVF clinics). There are so many children around who deserve love and attention - why insist on your own genes and commodify a woman in the process (even if she says it's her "choice" or she needs the money)?

Introducing commercial surrogacy in Australia is not the answer. Reducing demand for all types of surrogacy is (Klein, Renate. “Baby Gammy has shown the need for debate on surrogacy”. En: *The Canberra Times*. Canberra: edición del 20.08.2014.

En nuestra doctrina, también se pronuncian en contra de la idea de un “derecho al hijo”, autores como Rodríguez Cadilla³³ y Morán de Vicenzi.³⁴

1.3. Fecundación in vitro y anonimato

Lo cierto es que, a la fecha, se calcula que existen ya más de 5 millones de “bebés probeta” y cientos de empresas e institutos dedicados a producirlos, y las cifras siguen en aumento. Independientemente de que estemos o no de acuerdo con ella, la práctica existe y es legal en varios países.³⁵

En el caso de la reproducción asistida homóloga, la tendencia ha sido la de una cada vez más creciente aceptación en los ordenamientos jurídicos; apareciendo como más polémica, sin embargo, la reproducción asistida heteróloga. Entre los argumentos en contra, se menciona, que en tal supuesto intervienen componentes genéticos extraños (al marido, a la mujer o a ambos), asumiéndose el criterio de que ningún ser humano tiene

En: <http://www.canberratimes.com.au/comment/baby-gammy-has-shown-the-need-for-debate-on-surrogacy-20140819-105pfx.html> (Consultada el 30.082014)

³³ “Creemos que no existe un derecho al hijo, que el deseo de ser madre no debe aceptarse a cualquier precio y que no sólo se debe pensar en quienes quien ser padres sino también y fundamentalmente, en los derechos que tiene el hijo que quieren engendrar” (Rodríguez-Cadilla Ponce, Rosario, 1997, Derecho Genético: Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Su trascendencia jurídica en el Perú. Lima: Editorial San Marcos, p. 244). Cuestionando la posibilidad de la paternidad post mortem, sostiene Valverde: “... el deseo de los padres no es fuente de derechos y el hijo no puede ser objeto del deseo de los padres” (Valverde Morante, Ricardo, 2001, Derecho Genético. Reflexiones jurídicas planteadas por las técnicas de reproducción humana asistida. Lima: Gráfica Horizonte, p. 157).

³⁴ Morán de Vicenzi, Claudia (2008). Op cit., p. 154.

³⁵ Sobre las consecuencias de la reproducción artificial, véase también: Vila-Coro, María Dolores (2010). La vida humana en la encrucijada. Madrid: Ediciones Encuentro, p. 216.

derecho, desde un punto de vista ético, a disponer de sus componentes genéticos³⁶, por lo menos de esta manera. Vila-Coro, por su parte, afirma que “La reproducción asistida heteróloga modifica la trayectoria vital del individuo, le priva de su derecho de ser la consecuencia de su propia indeterminación. Además, incide en su independencia, entendida la independencia como expresión de libertad, al insertarle en un medio familiar que le es ajeno.”³⁷

Ante el argumento que invoca la autonomía de la voluntad para justificar el uso de esta técnica, sostiene Ana María Vega lo siguiente:

“Es fácil y cómodo aducir el libre desarrollo de la personalidad como argumento para justificar el máximo respeto a las decisiones procreativas. Pero la libertad exige responsabilidad, especialmente cuando en el ejercicio de esa libertad están implicados los derechos fundamentales de otras personas, en este caso, los del futuro hijo”³⁸.

En todo caso, frente a la práctica de la misma, es fundamental que la aplicación de esta técnica vaya aparejada de una adecuada información a quienes recurren a ella, a fin de garantizar un efectivo consentimiento informado, como también la transparencia del caso. Por ejemplo, hoy en día, tenemos entre nosotros que existen institutos y clínicas que facilitan la reproducción asistida, pero no se tiene ninguna referencia de dónde obtienen los espermatozoides o los óvulos que utilizan, sin contar con que

³⁶ Cárdenas Quirós, Carlos (1994). Estudios de Derecho Privado (Reflexiones de un tiempo). Lima: Ediciones Jurídicas, p. 85.

³⁷ Vila-Coro, María Dolores (1992). “Los límites de la Bioética”. En: Varios autores. Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética. Madrid: Eudema, S.A. (Ediciones de la Universidad Complutense S.A.), p. 71.

³⁸ Vega, Ana María. Op. cit. Anota Lacalle que: “Del mismo modo que la libertad es el poder elegir con vistas a una finalidad, la responsabilidad es la aptitud para dar cuenta de esas elecciones. Libertad y responsabilidad son dos conceptos paralelos e inseparables” (Lacalle Noriega, María. La persona como sujeto de derecho. Madrid: Dykinson, p. 35).

ofrecen incluso “servicios” de “ovodonación” o de selección de sexo, pese a que jurídicamente ello no está permitido³⁹.

Por otro lado, es de tener presente que el éxito de estas técnicas es estadísticamente bajo, además de ser un tratamiento oneroso y largo, de impredecibles resultados, lo cual debería ser informado debidamente a las personas interesadas, por lo que resulta conveniente que siempre deba tenerse en cuenta, a la hora en que una pareja afronta problemas de infertilidad, la alternativa de la adopción.

Otro tema que se debate, vinculado con estas técnicas, es la posibilidad que una mujer sola pueda hacer uso de los métodos de reproducción asistida, respecto a lo cual juristas de nota como el argentino Gustavo Bossert se oponen invocando el principio del interés superior del niño no gestado, ya que estaríamos trayendo al mundo exprofesamente un niño sin padre; también se opone a la idea Rodolfo Vásquez, teniendo en cuenta la necesidad del niño de contar con una familia estable, entre otras.⁴⁰ Claro que es cierto que lo mismo pasa cuando una mujer enviuda durante su embarazo, pero la diferencia es que mientras en un caso se trata de un hecho impredecible, en el otro se trata de algo que podemos evitar. El citado profesor hace un interesante análisis del tema, a partir de su comparación con la adopción:

³⁹ En Inglaterra, en noviembre del año 2003, la Autoridad de Embriología y Fertilización Humana (HFEA, por sus siglas en inglés), rechazó la libre elección del sexo de los bebés, salvo razones estrictamente médicas, como la hemofilia; la autoridad arribó a dicha conclusión luego de un año de consultas a la población, mostrándose el 80% contrario a la técnica, considerando que se debe valorar la naturaleza incondicional del amor de los padres. Empero, países como Chipre, Estados Unidos, Jordania, México, Nigeria, Panamá, República Checa y Tailandia, sí permiten actualmente la selección del sexo. En España, en junio del 2013, diversos medios difundieron la noticia de una iniciativa legislativa promovida por las clínicas de fertilidad para que se permita a las parejas elegir el sexo de su bebé.

Cabe indicar que la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida española considera entre sus infracciones “muy graves” la selección de sexo, con la única excepción de la existencia de motivos terapéuticos.

⁴⁰ Vásquez, Rodolfo (1993). Op. cit., p. 461.

Así como en la adopción una mujer sola (sea soltera, divorciada o viuda), puede incorporar a su vida como hijo, a un niño extraño, parece que igual podría hacerlo por la vía biológica (y –agregamos- podría pensarse entonces en la aplicación del principio “donde hay la misma razón, hay el mismo derecho”), pero advierte entonces una diferencia esencial si vemos el caso desde la perspectiva del niño, pues en el caso de la adopción la mujer incorpora a su vida una criatura que ya existe y que seguramente está abandonada, mientras que en el otro caso se está hablando de crear un niño que todavía no existe. Ante esto, el citado autor recuerda que la situación óptima para una criatura es acceder a un hogar en donde exista un padre y una madre, añadiendo que: “Despojados totalmente de prejuicios, sólo por esta perspectiva del interés de la criatura, es que nos parece que el texto legal debería excluir la posibilidad de la inseminación de la mujer sola”⁴¹.

También son temas discutibles que giran en torno a las técnicas de reproducción asistida: el contrato de “alquiler” de vientre, la discusión de la posibilidad de aplicar estas técnicas en el caso de concubinos, el caso de error en el uso del material genético⁴², etc., pero, en todo caso, estimamos que, en general, en cuanto a las técnicas de reproducción asistida, debemos tener presente las palabras de Bossert, quien luego de considerar a las mismas, junto a la fisión del átomo y la salida al espacio, como los logros científicos del siglo XX que, de seguro, van a incidir más hondamente en el futuro de la humanidad, agrega que: “Cada uno de ellos ofrece posibilidades notables de contribuir al bienestar, pero también a la

41 Bossert. Gustavo (1995). “Fecundación humana asistida”. En: Varios autores. Derecho Civil de nuestro tiempo. Lima: Universidad de Lima – Gaceta Jurídica, p. 91. Para Espinoza, en cambio, debería permitirse someterse a este tipo de prácticas a las parejas, casadas o no y a las mujeres solteras en edad fértil. (Espinoza Espinoza, Juan, 2012, Derecho de las Personas. Concebido y Personas Naturales. Tomo I. 6ª. Edición Lima: Grijley, p. 129).

42 Bossert. Gustavo (1995). Op. cit., p. 89.

desviación y la catástrofe, si no prevalece la prudencia en la aplicación y perfeccionamiento de esas conquistas”⁴³.

El desarrollo de la reproducción asistida ha generado, entre otras cosas, que, recientemente, en agosto del 2014, se haya planteado en Australia la posibilidad de revisar el ordenamiento jurídico para permitir el reconocimiento de una paternidad múltiple, según un informe preparado para el gobierno, denominado “Report On Parentage And The Family Law Act”; la propuesta se basa en que la adopción y las nuevas formas de reproducción a través de la tecnología están creando nuevas tensiones en la definición del concepto de paternidad.⁴⁴

Como se sabe, los procesos de fecundación in vitro se han venido haciendo, por lo general, teniendo como principio fundamental el del anonimato de los “donantes”, salvo naturalmente los casos en los que la propia pareja es la que “consigue” un dador o donante, para suplir la incapacidad física de uno de ellos (o de ambos) para poder engendrar un hijo. Mas en estos casos en que los padres “buscan” al donante, es de observar que, respecto al hijo, por lo general igual existe el anonimato, pues se le oculta a este tal información tan importante respecto a su origen.

Cuando la pareja tiene problemas para concebir, recurre muchas veces a un banco de espermios u óvulos (y, en algunos países, hasta de embriones), para terminar recibiendo el material genético que necesita sin conocer su origen biológico, exponiéndose por tanto a una serie de riesgos,

43 Ibid., p. 89.

44 La propuesta recomienda que la palabra “parent” sea reemplazada por “other significant adults” u “other people of significance to the child”, omitiéndose hablar entonces de “both parents”, pues ya no tendría sentido hablar de “ambos padres”, al reconocerse distintas categorías de paternidad: legal, adoptiva, genética, intencional, psicológica, social y subrogada, entre otras (Boletín BioEdge. Australia: edición del 17 de agosto de 2014. En: http://www.bioedge.org/index.php/bioethics/bioethics_article/11107. Consultada el 17.08.2014).

el cual se agrava si tenemos en cuenta que no suele existir un real control del Estado respecto a este tipo de actividades.

Es interesante mencionar aquí, justamente, que, a inicios de abril del 2013, se conoció la noticia que la Agencia Gubernamental de Salud de Dinamarca está reconsiderando la política del anonimato de los donantes de esperma para prevenir la transmisión de enfermedades a través de los bancos de espermias. Ello ha sido motivado, fundamentalmente, por el caso de Henrik Koch, de 60 años, quien fue diagnosticado del problema canceroso vinculado con el hereditario síndrome de Lynch, luego de algunos años de haber donado esperma, quien entonces hizo un llamamiento al gobierno para que se avise de este problema hereditario a las mujeres que usaron esperma suyo, a fin que las potenciales víctimas puedan tomar tratamientos tempranos para evitar morir como él.⁴⁵

Para justificar el anonimato, de la misma manera, se invoca el derecho a la intimidad de los padres, entre otras consideraciones, que a veces lo que buscan en el fondo es disimular más bien algún interés comercial por parte de las empresas que se dedican a este tipo de actividades.

En términos generales, la persona nacida mediante una fecundación in vitro, no suele conocer su origen genético específico ni el propio hecho de haber nacido mediante dicho procedimiento, mencionándose dentro de los argumentos en favor del secreto, los siguientes:

- Necesidad de velar por la unidad familiar.
- Deseo de ocultar la esterilidad de uno de los miembros de la pareja, que les impidió concebir al hijo naturalmente.
- Temor de provocar problemas psicológicos al niño.

⁴⁵ Boletín BioEdge. Australia: edición electrónica del 06.04.2013.

- Preocupación del dador de que pueda el hijo reclamarle algún derecho posteriormente.
- Invocación del derecho a la intimidad.
- Miedo a que el menor deje de querer a quien suponía era su padre.
- Inquietud por cómo reaccione el niño, la familia o los amigos: discriminación, burla, hostigamiento, etc.
- Miedo en general al “qué dirán”.
- Temor a que la supresión del anonimato derive en que un menor número de personas quieran donar sus gametos.
- Invocación del derecho a la libertad reproductiva y el derecho a la salud.

Dentro de los argumentos en contra del secreto, se pueden mencionar los siguientes:

- La idea de que toda persona tiene derecho a conocer su origen biológico.
- Necesidad de evitar que se den incestos por accidente.
- Prevenir futuros problemas de salud de carácter hereditario y/o enfrentarlos de la mejor manera.
- Invocación del derecho a saber y/o del derecho a la información.
- Riesgo de que el niño pueda percibir señales que lo hagan dudar de su identidad.
- Temor de que el niño se entere por otro medio.
- Los secretos en la familia pueden afectar el desempeño de la misma en general y de sus integrantes en particular.
- Experiencia de los casos de adopción que evidenciaría la necesidad de no ocultar este tipo de información.
- Evitar constituir una forma de discriminación en la que unas personas tienen derecho a conocer sus orígenes y otras no.
- Vinculación del conocimiento de dicha información con el derecho a la libertad y a la dignidad de la persona.

1.4. Planteamiento de la investigación: Una creciente inquietud

1.4.1. Planteamiento del problema

Desde que naciera el primer bebé probeta, Louise Brown, en Inglaterra, en 1978, han pasado pocas décadas. Como el número de personas nacidas mediante una fecundación asistida ha venido incrementándose, poco a poco, pero en forma sostenida, la gran mayoría de los nacidos producto de una fecundación in vitro son todavía gente muy joven como para sospechar o interesarse sobre sus orígenes y reclamar se les informe del particular. Empero, podemos vislumbrar que, en un tiempo no muy lejano, estas personas, en la medida que vayan teniendo más edad, tendrán cada vez más inquietud por saber sus orígenes. Tan es así que ya en Australia, Estados Unidos y Argentina, por ejemplo, han empezado a aparecer reclamos individuales al respecto y hasta ya han surgido algunos de tipo colectivo, bien apoyados por las redes sociales. Mencionemos solamente algunas referencias noticiosas:

En Buenos Aires, Argentina, el 10 de noviembre del 2003, por ejemplo, se creó la asociación Raíz Natal “Por el derecho a la identidad biológica”, con el propósito expreso de “Búsqueda de Origen Biológico, lazos paternos filiales; orientación y asistencia profesional; concientización social; y promoción de leyes afines a la causa”. Sobre el tema, el 18 de mayo del 2014, el diario argentino La Nación, bajo el título “Identidad desconocida: el lado no previsto de la fertilización asistida”, decía lo siguiente:

“A medida que los tratamientos se hacen más accesibles y se difunden entre distintos tipos de destinatarios, un fenómeno inesperado empieza a hacerse visible: las personas que, enteradas de que fueron concebidas por donación de óvulos y espermatozoides -unas 1000 cada año en el país-, quieren conocer a sus padres

genéticos. En un terreno que cruza la biología, los afectos y el dinero, y mientras crece el reclamo por un registro único de donantes en el país, al choque entre el derecho a la privacidad y a la identidad aún se responde con un vacío legal.”⁴⁶

Existe en Facebook -entre otros medios-, en inglés y castellano, la página: “Busco Conocer Mi Origen y Familia Biológica - Busco mi identidad biológica”: <https://www.facebook.com/identidadbiologica>.

En el año 2011, Alana S., de 24 años, escritora y música de San Francisco, nacida de un donante anónimo de esperma, lanzó la página *The Anonymous Us Project: anonymousUs.org*, en la que invita a padres e hijos a contar sus historias, ya sean positivas o negativas. Antes, apareció la página *Donor Sibling Registry*, con el objeto de ayudar a identificar a los nacidos por el esperma de un mismo dador.

En octubre del 2011, un artículo publicado por The New York Times, en Estados Unidos, concitó gran atención sobre el tema, narrando la historia de la búsqueda de una mujer de los hermanos de su propio hijo, descubriendo al término de su investigación que el padre de su hijo lo era también de otros 149 niños. El artículo advertía, entre otras cosas, de la posibilidad de que se infecten los niños con una enfermedad rara y la posibilidad de “incestos accidentales”.⁴⁷

¿Puede decirse que existe un derecho, que tenemos todos, a conocer nuestro origen biológico? Creemos que sí⁴⁸, tal como pretenderemos

⁴⁶ <http://www.lanacion.com.ar/1691804-identidad-desconocida-el-lado-no-previsto-de-la-fertilizacion-asistida> (Consultada el 10.06.2014).

⁴⁷ Mroz, Jacqueline. “One Sperm Donor, 150 Offspringhttp”. En: The New York Times, edición del 05.09.2011. Disponible en: [://www.nytimes.com/2011/09/06/health/06donor.html?pagewanted=all&_r=0](http://www.nytimes.com/2011/09/06/health/06donor.html?pagewanted=all&_r=0) (Consultada el 23.08.2014).

⁴⁸ Como dice Olguín Britto (2007, op. cit., p. 14), existe un conflicto “entre el instituto de la filiación tal y como se encuentra regulado y muchísimos supuestos provocados por el uso de estas técnicas”.

sustentar en las próximas páginas; empero, este reconocimiento no resulta fácil, pues para ello deben superarse algunas trabas legales, prejuicios, desinformación y hasta intereses económicos que a veces subyacen en la materia.

Adicionalmente, coincidiendo con Aída Kemelmajer⁴⁹, estimamos que el análisis del tema exige un debate interdisciplinario, ya que compromete aspectos éticos, jurídicos, psicológicos, médicos, filosóficos y sociológicos. En tal virtud, consideramos que el escenario más propicio para ello, teniendo en cuenta la complejidad de la materia y la naturaleza de la disciplina, es el que puede ofrecernos la Bioética.

1.4.2. Consideraciones en cuanto al marco teórico

En cuanto al marco teórico conceptual, el estudio se desarrolla en el contexto de la relación que existe y debe promoverse entre la Bioética y el Derecho, teniendo en cuenta tanto la importancia de la Bioética para el Derecho, como la del Derecho para la Bioética.

Al hablar del origen genético de las personas, el trabajo se centra, fundamentalmente, en el caso de las personas que han nacido producto de una técnica de reproducción asistida, aun cuando sus resultados puedan hacerse extensivos a otros temas como el derecho del adoptado a conocer sus orígenes.

Dado que existen pocos estudios sobre el tema en nuestro medio, es conveniente un análisis con una visión más holística, que tenga en cuenta tanto el análisis bioético como biojurídico, lo cual se desarrolla en las siguientes páginas, pasando revista a la legislación y a la doctrina internacional en la materia, para luego ahondar su tratamiento en la

⁴⁹ Kemelmajer, Aída (2010). El nuevo Derecho de Familia. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Grupo Editorial Ibáñez, p. 86.

legislación, doctrina y jurisprudencia nacional, siendo de anotar que el derecho a la identidad no estuvo reconocido en nuestro país sino hasta la Constitución de 1993, gracias a la tenaz propuesta de nuestro ilustre jurista Carlos Fernández Sessarego.

1.4.3. Justificación

El tema materia de este trabajo resulta particularmente pertinente, siendo factible de ser investigado, respondiendo a una preocupación humanista por el ser humano. Su relevancia es evidente, teniendo en cuenta sus implicancias y la importancia de adelantarse a situaciones que pueden presentarse en corto tiempo.

Los resultados pueden ser útiles para motivar a la reflexión respecto a algunas cuestiones que hoy se dan por sentadas (como un supuesto “derecho a la intimidad” para negar a los hijos conocer su origen biológico), pero que requieren ser revisadas; aparte, pretende servir de referencia a efectos de optimizar la legislación vigente y fortalecer tanto el derecho a la identidad como la dignidad del ser humano.

La investigación se vincula directamente con la necesidad de promover una cultura ética en nuestro medio, que privilegie la verdad, la transparencia y el derecho a la información.

El conocimiento que se obtenga del estudio permitirá determinar si estamos ante un derecho fundamental que deba ser reconocido para toda persona, entendiendo el mismo como una categoría de derecho esencial e inherente al ser humano, asumiendo una visión que, superando la visión positivista del Derecho, lo conceptualice no como un simple conglomerado de leyes sino como un conjunto de normas, principios y valores que regulan la vida humana en sociedad.

Asimismo, se buscará establecer si, en todo caso, estamos ante un nuevo derecho dentro de la categoría de los Derechos Humanos o si se trata de una derivación de alguno de los derechos ya reconocidos bajo dicho término. Además, aspiramos contribuir con posibilitar un mejor criterio jurídico por parte de los operadores del derecho, proponer algunas reformas legales necesarias, motivar a las clínicas que brinden servicios de fertilización asistida para que actúen con mayor prudencia y alentar a los ciudadanos para exigir el respeto de este derecho.

El tema, escasamente tratado en nuestro medio, que debe abordarse desde una perspectiva bioética y biojurídica.

Nos encontramos en un momento en el que -como dice Corral-, “el Derecho debe responder a un momento histórico de intenso cambio en la familia y en la esfera de la reproducción”.⁵⁰ En esa tarea, el aporte de la bioética es fundamental.

Asimismo, como observa Marina Pérez Monte: “La equiparación de la realidad jurídica con la biológica y la no discriminación de los hijos ha sido un hito en el Derecho de Familia, que hoy se ve afectado por las novedades introducidas por las técnicas de reproducción asistida”.⁵¹

Existen diversas opiniones, tanto a favor como en contra de la reproducción asistida, especialmente tratándose de la fecundación in vitro, relacionadas con el uso de la técnica en general como en cuanto al derecho de quienes han nacido por esta vía a conocer sus orígenes.

Para sustentar la reserva de la información biológica, se ha invocado el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad reproductiva y el derecho a la salud. Mientras que, del lado de las organizaciones dedicadas a estas

⁵⁰ Corral García, Eduardo. Op. cit., p. 39.

⁵¹ Pérez Monge, Marina (1995). Cuadernos de Bioética 1995/1º, p. 70-71.

actividades, se agrega la libertad de empresa y razones de tipo económico. Mas así, como algunos autores se manifiestan ampliamente abiertos a este tipo de técnicas, existen quienes se ubican en la vereda opuesta u otros, como Héctor Mendoza, que si bien consideran que por regla general debe imperar el anonimato en este tipo de “donaciones”, hacen la salvedad de motivos fundados como el caso de una enfermedad o de la comisión de un delito que hagan necesario mantener la identidad de los donantes.⁵²

La mayoría de legislaciones, al establecer el principio del anonimato, niega la posibilidad de que una persona nacida mediante una FIV pueda conocer quién es su padre biológico, no solo para proteger algo que sus padres quieren mantener en secreto, sino también para proteger al dador y evitarle problemas futuros de reclamos de paternidad que en absoluto le interesan asumir.

Algunos autores, en cambio, plantean la posibilidad de un anonimato relativo, en el cual puede permitirse al interesado acceder al conocimiento de determinados datos de carácter médico o genéticos de su padre que necesite conocer, sin que ello implique conocer la identidad del dador.

Es de reconocer también que, como observa Moro Almaraz: “Realmente, la importancia del anonimato reposa, en gran parte, en la que tiene para el donante que su identidad se desconozca. Pero también en la seguridad que da a las parejas receptoras que su vida no se verá alterada por remordimientos futuros del donante”.⁵³

⁵² Mendoza, Héctor (2011). La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva jurídica. México: Universidad Autónoma de Nuevo León y Editorial Fontamara, p. 146.

⁵³ Moro Almaraz, María Jesús (1988). Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación “in vitro”. Barcelona: Bosch, p. 108.

Existe también una dimensión económica del problema que se explica fundamentalmente si tenemos en cuenta que, en EEUU, cada año nacen entre 30.000 y 60.000 hijos de donantes de esperma y la industria de la reproducción asistida genera ganancias por 3.300 millones de dólares al año.⁵⁴

1.4.4. Objetivos:

a) Determinar si puede considerarse un derecho de toda persona el conocer su origen biológico, especialmente en el caso de aquellas nacidas producto de una técnica de reproducción asistida.

b) Analizar la legislación peruana y proponer alternativas para su perfeccionamiento, teniendo en cuenta los aportes que pueden hacerse desde la Bioética y la Biojurídica.

c) Estudiar la relación que tendría este derecho respecto a los derechos a la identidad, a saber, a la dignidad, a la salud, a la verdad, a la información y a la libertad de toda persona, así como sus implicancias derivadas en otras áreas del saber jurídico.

d) Posibilitar la subsanación del vacío actualmente existente, a efectos de posibilitar un mejor criterio jurídico por parte de los operadores del derecho, proponer las reformas legales que en su caso puedan ser necesarias, motivar a las clínicas que se dediquen a estas actividades para que actúen con mayor prudencia y alentar a los ciudadanos para exigir el respecto de este derecho.

⁵⁴ Fuente: <http://argentinosalerta.org/print/2623>. (Consultada el 18.10.2013)

1.4.5. Hipótesis

- a) Toda persona tiene derecho a conocer su origen biológico, sea que haya nacido por medios naturales o recurriendo a las técnicas de reproducción asistida, teniendo en cuenta el derecho a la identidad que tiene todo ser humano.
- b) Dicho derecho se vincula, asimismo, con otros derechos fundamentales de la persona y principios del ordenamiento jurídico.
- c) El principio del anonimato de los “donantes” o dadores en la reproducción asistida resulta discutible moral y jurídicamente.
- d) Si bien hoy en día, no se conocen todavía en nuestro medio casos de personas que reclamen su derecho a conocer su identidad biológica por haber nacido mediante una fecundación asistida, puede anticiparse un creciente interés en la materia.
- e) El derecho al conocimiento de la identidad biológica tiene un sustento no solo legal sino también psicológico, social, ético, médico y emocional.

CAPÍTULO II

El derecho a conocer la identidad biológica en la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada

Sabemos que existen ya más de 5 millones de personas nacidas mediante las técnicas de reproducción asistida; pero sabemos también que solo unos cuantos saben que han nacido mediante esa vía y menos todavía son quienes conocen cuál es exactamente su origen biológico.

Se empieza a discutir cada vez más si tenemos derecho o no a la posibilidad de conocer dicho origen e, inmediatamente después de ello, la pregunta enseguida es, en todo caso, ¿hasta dónde debe llegar esa información? Médicos, psicólogos, juristas, etc. opinan sobre el particular, pero ¿qué piensan los nacidos mediante dicha vía?; esta es otra pregunta trascendente.

En el año 2002, el *British Medical Journal* publicó un interesante testimonio anónimo, algunas de cuyas líneas vale leer detenidamente, escritas bajo el título “Qué se siente ser hijo de una inseminación por donante”.⁵⁵ El tema es muy delicado y complejo, no es un asunto

⁵⁵ “... For years I have been prevented from exploring my feelings. I feel guilty writing this, even anonymously. It is as if I am betraying my family. I am scared that people will think that I am ungrateful. But I need to write this, for myself and for the other children of donor insemination. I hope that through my experiences others will

meramente legal, ciertamente, pero es un asunto que debe analizarse legalmente. No es una cuestión de carácter meramente ético, pero cualquier opinión debe partir de una perspectiva moral. No es solo un asunto biológico, sino también psicológico, social y, en una palabra, humano, todas cuyas perspectivas deben integrarse en el análisis y desarrollo jurídico.

realise that they are not alone and those who are in a position to help us gain an insight into our isolation.

I have two loving parents. When I realise what it took to conceive me I feel even more wanted, more wanted than friends who were honeymoon babies or conceived unintentionally during teenage romances. Yet as an 11 year old caught up in the turmoil and insecurity of growing up, I was told (in accordance with the current recommendation) of the sacrifice that my dad had made for me. How was I supposed to feel? I tried initially to accept it; in a magical way it was exciting—I could dream that my genetic father was a famous star, a prince, or an amazing sportsperson (...).

As the turbulent teenage years passed the fantasy lost its appeal. I began to think increasingly about where I came from and became angry that I had been deprived of what I believe are my basic rights. In a biology lesson we learnt about genetics and inheritance. The exercises that we were to try on our parents to demonstrate dominance suggested that one of my parents was not genetically related. Luckily, I knew the truth already. Had I not, my parents and teachers would have had some tricky questions to answer (...).

I would scour faces in the street, in the supermarket, and at school, desperately searching for similarities in others—older men could be my father, people my age my half siblings (...) All I wanted was some information, not necessarily to meet him and never for him to feel any obligation towards me.

I am curious about him—he provided half my genes and I have a natural desire to know about my biological origins. (...).

I have shed tears and spent hours thinking about this. (...) I realise that I have to accept the situation as it is now, but however much I try I am often reminded. (...) I am allowed to find out if any future husband is related to me, but I cannot screen every boyfriend. At the optician or general practitioner, I am asked about my family history, yet I know only half of it. (...).

Over the years, the issues have been debated repeatedly. What are lacking are the views of the children created. We are difficult to study. We are anonymous and cannot speak up out of courtesy towards our dads. (...) No one has questioned us, nor provided support for us. We cannot even talk about it with other children of donor insemination. We are denied the rights of normal citizens. We have no voice. The decisions made in the 1970s when I was conceived cannot be reversed. I have to live with the lack of knowledge and accept that there is nothing that I can do to alter this. However, things can be changed for the next generation of DI children and we must have a voice in these decisions.

(...) Should DI children be told at all? How would I have grown up not knowing the truth? Would I have found out anyway and hated my parents for not telling me? I cannot answer that. But I think I am glad that I know (...). (Anónimo, 2002, “How it feels to be a child of donor insemination”. En: *British Medical Journal*, 234, 797. En: <http://www.bmj.com/content/suppl/2002/03/27/324.7340.797.DC1>).

2.1. Derecho a la identidad y derecho a conocer el origen biológico

Toda persona tiene derecho a su identidad, pudiendo definirse la identidad personal, siguiendo a Fernández Sessarego, como “todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y “no otro”.⁵⁶

Dentro de este concepto, puede incluirse tanto el derecho a conocer la identidad biológica como el derecho a la determinación de la relación paterno-filial que, si bien están relacionados, son dos cosas distintas.

Para efectos del presente trabajo, lo que nos interesa es el derecho del hijo a conocer su identidad biológica⁵⁷, dejando aparte el tema del reconocimiento legal de la filiación, el cual no debe considerarse una consecuencia necesaria de lo primero. Sobre este último particular, siguiendo a Mizrahi, es de observarse una clara dicotomía entre biología y derecho. “Mientras la primera responde a hechos naturales que, producidos, son inmodificables, el orden legal comporta una técnica

⁵⁶ Fernández Sesarego, Carlos (1992). Derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Astrea, p. 113. Vila-Coro, a su vez, define a la identidad personal como: “La persistencia del ser en su unidad a través de sus múltiples cambios y determinaciones” (Vila-Coro, María, 1995, “El derecho a la identidad personal”. En: Cuadernos de Bioética 1995/4. Madrid, p. 409). También se le ha definido como “aquella facultad o prerrogativa de ser quien uno es y ser reconocido plenamente de este modo; en otras palabras un derecho al reconocimiento de la autoconstrucción personal” (Siverino, Paola, 2013, “Cuestionamiento de la filiación matrimonial por la esposa”. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia No. 179. Lima: Gaceta Jurídica, agosto 2013, p. 16). Por su parte, Mizrahi, destacando que configura un derecho personalísimo, anota que la identidad personal ha sido caracterizada “como el derecho de cada uno de ser uno mismo, de distinguirse y de ser distinto, sobre la base de sus propios atributos y cualidades personales” (Mizrahi, Mauricio Luis, 2004, Identidad filiatoria y prueba biológica. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 55)

⁵⁷ Como señalan Stilerman, Martha N. y Silvia E. Sepiarsky (1999, Adopción. Integración Familiar. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 197), el derecho de todo ser humano a conocer su identidad biológica es un derecho inalienable de todo ser humano, que responde no sólo a una necesidad psicológica, sino también a uno de los atributos indeclinables de la personalidad. Partiendo del derecho a la identidad, señalan Loyarte y Rotonda, por su lado: “defendemos el derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes, y reconocemos la necesidad innata y consustancial del hombre a indagar sobre lo que fue antes que él” (Loyarte, Dolores y Adriana E. Rotonda. Op. cit., p. 393); las mismas autoras plantean este derecho en favor del menor a cualquier edad y libremente.

jurídica que, en lo habitual, se nutre de la ideología imperante”, de modo que “cuando varían las concepciones y las ideas políticas, éstas –tarde o temprano- terminan por proyectarse sobre el orden jurídico; y ello con el objeto de dar cumplimiento a una “ley” sociológica inevitable: que la norma de derecho desempeñe su rol de *efectividad*”.⁵⁸

Como cuestión conceptual, es de señalar que puede distinguirse el origen genético del origen biológico, siendo que el primero se refiere al mero dato técnico, vinculado con la herencia genética; mientras que el segundo abarca también los vínculos familiares y afectivos que son parte de la propia historia de una persona.⁵⁹

La filiación no puede reducirse al mero dato genético, como factor para determinar la paternidad, teniendo en cuenta que el ser humano es un ser cultural y social, como dice Mizrahi, lo que se inscribe dentro de la corriente actual que considera que la libre investigación de la paternidad no impone tener a la procreación como única fuente de filiación; la identidad de una persona implica no solo una verdad biológica, sino también una verdad sociológica, cultural y social; por otro lado, debe tenerse también en cuenta en la materia la *posesión de estado*, es decir, el carácter fáctico de las uniones familiares y de la vida familiar.⁶⁰

Es oportuno citar aquí a García y De la Fuente, quienes expresan las razones que llevan a una persona al deseo de saber, señalando que no tienen que ver con que el adoptado no se sienta bien con su familia adoptiva, sino que responden más bien, a cuestiones vinculadas con el

58 Mizrahi, Mauricio Luis. Op. cit., p. 19.

59 Kemelmajer, Aída (2010). Op. cit., p. 85.

60 Mizrahi, Mauricio Luis. Op. cit., p. 20 y 21.

sentimiento de identidad del sujeto.⁶¹ Ello mismo –añadimos- puede hacerse extensivo a las personas nacidas mediante técnicas de reproducción asistida cuando involucren a terceros.

Por otro lado, si bien no cabe duda que la autonomía de la voluntad es un elemento esencial del derecho, mal puede sostenerse una supuesta aplicación de dicho principio cuando la persona no tiene una debida información respecto a la decisión que tiene que tomar.⁶²

Para Díaz Alderete, ese derecho al origen y al derecho a la verdad forman parte del derecho a la identidad, sosteniendo que ambos derechos son elementos suficientes para que la persona pueda construir su historia, sin necesidad de que la misma acceda al nombre del ocasional donante.⁶³

En opinión de Fama, “ponderando los derechos en juego debe priorizarse el derecho a conocer los orígenes como un aspecto del derecho a la identidad por sobre los derechos de quienes prestaron su consentimiento para el acto procreacional.⁶⁴

⁶¹ García Villaluenga, Leticia y Linacero de la Fuente, María. “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho Comparado”. En: <http://www.fmyv.es/ci/es/Infancia/lgpi/13.pdf> (consultada el 10.03.13), p. 19-20.

⁶² Por ejemplo, cuando se habla de la fecundación in vitro, existe la creencia errónea de que su efectividad es muy alta, siendo que en verdad es poco eficaz (apenas un 20% a nivel mundial), costosa e implica un alto coste de vidas de embriones humanos (Marcó Bach, Francisco Javier y Martha Tarasco Michel, 2009, “Fecundación in vitro y manipulación de embriones”. En: Porter, Kuthy y otros. Introducción a la Bioética. 3^a. Edición. México: Méndez Editores, p. 227, 239).

⁶³ “Pues no hay una historia previa relevante a la entrega o donación de un gameto, que se constituye como dato fundamental en la identidad del nacido mediante técnicas de reproducción asistida. No hay un deseo, ni una historia de amor ni de abandono, no hay una voluntad de ser padre. Sólo hay una donación de material genético” (Díaz Alderete, Elvina Rosa, 2013, “El derecho a la identidad de los niños nacidos mediante las técnicas de reproducción humana asistidas en el Proyecto 2012”. En: Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año V. No. 1. Buenos Aires: La Ley Sociedad Anónima, enero/febrero 2013, p. 109).

⁶⁴ Fama, María Victor (2012). “El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en: Lecciones y Ensayos, No. 90. En: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/fama.pdf>, p. 190.

Adicionalmente, podemos decir con Bach y Tarasco:

“Si el hijo procede de donantes en una fecundación heteróloga, es decir, cuando existe más de dos padres, si al crecer el hijo decide conocer la identidad del progenitor biológico, debería tener el derecho jurídico a ello, y desde el punto de vista ético lo tiene siempre, ya que cuando se alcanza la edad de la razón, hay una necesidad profundamente enraizada en el ser humano de conocer a su progenitor, para no crear un vacío en su ascendencia. Todos tenemos la necesidad de situarnos en relación a una historia o una familia, lo que forma parte esencial de la propia identidad.”⁶⁵

Figueroa Yáñez⁶⁶, a su vez, señala que el derecho de una persona a su identidad personal, incluye su origen genético, el nombre de sus verdaderos progenitores y algunos aspectos relacionados con su filiación.

Corral García anota, luego de señalar que el menor tiene derecho a conocer su origen biológico, que constituye una potestad vedada por la legislación vigente en España, que debería llevar a la persona reproducida artificialmente a conocer la identidad de su madre cuando llegue a la mayoría de edad, aun cuando sea una mujer que prestó su útero para que allí se alojara el embrión producido con material genético de un tercero.⁶⁷

Vale decir que, en Suiza, la Constitución declara en el inciso g) de su artículo 199, que toda persona tiene derecho a tener acceso a los datos concernientes a su ascendencia. En el ámbito comunitario europeo,

⁶⁵ Marcó y Tarasco. Op. cit., p. 250-251.

⁶⁶ Figueroa Yáñez (2000), con la colaboración de Carolina Collantes Schaale. “Identidad genética y derecho a la identidad personal”. En: Bergel, Salvador Darío y José María Cantú. Bioética y genética. Buenos Aires: Ciudad Argentina, p. 131.

⁶⁷ Corral García, Eduardo. Op. cit., p. 250.

existen sendos precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destacando entre ellos “Gaskin c/ Reino Unido”, del 7/07/1989, “Mikulic c/ Croacia”, del 7/02/2002, y “Ebru et Tayfun Engin Çolak c/ Turquía”, del 30/05/2006.⁶⁸

Finalmente, como dice Ana María Vega, “para permitir al niño construir su propia identidad, no basta asegurarle amor: necesita también que se le asegure un puesto en el árbol genealógico”.⁶⁹

2.2. Derecho a la intimidad y derecho a conocer el origen biológico

Para Carlos Gherzi, los derechos a la identidad y a la intimidad constituyen nada menos que los grandes temas de la primera década del siglo XXI.⁷⁰

El derecho a la intimidad es sin duda un derecho inherente, inalienable, imprescriptible e irrenunciable de toda persona, mas ¿es un derecho absoluto? Sin duda que no, aun cuando tenga que ver con cuestiones estrictamente personales. Y es que, en realidad, no existen derechos absolutos; ni siquiera la vida misma lo es, no obstante ser el más importante.

Así, por ejemplo, en cuestiones médicas, si bien dicho tipo de información es, en principio, estrictamente personal, si estamos ante un

⁶⁸ Fama María, Víctor. Op. cit., p. 182.

⁶⁹ Vega, Ana María. Op. cit.. Por su parte, López y Abellán (op. cit., p. 29), expresan que “A los nacidos tras una fecundación in vitro heteróloga se les niega el derecho a conocer a sus padres biológicos y se les somete al riesgo de poder verse involucrados en relaciones consanguíneas”.

⁷⁰ Gherzi. Carlos A (Director) (2004). Prueba de ADN. Genoma Humano. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 15.

paciente con una enfermedad de transmisión sexual altamente contagiosa como el SIDA, el médico está relevado de la reserva del secreto profesional, como señala Vila-Coro⁷¹; de esta manera, el derecho a la privacidad quedaría relegado frente al derecho a la salud y a la vida de terceros.

Cabe añadir que, como señala Marcelo Palacios, el derecho a la intimidad, y en especial sobre los datos genéticos individuales, implica tanto el derecho del afectado a saber como a no saber,⁷² tema al que nos referimos posteriormente.

Es cierto que existen varios detalles vinculados con la concepción que son de incumbencia solo de los padres, mas ¿puede hacerse extensivo ello al conocimiento del hijo acerca de su origen y de quiénes son sus progenitores? Consideramos que no, por cuanto una cosa es la información sobre cuestiones estrictamente personales y otra cosa es cuando dicha información implica sustancialmente a terceros, más todavía en este caso si atañe literalmente a la vida misma de ese tercero, a su salud, a su biografía, a su existencia.

Ello puede advertirse mejor si tenemos en cuenta los motivos que pueden estar detrás de la búsqueda que hace una persona de sus orígenes, que pueden ser su interés en conocer su mayor predisposición a ciertas enfermedades, saber de determinados riesgos hereditarios de los que puede ser importante estar advertidos, evitar relaciones incestuosas y otras cuestiones esenciales que justifican el querer acceder a nuestro verdadero origen, que incluyen, junto con motivos de salud⁷³, razones emocionales, sociales, afectivas y psicológicas.

⁷¹ Vila-Coro, Maria Dolores (2010). Op. cit., p. 96.

⁷² Palacios, Marcelo (1992). “Biotecnología: Reflexiones éticas y legales”. En: Varios autores. Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética. Madrid: Eudema, S.A. (Ediciones de la Universidad Complutense S.A.), p. 29.

⁷³ Anota Moro Almaraz (Op. cit., p. 109) que la exigencia del anonimato absoluto “implicaría al tiempo un riesgo para la población por la mayor probabilidad de producirse

Siguiendo a Corral, si bien se podría argüir que la madre no cuenta sólo con meros intereses para proteger su pretensión sino también con un verdadero, auténtico y fundamental derecho, como es la intimidad o al respeto de su vida privada:

“... parece muy dudoso que el derecho a la vida privada personal o familiar pueda incluir el ocultamiento de la identidad de un padre respecto del hijo que desea conocerle. Las relaciones familiares y el estado civil son materias de interés público y que no pueden quedar en la reserva de la intimidad. De hecho, existe un Registro público para dar cuenta de estos vínculos de parentesco. Otra cosa es que las circunstancias de la procreación o nacimiento queden amparadas en la esfera de la intimidad”.⁷⁴

A ello se agrega que pareciera más esencial para el desarrollo de la personalidad, y por tanto con mayor jerarquía, el derecho a la identidad que el derecho a la intimidad; por otro lado, el derecho a la identidad viene a ser reforzado por la concurrencia del principio del interés superior del hijo.⁷⁵

Coincidiendo con Fama, estimamos que “Los beneficios del reconocimiento de este derecho justifican el sacrificio a la intimidad de quien ha donado su material genético, y al derecho a formar una familia de

incestos biológicos que dañan la salud individual y colectiva que el Estado ha de tutelar”. También existe la inquietud de que una persona infecte a muchos niños con una enfermedad rara.

⁷⁴ Corral Talciani, Hernán (2010). “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: Los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”. En: Revista Ius et Praxis, Año 16, No. 2. Lima: Universidad de Lima, 2010, p. 75.

⁷⁵ Ibid., p. 76.

los usuarios de TRA, si ello pudiera significar una disminución de la cantidad de donaciones que tornan viable el acceso a tales técnicas”.⁷⁶

2.3. Derecho a la verdad y derecho a conocer el origen biológico

En los años setenta, en Inglaterra, la British Medical Association aconsejaba a las mujeres que se sometían a una inseminación artificial con donante, que vayan a casa después del tratamiento y olvidarlo, o incluso tener relaciones con el marido estéril inmediatamente, de modo que si funcionara el embarazo no estuviera absolutamente claro que el marido no fuera el padre de la criatura, terminando el folleto que se daba a las usuarias del servicio con una frase significativa: “Nadie necesita saber siempre”.⁷⁷

Toda persona tiene derecho a conocer la verdad de todo lo que le atañe y qué verdad más importante que aquella de conocer sus orígenes, su verdad biológica⁷⁸. El tema ha sido ampliamente desarrollado en el ámbito de la adopción, y sus reflexiones alcanzan perfectamente al caso de los nacidos mediante técnicas de fecundación asistida, específicamente en el caso de los concebidos en forma heteróloga.

⁷⁶ Fama, María Víctor. Op. cit., p. 190.

⁷⁷ Warnock, Mary (2004). Fabricando bebés. ¿Existe un derecho a tener hijos? Barcelona: Gedisa, p. 78.

⁷⁸ Como anota Lacalle Noriega (2013, op. cit., p. 120), si bien uno de los principios rectores de la regulación de la filiación en España desde la Constitución de 1978, es la verdad biológica, este principio parece no valer para los concebidos mediante esta técnica. El derecho a la identidad tiene una íntima relación con el derecho a la verdad, “el ser humano tiene derecho a saber la verdad acerca de su filiación biológica” (Faiella, Rocío Liliana (2009). “El ADN pone en jaque la inmutabilidad de la cosa juzgada”. En: Revista Jurídica Aequitas. Buenos Aires: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. 3^a. Etapa. Año III. Número III, p. 145).

Explicando por qué la ley española tiende a reconocer en el ámbito de la adopción el derecho del hijo a conocer su origen biológico, mas no en el de la fecundación in vitro, observan López y Aparisi que: “Es evidente que, tras esta diferencia de trato subyace una discriminación legal, sólo explicable por los motivos económicos que pueden impulsar a donar gametos o a gestar un embrión”.⁷⁹

Al niño hay que decirle siempre la verdad, como una de las bases de su recta ética y ponerlo a salvo de situaciones de desencanto, de sensación de engaño⁸⁰, de manipulación interesada por parte de terceros o de abuso.

En esta materia, como anota Merchante, existe el prejuicio de que si el niño se entera de su origen, sufrirá mucho y se desilusionará. Mas el ocultamiento a la larga puede generar circunstancias particularmente dramáticas por la brusca o la indebida oportunidad del descubrimiento de la verdad o por su confirmación dolorosa si antes hubo alguna sospecha. Por ello, como lo ha sostenido Naciones Unidas, “debe disuadirse a los padres para que no tengan vergüenza ni sentimiento alguno de inferioridad y para que desechen la idea de que los tendrá el hijo adoptivo si tempranamente lo convencen de la equivalencia del cariño y la solicitud que se les brinda en el nuevo hogar, con los que podría proporcionarles una paternidad natural...”.⁸¹

Señala Kemelmajer, que para el niño adoptado es bueno que sepa su situación jurídica a cualquier edad, pero la identificación del nombre del progenitor exige cierta madurez, agregando que para determinar ese

⁷⁹ López Guzmán, José y Angela Aparisi. Op. cit., p. 264.

⁸⁰ Merchante Fermín, Raúl (1997). La adopción. Buenos Aires: Ediciones Depalma, p. 84.

⁸¹ Ibid., p. 84.

momento, la discrecionalidad de los padres tiene el límite del interés superior del niño.⁸²

Por lo demás, no podemos subestimar la capacidad del niño de darse cuenta de las cosas y generar con el silencio situaciones de desconfianza.⁸³

“Si accidentalmente descubre la verdad, se puede sentir menospreciado. Se sentirá ansioso acerca de su propia identidad una vez que descubra que, en un sentido importante, él no es quien pensaba que era. Además, puede sentir que durante todo este tiempo tenía derecho a esa información y no confiaron en él, no se la dieron: ha sido usado por sus padres para ocultar su esterilidad, o sencillamente, como un instrumento a través del cual satisfacer su profundo anhelo de ser como la otra gente y tener un hijo”.⁸⁴

Empero, dicha revelación debe brindarse en forma adecuada y oportuna, teniendo en cuenta el nivel de discernimiento del niño y la madurez que vaya alcanzando.

Como dice Zannoni, “La responsabilidad que recae sobre los adoptantes, obligados a no engañar al adoptado, les exige también ser plenamente libres en la forma adecuada de revelar la verdad de acuerdo con el nivel de comprensión y madurez que, paulatinamente, presencien en su hijo adoptivo”.⁸⁵

⁸² Kemelmajer, Aída (2010), Op. cit., p. 99.

⁸³ “Cualquier relación entre dos personas puede quedar socavada si uno sabe un hecho notable, que no ha divulgado, acerca del otro. Los niños son extremadamente rápidos en captar signos de que hay algún misterio relacionado con su nacimiento”. (Warnock, Mary. Op. cit., p. 79).

⁸⁴ Ibid., p. 79.

⁸⁵ Zannoni, Eduardo A. (1993). Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 2. 2ª. Edición actualizada y ampliada. 2ª. Reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 604.

No solo es aconsejable, sino también necesario que los padres informen al niño de su condición de adoptado. Sin embargo, ello debe hacerse, como sostiene también Merchante, “en forma gradual, progresiva y muy prudente, comenzando en la edad en que el niño empieza a discernir”, precisando este autor que debe ser antes de la adolescencia, teniendo en cuenta la necesidad de evitar futuros conflictos en el momento crítico de esta etapa, los cuales serán más graves en tanto más edad tenga el menor al conocer la realidad.⁸⁶

Dado que el niño puede verse afectado y manifestar trastornos psicológicos al no conocer la verdad de sus orígenes, las leyes sobre reproducción artificial permiten al hijo en Austria, conocer la identidad del padre a partir de los 14 años y, en Suecia cuando adquiere la madurez suficiente; llegándose en Alemania a un resultado semejante vía la jurisprudencia.⁸⁷

Los avances legales en Holanda y Gran Bretaña –a los que nos referimos en el subcapítulo 2.5-, confirman, asimismo, que estamos entonces ante un nuevo contenido, un nuevo alcance del derecho a la verdad o del derecho simplemente a saber.

2.4. El Derecho a conocer el origen biológico como derecho fundamental

⁸⁶ Merchante, Fermín Raúl (1997). Op. cit., p. 90.

⁸⁷ Vega, Ana María. Op. cit. Para Corral, el derecho a conocer su origen biológico para los nacidos mediante reproducción asistida debería llevar a la persona reproducida artificialmente, cuando llegue a la mayoría de edad, a conocer la identidad de su madre, aunque sea una mujer que prestó su útero para que allí se alojara el embrión producido a partir del material genético de terceros (Corral García, Eduardo, op. cit., p. 250).

Junto con el derecho a la intimidad, a la identidad, a la verdad y a saber, como sustento para que una persona pueda acceder al conocimiento de su origen biológico, puede agregarse también la consideración del principio del interés superior del niño⁸⁸, el respeto de la dignidad de la persona humana, el derecho a la información y el derecho a la salud.

Menciona Vila-Coro que, en 1986, en una reunión en Italia bajo los auspicios del Consejo de Europa, una reunión del Comité de Expertos (CAHBI) sobre genética humana y su problemática jurídica, declaró su oposición rotunda al anonimato del donante de gametos y de embriones, afirmando que el derecho del niño a conocer su identidad biológica es un derecho humano.

Este derecho también se sustenta en el derecho a la protección de los datos personales que, como señala Romeo Casabona, se extiende “a cualquier información genética individual, y corresponde al individuo decir a quién, cómo y con qué extensión puede revelarse tal información”.

89

En cuanto a la pretensión de relacionar el tema con la figura de la donación de órganos, para justificar el tema del anonimato, la analogía resulta forzada, toda vez que, solo para mencionar una razón, una cosa es

88 Ello no significa, por cierto, que el derecho a conocer la identidad biológica se circunscriba al niño, sino que es un derecho que tiene todo niño, que se tiene desde niño y que se prolonga a lo largo de la vida de la persona, aún después de niño.

89 Romeo Casabona, Carlos (2003). “El tratamiento y la protección de los datos genéticos”. En: Mayor Zaragoza, Federico y Carlos Alfonso Bedate (coordinadores). *Genética*. Barcelona: Ariel. pp. 255. Como dice Guzmán García, “El derecho a la protección de datos garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales, confiriendo a su titular un haz de facultades que son elementos esenciales, como la potestad que corresponde al afectado de consentir la recogida y uso de sus datos personales, así como a conocer los mismos” (Guzmán García, María de los Ángeles, 2012. *El derecho a la protección de los datos personales en el Perú*. Lima: Jurado Nacional de Elecciones, p. 19).

donar/ceder un órgano en favor de una vida que ya existe y otra los espermatozoides de una persona que pueden dar lugar a una vida.

Adicionalmente, en cuanto a quienes invocan el principio del respeto a los contratos y la autonomía de la voluntad de las personas para preservar el anonimato en las técnicas de reproducción asistida, ello puede ser refutado teniendo en cuenta que la autonomía de la voluntad no es absoluta y que ella se ejerce en el marco del orden público y las buenas costumbres, así como del respeto de los derechos de los demás.

Agregado a lo expuesto, vale considerar que, como se señalara en el II Congreso Mundial vasco: “La filiación a finales del siglo XX”:

“...la relación biológica del nacido de fecundación asistida respecto del donante de gametos tiene una enorme importancia para toda persona, pues determina una herencia genética de la que derivan importantes caracteres hereditarios –ser moreno oscuro o albino, padecer hemofilia o tener una especial proclividad para el cáncer o la depresión-, con notable trascendencia para la persona y en la conformación de su personalidad. Todo ello excede del ámbito de la relación jurídica familiar que es la de filiación, para afectar un derecho fundamental de la persona (emparentado con el derecho a conocer el propio origen y con su dignidad personal)”.⁹⁰

2.5. Legislación internacional y comparada

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 3 que, en todas las medidas concernientes a los niños, debe darse una consideración primordial al interés superior del niño, agregando luego, en el primer párrafo de su artículo 7 que: “1. El niño será inscrito

⁹⁰ Vila-Coro, María Dolores (1997). Op. cit., p. 85.

inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Asimismo, el artículo 8 dispone que “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.⁹¹

Queda claro entonces el reconocimiento que hace la Convención a que el niño tiene derecho a conocer sus orígenes; aunque no puede dejarse de mencionar que la frase “en la medida de lo posible”, despierta diferencias en cuanto a sus alcances e interpretación.⁹²

Adicionalmente, tenemos el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, que reconoce el derecho de toda persona a su vida privada y a la información que le es relativa.

Otro texto de interés es la Recomendación No. 1443/2000 del Consejo de Europa que se refiere a que se debe “asegurar el derecho de los niños adoptados a conocer sus propios orígenes, a más tardar, al llegar a la mayoría de edad y a eliminar de la legislación nacional toda cláusula contraria”.

⁹¹ Para una visión más detallada de los derechos del niño en la legislación peruana, véase: Chunga Lamonja, Fermín, Carmen Chunga Chávez y Lucía Chunga Chávez (2012). Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos. Lima: Editorial Grijley.

⁹² Para algunos, por ejemplo, se refiere a condiciones materiales, mientras para otros se refiere también a limitaciones legales, con lo que se termina mediatizando este derecho, al dejarlo al libre albedrío de lo que cada Estado determine.

A su vez, la Corte Europea de Derechos Humanos, mediante fallo del 13 de julio de 2006, reconoció el derecho a conocer su origen biológico a una persona mayor de 65 años, considerando que se trata de un interés vital que no cesa con el paso del tiempo,⁹³ existiendo otros antecedentes en los que el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado estimando que el derecho a la identidad forma parte del núcleo duro del derecho al respeto a la vida privada.⁹⁴

Es de citar aquí que la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos del 2003, señala lo siguiente:

“Artículo 13: Acceso

Nadie debería verse privado de acceso a sus propios datos genéticos o datos proteómicos, a menos que estén irreversiblemente disociados de la persona como fuente identificable de ellos o que el derecho interno imponga límites a dicho acceso por razones de salud u orden públicos o de seguridad nacional”.

En EE.UU, algunos Estados cuentan con legislaciones que permiten a los hijos adoptados el pleno acceso a los datos identificativos de los padres biológicos, siendo la excepción la confidencialidad⁹⁵. También en dicho país, recientemente se conoció el caso de una persona a quien no solo se le reconoció el derecho a conocer su origen biológico, sino también

⁹³ Krasnow, Adriana N. (2007). “El derecho de acceso a la verdad genética”. En: www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/KRASNOW.HTM (Consultada el 18.10.2013)

⁹⁴ “En el ámbito europeo el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que el derecho a la identidad forma parte del núcleo duro del derecho al respeto a la vida privada sancionado en el art. 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos (Pretty c. Royaume-Uni n. 2346/02, 61, CEDH 2002-MI; Bensaid c Royaume-Uni No. 44599/98, 47, CHDH 2001 -I), y que en él se contiene el derecho al acceso al expediente confidencial de un niño que ha sido colocado en la asistencia pública desde su temprana infancia (Caskin c. Royaume-Uni, 7 de julio de 1 989, serie A No. 160) o a obtener información necesaria para el descubrimiento de la verdad concerniente a un aspecto importante de su identidad personal como lo es la identidad de sus progenitores (Mikulic c. Coratie, No. 53176/99, 54 y 64, CEDH 2002-I)” (Corral, 2010, p. 62).

⁹⁵ García Villaluenga, Leticia y Linacero de la Fuente, María. Op. cit., p. 29-30.

a recibir alimentos por parte de su padre biológico. Sin embargo, en este caso, el sustento, más que en el derecho a conocer el origen en sí, se puso en que la donación se hizo en forma privada y no a través de un banco de esperma oficialmente establecido.

En cambio, en Francia, como se sabe, existe el anonimato absoluto, sin ninguna posibilidad de que el hijo así concebido conozca su origen, hasta y se admite la figura del “parto anónimo” o “maternidad anónima”, figura a través de la cual la madre, que por razones personales no desea criar al niño y quiere que nadie pueda conocer de ella, mantiene en reserva su identidad al momento de alumbrar. Como dice Corral, “Esta fórmula pareciera incentivar a la madre a que no mate o abandone a su suerte a su hijo, a cambio de una total protección del secreto de su identidad, frente a posibles reclamaciones de investigación de la maternidad que el hijo pudiera en un futuro interponer”.⁹⁶

Esta modalidad de la adopción con reserva de la identidad, en la que se enfrentan la posibilidad de reconocer a la madre libertad para poder renunciar a su maternidad y el derecho del hijo a conocer su origen biológico, no mereció mayor atención hasta que –como señala Sojo⁹⁷– la Corte Europea de Derechos Humanos, mediante sentencia del 13 de febrero de 2003, en el caso “Odievre” consideró que ella no vulneraba el derecho que consagra el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos

⁹⁶ Corral Talciani, Hernán. Op. cit., p. 66. La idea de garantizar el anonimato no por un interés de la madre sino por el bienestar del hijo para que su madre no acabe con su vida, parece un chantaje inaceptable: “me aseguran la impunidad de la maternidad y yo le permito nacer “... La identidad por la vida. Resulta muy duro negarle a un hijo el derecho a conocer su identidad y la de sus padres biológicos a pretexto de que de esa forma fue protegido contra las amenazas contra su vida de esos mismos padres biológicos. Pareciera una forma sutil de aprovechamiento del propio dolo” (Ibid., p. 77).

⁹⁷ Sojo, Lorenzo A. (2012) “Maternidad anónima y adopción”. En: Revista de Derecho de Familia y de la Persona. Año IV. No. 11. Diciembre 2012. Buenos Aires: La Ley, p. 10. Cabe señalar que este abandono no tiene carácter definitivo; la madre puede dejar en el expediente información sobre su origen social, gustos, creencias, características personales e historia sanitaria, etc.; y, en todo momento, puede dejar de lado el anonimato e identificarse (Ibid. 11).

Humanos, el cual se refiere al derecho al respeto a la vida privada y familiar.

En Suecia, el 1 de marzo de 1985, se aprobó una ley a efectos que los hijos procedentes de una fecundación in vitro heteróloga, tengan derecho, al llegar a los 18 años, a conocer el nombre del padre o lograr una adecuada integración de la personalidad del niño.⁹⁸

En Alemania, en donde existen más de 100.000 personas concebidas mediante la donación de esperma, es interesante señalar que, a principios del año 2013, un tribunal ha fallado, en el caso de Sarah P., estableciendo que no se puede garantizar el anonimato de los donantes (padres biológicos) ignorando el derecho a la identidad.⁹⁹

De esta manera, la justicia alemana ha reconocido el derecho a la identidad como un derecho humano, por encima de cualquier derecho al anonimato o intimidad que pueda pretender invocarse. Es de hacer notar que el Tribunal Constitucional ya había confirmado en un caso anterior la obligación por principio de informar sobre los datos de donantes anónimos.¹⁰⁰

⁹⁸ Marcó Bach, Francisco y Martha Tarasco Michel. Op. cit., p. 252.

⁹⁹ La mujer, de 22 años, había tenido una sentencia desfavorable en primera instancia ante la Audiencia Provincial de Essen (oeste de Alemania) en su reclamo de su derecho a ser informada sobre la identidad de su padre biológico. Con lo resuelto el 06.02.2013, el Tribunal Superior de Hamm, en el estado de Renania del Norte-Westfalia, sentó un precedente, al reconocerle el derecho de ser informada sobre la identidad de su padre por una clínica de la ciudad de Essen, en la cual fue concebida a través de una donación de esperma en 1990. Lo importante en el caso es la consagración del referido principio como el deber de los médicos de tratar de conseguir la información necesaria (Lütticke, Marcus y Cristina Papaleo (2013). "Hijos de donantes de esperma exigen respuestas", 2013: 1. En: Deutsche Welle, edición digital: <http://www.dw.de/hijos-de-donantes-de-esperma-exigen-respuestas/a-16584888> . Consultada el 06.03.2013).

¹⁰⁰ <http://www.eluniversal.com.mx/notas/901099.html>. (Consultada el 16.03.2013).

En Inglaterra, quienes se van a casar, pueden pedir a la Human Fertility and Embriology Authority, información sobre sus orígenes, a efectos de evitar matrimonios entre hermanos. En el año 2005, se suprimió el anonimato de los donantes, permitiendo de esta manera que – al cumplir los 18 años- los nacidos de donantes pueden ponerse en contacto con sus padres biológicos; como ello ha bajado el número de donantes, existe ahora una enorme campaña para que vuelva el anonimato e incluso que las donaciones de espermias y óvulos sean remuneradas, como una forma de motivar más a este mercado.¹⁰¹

En Holanda, la Ley del 25/04/2002, sobre la información del donante por inseminación artificial, suprimió el anonimato de los donantes y fijó que, a partir de los 12 años, el niño tendrá derecho a acceder a la información sobre la características físicas, educación, ocupación y cualquier otra relativo al entorno social del donante y, a los 16 años, a su identificación, siempre que el donante hubiera dado su consentimiento informado en este sentido.¹⁰²

En Gran Bretaña, el anonimato fue suprimido en el año 2004, regulándose dos situaciones distintas: en el caso de quienes fueran donantes antes del 31/05/2005, llegado a los 18 años, el concebido mediante técnicas de reproducción asistida tiene derecho a recibir información genérico mas no tendrá acceso a información que permita identificar al donante; en el caso de las donaciones luego del 31/05/2005, el acceso a la información contiene los datos identificatorios¹⁰³

En Dinamarca, por su parte, los donantes tienen la posibilidad de mantener el anonimato.

101 <http://argentinosalerta.org/print/2623>. Consultada el 18.10.2013.

102 Fama María, Víctor. Op. cit., p. 186.

103 Fama María, Víctor. Op. cit., p. 187.

En España, existe una posición intermedia, en donde, en principio, toda donación debe ser anónima; los hijos nacidos mediante la utilización de material donado no pueden conocer la identidad de los donantes, pero sí la información general de los mismos¹⁰⁴. Sin embargo, como señala Susana Pérez de Pablo, si bien no se admite el derecho del nacido mediante una fecundación in vitro a conocer su origen biológico, el hecho de que la Ley de Adopción Internacional haya reconocido este derecho a los adoptados, una vez que hayan cumplido 18 años, abre la puerta a que los nacidos mediante una fecundación in vitro puedan reclamar lo mismo ante la justicia, o que se plantee en algún momento la modificación de la legislación para eliminar el anonimato en la donación de semen u óvulos.¹⁰⁵

Es de notar que, en España, existen dos conocidas sentencias contradictorias sobre el tema. El Tribunal Supremo, mediante sentencia

104 Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, de 22 de noviembre de 1988:

Artículo 5.5: “La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes.

Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el artículo 8º, apartado 3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante”.

Artículo 8.3: “La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica en ningún caso, determinación legal de filiación”.

Artículo 19.2: “Los Equipos biomédicos y la Dirección de los Centros o Servicios en que trabajan, incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los donantes”.

Artículo 20.2.B.j: “Son infracciones muy graves: Desvelar la identidad de los donantes fuera de los casos excepcionales previstos por la presente Ley”.

105 Pérez de Pablos, Susana. “Quiero saber quién es mi padre”. En: Diario El País, edición digital. http://elpais.com/diario/2008/03/17/sociedad/1205708402_850215.html (Consultada el 19.10.2013).

del 21.09.1999 determinó que la reserva de la maternidad de la madre soltera era inconstitucional y que debía protegerse el derecho del hijo a conocer a su progenitora, mientras que el Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 17.06.1999 rechazó la inconstitucionalidad presentada y entendió que el anonimato del progenitor biológico, donante de semen, no vulneraba la Constitución y prevalecía sobre el derecho a la identidad y a la verdad biológica del hijo.¹⁰⁶

En América Latina, en Argentina –al 1 de octubre de 2014-, tampoco está reconocido este derecho. Comenta Urdapilleta el dato curioso que mientras la mayoría de los médicos aún están a favor del secreto, la mayoría de los psicólogos están a favor de la apertura, y la mayoría de los pacientes tienden al secreto en primera instancia.¹⁰⁷

Sobre el particular, Highton critica la ley de fertilización asistida vigente en dicho país, que dispone que en ningún caso se podrá facilitar al interesado conocer la identidad del aportante, permitiéndole únicamente saber que fue engendrado de esa manera y adónde debe dirigirse para obtener la información médica respectiva, con lo que no puede acceder a una parte de su historia, la cual le va a ser negada, por lo que considera que: “Es evidente que la nueva ley no atraviesa exitosamente el examen de constitucionalidad. Coloca una lápida sobre los derechos identificatorios de las personas así nacidas”.¹⁰⁸

106 Corral Talciani, Hernán. Op. cit., p. 58 y 59.

107 Urdapilleta, Leticia (2004) “Derecho a la identidad en personas nacidas por donación de gametos. Aspectos legales y psicológicos”. En: Reproducción Humana, revista de la Federación Latinoamericana de Sociedades de Esterilidad y Fertilidad. Vol. 4. Número 2. Julio 2004, p. 27.

108 Highton, Federico (2013). “Supresión de la identidad de la persona nacida mediante Fertilización Humana Asistida con tercero aportante”. En: Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año V. No. 7. Buenos Aires: Agosto 2013, p. 70.

Sin embargo, siguiendo con el caso argentino, es de mencionar que el artículo 4 de la Ley 23.511, por la que se crea en dicho país el Banco Nacional de Datos Genéticos, prescribe en su primer párrafo:

“... cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciera verosímil o razonable... se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia; la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente”.¹⁰⁹

No obstante lo expuesto, en la misma Argentina, el art 564 del proyecto de modificación del Código Civil –en discusión al escribirse estas líneas y con muchas posibilidades de aprobarse al 1 de octubre del 2014- establece el derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida, teniendo en cuenta el derecho a conocer la verdad. La información de que una persona ha nacido mediante estas técnicas debe constar en el legajo para la inscripción del nacimiento; ella puede pedir:

a.- Se revele la identidad del donante por razones fundamentadas, evaluadas por la autoridad judicial (el proyecto no detalla los motivos que pudieren ser invocados);

b.- Obtener del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante cuando hay riesgos para la salud.

Así, el proyecto asume una posición intermedia, siguiendo a la legislación española, pero se abre la posibilidad de abandonar el anonimato frente a razones fundadas que deben ser valoradas judicialmente. Sin embargo, Díaz Alderete considera que no era necesaria esta última concesión, pues la identidad es algo que se construye y no un

¹⁰⁹ La Gaceta. Tucumán, Argentina, 02.10.2007 (Consultada el 13.03.2013)

dato genético, por lo que estima que hubiera bastado el anonimato relativo en un sentido más restrictivo.¹¹⁰

Fama, por su parte, propone que, a la luz del principio pro homine, debe eliminarse el requisito de evaluación judicial para acceder a los datos identificatorios, los cuales deben estar disponibles cuando lo solicite el interesado.¹¹¹

El proyecto de Código Civil y Comercial –redactado por la comisión designada por Decreto del Poder Ejecutivo No. 211 del 23.02.2011-, distingue 3 tipos de filiaciones: Por naturaleza, adoptiva y la voluntad procreacional, siendo la gran novedad este tercer género, el cual proviene de las técnicas de reproducción asistida.¹¹²

Dentro de esta última, los aspectos más importantes son los correspondientes a la gestación por otro (posibilidad que acepta el proyecto bajo la denominación de “gestación por sustitución”¹¹³, el derecho a conocer la identidad y la filiación póstuma.

En cuanto a la identidad biológica, reconoce el derecho a conocer los orígenes en forma limitada, permitiéndose el derecho de conocer la identidad genética con fines médicos en forma ilimitada cuando medien razones de salud, y el derecho a conocer la identidad de donante puede ser

110 Díaz Alderete, Op. cit., p. 109.

111 Fama María, Víctor. Op. cit., p 91.

112 Medina, Graciela (2013). “Las grandes reformas al Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial Argentino 2012”. En: Revista Persona y Familia No. 2. Lima: Instituto de la Familia – Facultad de Derecho - Universidad Femenina del Sagrado Corazón, p. 92-93.

113 El proyecto reserva el término de madre para quien encarga el hijo, sea que aporte o no su material genético, aceptando la figura de la gestación por sustitución con la condición que sea gratuita, que la gestante no haya aportado material genético, tenga ya un hijo y no realice más de dos contratos de gestación (Ibid., p. 92).

autorizado por la autoridad judicial cuando existen motivos fundados y sin que este conocimiento establezca filiación.¹¹⁴

Una norma particularmente interesante del ordenamiento jurídico argentino vigente, que consideramos extensiva al presente caso¹¹⁵, es el art. 328 del Código Civil de dicha república que, hablando de la adopción, dispone que “... el adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad...”. Lo mismo, en nuestra opinión, debe aplicarse al nacido mediante técnicas de reproducción asistida. Cabe aquí invocar una vez más el reiterado principio general de nuestro sistema jurídico: donde hay la misma razón, hay el mismo derecho.

Es interesante anotar que, en Argentina, una reciente sentencia, suscrita por los camaristas Guillermo Treacy y Jorge Alemany, dada en mayo del 2014, ha establecido que los nacidos por donación de óvulos podrán conocer su origen biológico. El fallo se originó a partir del pedido de una pareja, mediante una acción de amparo, que se había sometido a un proceso de fertilización asistida, ordenando la justicia argentina que se preserven los datos de la donante, de modo que cuando sean mayor de edad, sus hijas puedan conocer su identidad biológica.¹¹⁶ El fallo agrega

114 Para G. Medina, la solución adoptada es valiosa porque respeta los recaudos de anonimato que son necesarios para realizar las técnicas, pero ante un conflicto de intereses da preponderancia siempre a la salud del hijo y limita los alcances del anonimato por razones de equidad. Con lo cual, se logra un equilibrio que posibilita las técnicas y garantiza las necesidades del hijo estableciendo que ni el anonimato es iure et de iure, ni el derecho a conocer al aportante del material genético es absoluto. (Ibid., p. 95).

115 “Hasta la sanción de la ley 24.779, era privativo de la voluntad de información de los adoptantes que el adoptado conociera tanto su filiación adoptiva como los datos de su familia de sangre, los que resultan imprescindibles para conocer su historia” (Stilerman, Martha N. y Silvia E. Sepiarsky. Op. cit., 197).

116 <http://www.nuevodiarioweb.com.ar/nota/ciencia-tecnologia/528634/nacidos-donacion-ovulos-podran-conocer-identidad-biologica.html> (Consultada el 31.05.2014).

además que el Ministerio de Salud dispondrá si sólo conservará la información de este caso o lo hará con todos.

El magistrado Pablo Gallegos Fedriani -tercer integrante de la Sala Quinta de la Cámara en lo Contencioso Administrativo - fue más amplio y propició –en una saludable medida- que se ordene al Poder Ejecutivo "que cree un registro con la información que posean los centros de fertilidad y bancos de esperma del país legalmente habilitados respecto de los donantes de óvulos y esperma".

La juez de primera instancia del caso previamente había desestimado el pedido, alegando que no hay ley que regule el derecho a la identidad en estos casos.¹¹⁷

En México, es de mencionar que, por las mismas fechas, a fines de mayo del 2014, se dio cuenta de una novedosa sentencia¹¹⁸, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que determinó que los menores tienen derecho a conocer su origen y ascendencia biológica, sin importar que el menor tenga un acta de nacimiento en la que aparezca un apellido diferente al de su presunto padre biológico.

De esta manera, por primera vez, la Sala estableció que, en los juicios de investigación de paternidad, en los que se reclama que un hombre reconozca su paternidad, el juez está obligado a admitir la prueba

¹¹⁷ Vale decir que ya, en años anteriores, la jurisprudencia argentina –refiere Mizrahi (Op. cit., p. 64)- se había pronunciado en el sentido que “pocos derechos humanos pueden ser más dignos de protección que el de ... conocer la identidad, reconocer sus raíces”, por lo que “debe prevalecer sobre otros bienes jurídicos de menor jerarquía”, y que toda persona “cuenta con la posibilidad de iniciar una acción de conocimiento de la realidad biológica, en forma autónoma e independiente a la acción de filiación”.

¹¹⁸ <http://noticieros.televisa.com/mexico/1405/scjn-menores-tienen-derecho-conocer-su-origen-biologico/> (Consultada el 31.05.2014). Aunque la noticia habla de “descendencia biológica”, debemos entender que quiso decir “ascendencia biológica”.

de ADN para demostrar el presunto parentesco entre el hombre y el menor.

Agrega la noticia que los ministros llegaron a esta conclusión al resolver la contradicción de tesis 430/2013 entre tribunales federales que dictaron sentencias contradictorias en la materia. La resolución destacó que el derecho de los niños a conocer su origen biológico está relacionado con su derecho a la salud, en la prevención y tratamiento de enfermedades.

La sentencia, además, reconoce el interés superior del menor y la existencia de varios modelos de familia en la sociedad mexicana.

En Chile, si bien la Constitución no reconoce expresamente el derecho a la identidad, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la vigencia de dicho derecho, teniendo en cuenta su vinculación con la dignidad humana y su reconocimiento en tratados internacionales de derechos humanos.¹¹⁹

La Ley 19.585, de 1998, estableció, entre otras cosas, el principio de la verdad biológica:

“Artículo 195. La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen.

El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable. Sin embargo, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia”.

¹¹⁹ Sentencias de 21.09.2009, Rol No.1340-9 y de 13.05.2008, Rol No. 843 (Corral, 2010, op. cit., p. 64).

En el caso de Venezuela, el art. 56 de la Constitución declara que “Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y el de la madre, y a conocer la identidad de los mismos”. En Bolivia, el Código del Niño afirma que todo niño, niña o adolescente que haya sido adoptado tiene derecho a conocer los antecedentes de su adopción y referencias de su familia de origen”. Mientras que el Código de la Infancia de Colombia señala que todo adoptado tiene derecho a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar.¹²⁰

¹²⁰ Kemelmajer, Aída (2010). Op. cit., p. 90.

CAPÍTULO III

El derecho a conocer la identidad biológica en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana

En el Perú, no existe una norma expresa que consagre el derecho de las personas a conocer su identidad biológica, por lo que debemos aproximarnos al tema desde diversas perspectivas normativas.

El artículo 396 del Código Civil peruano dispone que: “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido impugne la paternidad y obtenga sentencia favorable”, lo que implica entonces que la ley privilegia la presunción de paternidad matrimonial a pesar de que la realidad diga que existe más bien una paternidad extramatrimonial. Ello es una consecuencia lógica de lo prescrito por el mismo Código de 1984, para el cual todo hijo habido durante el matrimonio se presume que es del marido (artículo 361) y solo éste puede cuestionar la paternidad (artículo 363), aun cuando la esposa declare que no es de su marido o incurra en adulterio (artículo 362), teniendo en cualquier caso, además, un estrecho tiempo de 90 días para contestar la paternidad (artículo 364).

Sin embargo, esta norma, -se viene advirtiendo en algunas sentencias judiciales- colisionaría con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución de 1993, el cual reconoce que toda persona tiene derecho a la identidad. Es más, una reciente jurisprudencia de la Corte Suprema, de mayo del 2014, acaba de sostener que es válida la reclamación de la paternidad que (como padre biológico) hace un tercero ajeno al matrimonio para que se le declare padre de una niña, sin que haya habido previamente cuestionamiento alguno de la paternidad por parte del marido.

Para el efecto, la Corte inaplicó los artículos 396 y 404 del Código Civil. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema (Casación No. 2726-2012-Del Santa) estimó que, por encima de dicha regulación, prima la identidad biológica del menor, teniendo en cuenta el interés superior del niño, como también el estado constante de familia del menor con sus padres biológicos, toda vez que los padres biológicos venían desarrollando con la hija una vida familiar, lo cual no fue desvirtuado por el esposo de esta y demandado. Cabe señalar que la demanda que originara este caso, había sido declarada fundada en primera instancia y declarada improcedente en la segunda (argumentando que el padre biológico carecía de interés para obrar respecto a un proceso sobre impugnación de reconocimiento de paternidad).¹²¹

Es interesante mencionar el control difuso realizado por la Sala de Familia de Lima, aprobado por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, a través del cual -señala Huamancayo¹²²-, en diversos

¹²¹ Tomado de <http://laley.pe/not/1422/padre-biológico-puede-reconocer-a-hijo-de-mujer-casada> (Consultada el 30.04.2014).

¹²² Huamancayo Pierrend, Juan Carlos (2009). "El Derecho a la Identidad vs. el Derecho a la Verdad Biológica. ¿Se está aplicando correctamente el control difuso en el caso de los artículos 364 y 400 del Código Civil?". En: Calderón Puertas, Carlos; María Elisa Zapata J. y Carlos Agurto G. (Coordinadores) *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas Perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*. Lima: Editora Jurídica Motivensa, p. 135.

expedientes civiles sobre acción de contestación de la paternidad y acción de reconocimiento del hijo extramatrimonial, se ha inaplicado los artículos 364 y 400 del Código Civil¹²³, por considerar que el plazo que consideran atenta contra el Derecho a la Identidad.

Dichas sentencias -que refiere Huamancayo-, son las recaídas en los expedientes No. 183515-2003-00233-0 y 860-2002 de la Sala Especializada de Familia y el expediente No. 2003-0839-251801-JF-01 del Primer Juzgado de Familia de Chimbote.

Otro caso en el que la Corte Suprema también se ha pronunciado por la inaplicación del artículo 400 del Código Civil privilegiando el derecho a la identidad, considerando que no existe razón objetiva y razonable que justifique fijar en 90 días el plazo para negar el reconocimiento indebido por uno de los padre, se ha dado con motivo de la elevación en Consulta del Expediente No. 229-2010-Puno. Estima la Corte que el derecho a la identidad no debe limitarse en su protección por plazos legalmente establecidos, considerando su trascendencia como derecho fundamental en el desarrollo de la persona; así entonces, se ha establecido que el mencionado art. 400 no puede ser un obstáculo para que el Estado preserve el derecho a la identidad (Consulta Exped. No. 293-2001-Lima).

124

También es interesante lo resuelto con motivo de la consulta evacuada por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia en julio del 2010, respecto al expediente No. 1388-

123 El artículo 364 del Código Civil, refiriéndose a la acción para negar al hijo ajeno nacido en el matrimonio, señala lo siguiente: La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.

A su vez, el artículo 400, al referirse al hijo extramatrimonial, señala que: El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto.

124 La Ley, año 6, No. 65. Lima: edición del 1 al 30 de junio de 2013, p. 8.

2010 (Arequipa, sentencia del 08.07.2010) con relación a la constitucionalidad de los artículos 402 ¹²⁵ inciso 6 y 404 ¹²⁶ del Código Civil.

Sobre el particular, la Sala se pronunció en el sentido que la exigencia de requerir sentencia previa de impugnación de la paternidad e ignorar el resultado de un examen de ADN si involucra al hijo de una mujer casada, son normas contrarias a la Constitución por afectar el derecho a la identidad del niño y negar la identidad biológica.¹²⁷

Asimismo, existen interesantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional que reconocen el derecho de toda persona a investigar su

125 Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial

"Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitada.
6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza."

126 Declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada

"Artículo 404.- Si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable".

127 Siverino, Paola (2013). "Cuestionamiento de la filiación matrimonial por la esposa". En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia No. 179. Lima: Gaceta Jurídica, edición de agosto 2013, p. 14. El caso trata de una persona que declara ser el padre del niño de una mujer casada, sin que sea desmentido por el esposo pero sin que este tampoco haya impugnado la paternidad; una prueba de ADN confirma la verdad biológica de la paternidad, solicitando el accionante se inscriba al hijo como suyo.

propia filiación; si bien estos fallos han sido dados en el marco de casos vinculados con el tema del Derecho de Familia, sus consideraciones son perfectamente extensivas al conocimiento de la verdad biológica como derecho individual.¹²⁸

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la identidad del menor prevalece incluso sobre la cosa juzgada en los procesos de filiación.¹²⁹ Y es que, como dice Faiella, resulta evidente que el derecho por antonomasia a tener en cuenta cuando se plantea la posibilidad de revisar la cosa juzgada en materia de filiación es el derecho a la identidad.¹³⁰

Siendo que la discusión sobre el derecho de la persona a conocer su origen biológico se vincula directamente con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, desde el punto de vista del Derecho Civil, y teniendo en cuenta que no existe una ley específica sobre la materia, debe tenerse presente entonces diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico.

El art. V del Título Preliminar del Código Civil señala que “es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”¹³¹. Siendo claro que la autonomía de la voluntad, bajo

¹²⁸ Para más detalle, véase: Arias Stella, Fernando (2012). Derechos Humanos y las sentencias del Tribunal Constitucional que consagran el derecho a investigar la propia filiación. Lima: Instituto de Patología y Biología Molecular “Arias Stella”.

¹²⁹ La STC Exp. No. 0550-2008-PA/TC permitió que se vuelva a demandar una paternidad extramatrimonial por filiación cuando en un proceso anterior entre las mismas partes, sobre el mismo tema, se había declarado infundada la demanda, basándose en el hecho que en el primer proceso no había habido la posibilidad de recurrir a la prueba de ADN (Revista Actualidad Jurídica. Tomo 211. Lima: Gaceta Jurídica, edición de junio 2011, p. 74).

¹³⁰ Faiella, Rocío Liliana. Op. cit., p. 45.

¹³¹ “El acuerdo de voluntades es la razón de ser del contrato. Sin embargo, la voluntad de los sujetos de derecho no es absoluta, irrestricta; la misma está limitada por el orden público y las buenas costumbres” (Morales Godo, Juan, 2006, ¿Somos libres,

cuyo amparo se acuerda el anonimato en los contratos de reproducción asistida, no puede ir contra el orden público, conforme a la citada norma es necesario precisar este concepto: Se trata del conjunto de normas jurídicas y principios constitutivos del orden social y que por ello son de ineludible cumplimiento para todos los ciudadanos. De acuerdo con Messineo, podemos hablar de actos contrarios al “orden público” cuando se atenta contra “los principios fundamentales y los intereses generales – deducibles de las normas coactivas de la ley (aunque no estén formulados en normas concretas)- sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico del Estado (...) y que, por tanto, ellos mismos son imperativos e inderogables”.¹³²

Ejemplos de contratos que atenten contra el orden público, pueden ser el de una persona que autorice que le quiten los ojos en vida para ser trasplantados a otra persona; el trasplante de cara de una persona viva a otra; la compraventa de un cadáver; la venta o subasta de órganos; el compromiso de no salir embarazada y –agregaríamos- aquí el acuerdo de no revelar a una persona la verdad de su origen.

Junto con el concepto de orden público, tenemos el de buenas costumbres, el cual tiene que ver con la moral social, compuesta por normas y principios que rigen en un lugar y en un momento determinado. Pueden mencionarse como ejemplos de actos contrarios a las buenas costumbres: Las peleas de perros, el contrato por el que una persona se obliga a tener relaciones sexuales con un grupo de personas, la subasta de

seámoslo siempre? (A propósito de la autonomía de la voluntad y el orden público). En: Varios Autores. Libro homenaje a Fernando Vidal Ramírez. Lima: Idemsa, p. 252).

¹³² Messineo, Francesco (1986). *Doctrina General del Contrato*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 486. Por su parte, Morales Godo señala: “El orden público no es una noción universal, pues su contenido varía espacial y temporalmente en función a la idiosincracia cultural y a los sistemas políticos sociales imperantes en una comunidad, que van generando sistemas de valores, modos de comportamiento y principios éticos, los que deben ser cotejados en la interpretación de las normas” (Morales Godo, Juan, 2006, op. cit., p. 270).

la virginidad o, en algunos países como el nuestro, la práctica del *top less* en las playas.

Caerían dentro de la idea de actos contra el orden público y las buenas costumbres: el uso del vientre de un animal para el desarrollo de un embrión humano (o viceversa), la subasta de embriones, o el contrato mediante el cual una persona celebra un contrato para tomar los servicios de fecundación asistida de una clínica con la condición que el niño no nazca con ningún defecto físico o tenga determinado sexo.

Cabe tener en cuenta que el art. 1354 del Código Civil permite a las partes determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no se atente contra norma legal de carácter imperativo. El art. 1355, por otro lado, dispone que la ley puede imponer reglas o limitaciones a los contratos por razones de interés público, social o ético; y, adicionalmente, el art. 1356 prescribe que las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

En cuanto a la Constitución del Estado, tenemos que el art. 2 hace referencia a que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (inc. 1); a no ser discriminada (inc. 2); a la libertad de información (...) a la libertad de contratación siempre que sea con fines lícitos y no se contravengan las leyes de orden público (inc. 14), entre otras garantías.

También es importante mencionar que, aunque no existe una norma expresa que desarrolle en nuestro ordenamiento jurídico el Derecho a la Verdad, éste puede encontrar amparo en el artículo 3 de la Constitución del Estado.¹³³

¹³³ Luego de la larga enumeración de derechos de la persona que hace el artículo 2 de la Carta Magna, el artículo 3 dispone lo siguiente: Artículo 3°. “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Es de tener presente que la norma que trata con más detalle los temas de reproducción asistida es la Ley 26842, Ley General de Salud, del año 1997. Ella autoriza recurrir a las técnicas de reproducción asistida para solucionar problemas de infertilidad, siempre que la madre biológica y la madre gestante sean la misma persona; asimismo, prohíbe expresamente la clonación (artículo 7).

Cabe agregar que, desde un punto de vista positivo, del artículo 7 de la Ley General de Salud, se desprende la prohibición del contrato de vientre de alquiler; ello aparte de las objeciones que desde la Constitución, el Código Civil, la jurisprudencia y la doctrina se pueden plantear a dicha figura, pudiendo observarse aquí un límite claro a la autonomía de la voluntad, en donde podría postularse incluso objeciones desde la perspectiva del orden público y las buenas costumbres.

Para Carmen Hernández, la maternidad subrogada justamente sería nula por ir contra la moral y el orden público, ya que el objeto es la persona misma y se atenta contra su dignidad. En segundo lugar, se pretende negociar con algo que es extra commercium, no pudiendo ser entonces objeto del contrato. En tercer lugar, la causa del contrato sería ilícita, y por tanto no produciría efectos jurídicos; y, en cuarto lugar, las normas de Familia son de *ius cogens*, no pudiendo las partes establecer cláusulas o convenios al amparo del principio de autonomía de la voluntad.¹³⁴ Señala Vila-Coro, por su lado, que el referido contrato tiene causa y objeto inmorales y contrario a las buenas costumbres.¹³⁵

¹³⁴ Hernández Ibáñez, Carmen (1992). “Consecuencias jurídicas en torno a la fecundación asistida”. En: Varios autores. Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética. Madrid: Eudema, S.A. (Ediciones de la Universidad Complutense S.A.), p. 52.

¹³⁵ Vila-Coro, María Dolores (1995). Op. cit., p. 219.

Un tema discutido, vinculado con el mismo artículo 7 de la Ley General de Salud, es el tema de la “cesión de óvulos”, “donación de óvulos” u “ovodonación”. Para analizar la cuestión, es necesario partir del mencionado artículo que a la letra dice:

“ Artículo 7. 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 de madre gestante recaiga sobre la misma persona.

Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

De acuerdo a esta norma, entonces, en primer término, se reconoce el derecho de toda persona a tratar su infertilidad y de recurrir a las técnicas de reproducción asistida, poniendo como condición “siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”. El legislador entonces, ordena con toda claridad que estas técnicas solo pueden aplicarse cuando quien aporte el óvulo y quien haga el embarazo sea la misma persona, con lo que en cualquier caso en que dicha condición no se dé, entonces no podría recurrirse a las referidas técnicas.

Así entonces, en los casos del “alquiler de vientre”, como en el caso de la “donación de óvulos”, en los que madre genética y madre gestante no son la misma persona, no cabría apelar a estas técnicas. Sin embargo, hay quienes –incluyendo un fallo de la Corte Suprema- sostienen que la norma se refiere solo al primer caso, mas no al segundo, criterio que no se ajusta a lo que con toda claridad enuncia la norma. Como señala Cabrera, la ovodonación se encuentra proscrita por la Ley General de Salud, señalando que con ella “se violenta el derecho a la identidad del nacido, el mismo que debe sobreponerse aún sobre el derecho a la intimidad o

privacidad de los padres”.¹³⁶

¿Cuál es la interpretación correcta? ¿Puede aplicarse válidamente o no la ovodonación en el Perú? Analizando el tema, desde un punto de vista lógico, tenemos que el enunciado general de la norma dice lo siguiente:

“p” = La madre genética y la madre gestante son la misma persona.

“q” = Entonces, se puede recurrir válidamente a dichas técnicas.

Ahora bien, podemos mencionar como casos en los que madre genética y madre gestante no son la misma persona, los siguientes:

“r” = alquiler de vientre.

“s” = donación de óvulos.

Luego, tenemos:

$p \leftrightarrow q$

$(r \vee s) \rightarrow \sim p$

¹³⁶ Cabrera Palomino, Vanessa. (2013) “La afectación del derecho de identidad de los nacidos bajo la ejecución del procedimiento de ovodonación por la inseguridad jurídica para la determinación de la filiación materna”. En: Alétheia, Revista de la Escuela de Postgrado de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, año 1, No. 1, Lima: enero-diciembre 2013, p. 100.

De (1) y (2), se deduce entonces lo siguiente¹³⁷:

(p	\leftrightarrow	q)	\wedge	((r	\vee	s)	$\cdot \rightarrow \cdot$	$\sim p$)	$:\Rightarrow:$	(r	\rightarrow	$\sim q$)	\vee	(s	\rightarrow	$\sim q$)
V	V	V	F	V	V	V	F	F	V	V	F	F	F	V	F	F
V	V	V	F	V	V	F	F	F	V	V	F	F	V	F	V	F
V	V	V	F	F	V	V	F	F	V	F	V	F	V	V	F	F
V	V	V	V	F	F	F	V	F	V	F	V	F	V	F	V	F
V	F	F	F	V	V	V	F	F	V	V	V	V	V	V	V	V
V	F	F	F	V	V	F	F	F	V	V	V	V	V	F	V	V
V	F	F	F	F	V	V	F	F	V	F	V	V	V	V	V	V
V	F	F	F	F	F	F	V	F	V	F	V	V	V	F	V	V
F	F	V	F	V	V	V	V	V	V	V	F	F	F	V	F	F
F	F	V	F	V	V	F	V	V	V	V	F	F	V	F	V	F
F	F	V	F	F	V	V	V	V	V	F	V	F	V	V	F	F
F	F	V	F	F	F	F	V	V	V	F	V	F	V	F	V	F
F	V	F	V	V	V	V	V	V	V	V	V	V	V	V	V	V
F	V	F	V	V	V	F	V	V	V	V	V	V	V	F	V	V
F	V	F	V	F	V	V	V	V	V	F	V	V	V	V	V	V
F	V	F	V	F	F	F	V	V	V	F	V	V	V	F	V	V

Por tanto, en estricta lógica, ni en el caso de “alquiler de vientre” ni en el caso de “ovodonación”, procede válidamente recurrir a las técnicas de reproducción asistida.

Si la cuestión es clara, ¿cuáles son los argumentos que se esgrimen para sostener que la norma bajo comentario solo se aplica para el caso del llamado “alquiler de vientre”? Pasemos a revisar los argumentos expuestos en la sentencia recaída en la CAS No. 4323-2010, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, que resolvió con fecha 11.08.2012 el recurso de casación interpuesto por M.A.A.D. contra la sentencia expedida por la 6ª. Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de

¹³⁷ Dicho en términos lingüísticos: En tanto la madre genética y la madre gestante sean la misma persona, entonces es válido recurrir a las técnicas de reproducción asistida. Mas resulta que en las figuras del alquiler de vientre o la donación de óvulos, no se da que la madre genética y la gestante sean la misma persona. Entonces ni es válido el alquiler de vientre, ni es válida la donación de óvulos.

Lima, del 31.08.2010. ¹³⁸

La Corte parte de señalar que el artículo 7 de la Ley 26842 admite las técnicas de reproducción asistida como métodos supletorios no alternativos, agregando que la maternidad subrogada o vientre de alquiler no se encuentra reconocida legalmente en nuestro país¹³⁹, pero en el caso de la ovodonación indica que si bien no se encuentra legislado, en virtud del axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, el procedimiento de ovodonación “no es ilícito ni constituye delito,

¹³⁸ Mediante sentencia de fecha 31.08.2010, recaída en el expediente No. 1310-2010-Lima, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima había resuelto la acción de nulidad de acto jurídico presentada por C.O.Q.C. contra M.A.D., declarando nulos los actos jurídicos de autorización de fertilización in vitro y transferencia embrionaria en un caso en el que se había usado un óvulo de una mujer distinta a la gestante.

El demandante sustentó su pretensión en que dichos actos iban contra el art. V del Título Preliminar del Código Civil que sanciona con nulidad los actos que van contra el orden público y las buenas costumbres. Asimismo, invocó el art. 7 de la Ley General de Salud, argumentando que conforme al mismo, no es viable legalmente en el Perú la figura de la donación de óvulos.

La Corte consideró que “resulta evidente que los declarantes estaban autorizando la realización de un procedimiento contrario a una norma prohibitiva como el artículo 7 de la Ley General de Salud”, declarando fundada la demanda y nulos los actos jurídicos de “Autorización de fertilización in vitro y Transferencia Embrionaria”, así como el “Convenio de Técnicas de Reproducción Asistida”, materia del referido proceso.

Discrepando con el resto de Vocales, el magistrado Rivera Quispe observó que un acto jurídico nulo puede ser fuente de efectos, aún de aquellos negociales, en la medida que las partes, si bien no vinculadas, han ejecutado prestaciones; agrega que la nulidad de los actos cuestionados no presenta efecto jurídico que puede ser privado y/o asimismo es imposible volver a su estado anterior, y pretender desaparecer los derechos y obligaciones que hubieren nacido, advirtiendo además –entre otras consideraciones- que la pretendida nulidad, no puede afectar la eficacia del acto realizado. Con ello, plantea que se revoque la sentencia y reformándola se declare improcedente.

Al respecto, coincidimos en que, como dice Mosquera Vásquez, al amparo del interés superior del niño deben mantenerse los efectos de este tipo de acuerdos, mas discrepamos de su opinión respecto a la aplicabilidad del art. 7 de la Ley General de Salud para admitir la “donación de óvulos” (Mosquera Vásquez, Clara, 2010, “Las técnicas de procreación asistida en los tribunales peruanos”. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia No. 147, p. 149).

¹³⁹ Opina Junquera que “Creemos, pues, que lo más oportuno es no autorizar este tipo de sustitución maternal, puesto que los riesgos, peligros y problemas que ocasiona son demasiado elevados. Sin embargo, se podía (sic) autorizar por el juez, previo asesoramiento de la comisión nacional de reproducción asistida, en algún caso concreto, cuando se llevase a cabo en el entorno familiar, por motivos altruistas o de solidaridad con un miembro de la familia” (Junquera de Estéfani, Rafael, 1998, Reproducción Asistida, Filosofía Ética y Filosofía Jurídica. Madrid: Editorial Tecnos, p. 139).

constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial”.

La sustentación que se ofrece resulta insuficiente pues, con el mismo criterio, en una argumentación a pari, como tampoco está legislado el vientre de alquiler y no está prohibido, entonces debería también aplicarse válidamente.

Por otro lado, si además existe el principio jurídico de que “no se puede distinguir donde la ley no distingue”, no habría que distinguir uno de otro caso.

Más aún, si bien existe el principio de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, la Sala olvida que hay prohibiciones expresas, pero también tácitas. Si asumimos el criterio expuesto por la Corte, entonces habría que concluir que, como no está prohibido subastar un embrión, celebrar un contrato de donación en beneficio de mi perro o que una persona se bañe en la pileta de la Plaza de Armas, cualquiera puede realizar cualquiera de dichos actos, lo cual sería absurdo.

En la doctrina nacional, Cabrera Palomino, quien ha hecho un estudio específico sobre la donación de óvulos en el Perú, considera que “Está demostrado que con la ejecución del procedimiento de ovodonación de las técnicas de reproducción asistida se violenta el derecho a la identidad del nacido, el mismo que debe sobreponerse aún sobre el derecho a la intimidad o privacidad de los padres”.¹⁴⁰

Sobre el tema, sostiene Rodríguez-Cadilla, invocando el bien del concebido que: “Rechazamos la maternidad subrogada o maternidad por sustitución por considerarla inmoral, aunque no medie comercio y se haga por motivos altruistas”.¹⁴¹ En los mismos términos, se pronuncia Valverde

¹⁴⁰ Cabrera Palomino, Vanessa. Op. cit., p. 105.

¹⁴¹ Rodríguez Cadilla Ponce, Rosario, Op. cit., p. 244.

Morante.¹⁴² Para una opinión más detallada, puede verse asimismo el estudio hecho por Claudia Morán.¹⁴³ Guevara Pezo, por su lado, considera que debe negarse expresamente la validez y licitud de los alquileres de vientre escondidos bajo el eufemismo de la expresión “madre sustituta”.¹⁴⁴

Vale señalar que, en Austria, al estar prohibida la donación de óvulos y esperma, el caso fue llevado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual declaró la validez de la prohibición austriaca, al considerar que dicha restricción no viola la Convención Europea de Derechos Humanos.

Asimismo, cabe mencionar que la donación de óvulos está prohibida en Alemania, Croacia, Italia, Lituania, Noruega y Turquía (incluso la donación de esperma está prohibida en Italia, Lituania y Turquía).

En Suiza, el inciso d del artículo 119 de la Constitución prohíbe expresamente todas las formas de maternidad de sustitución.

En cuanto a la jurisprudencia en el Perú, relacionada específicamente con el derecho a conocer la identidad biológica, puede decirse que en los últimos años han empezado a aparecer algunos fallos; algunos con ideas muy plausibles, pero por lo general poco claros o equívocos, revelando a veces confusión, otras veces desconocimiento, cuando no apresuramiento; poniendo en evidencia la urgencia de una formación en bioética en nuestro medio.

Sobre la reproducción asistida, mediante sentencia Cas. No. 5003-

¹⁴² Valverde Morante, Ricardo Op. cit., p. 157.

¹⁴³ Morán de Vicenzi, Claudia (2008). Op. cit., p. 159.

¹⁴⁴ Guevara Pezo, Víctor (2002). “Vacíos en el sistema legal en materia de biojurídica”. En: Varios autores. Bioética y Biojurídica. La Unidad de la Vida. Lima: Ediciones Jurídicas UNIFE, p. 142.

2007 de fecha 06.05.2008, la Sala Civil de la Corte Suprema resolvió la casación interpuesta por M.C.O.C. en representación de su menor hijo O.F.Q.O., en la demanda que presentara contra el reconocimiento de maternidad efectuado por M.A.A.D. respecto de la menor A.B.A.D., impugnación que fue formulada alegando que la demandada no era la madre biológica de la menor, pues fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta, usando el esperma del esposo de la recurrente, C.O.Q.C., sin el consentimiento de éste, mediante la técnica de la "ovodonación" que no está permitida en nuestro país, conforme se colige del art. 7 de la Ley General de Salud.

Como de esta manera O.F.Q.O. resultó siendo hermano paterno de la menor, que la demandada ha reconocido como su hija -conforme a la prueba de ADN de donde se colige que el padre de los dos menores es C.O.Q.C.-, el reconocimiento fue cuestionado por no concordar con la realidad biológica.

En primera instancia, la demanda había sido declarada infundada por considerarse que la accionante no había acreditado que con el reconocimiento se haya afectado directa o indirectamente al hijo de la demandante, careciendo por ende de interés para obrar. Sin embargo, la Corte Suprema, finalmente, resolvió fundada la casación, ordenando que el Juez de la causa expida nueva resolución, autorizando entonces el cuestionamiento de la paternidad por un medio hermano como tercero legitimado en caso de una reproducción asistida, pero evitando pronunciarse sobre las cuestiones de fondo subyacentes al caso.¹⁴⁵ Lo interesante, en todo caso aquí, es que se impugna la maternidad sobre la

¹⁴⁵ “La Corte Suprema (...) pierde la oportunidad de hacer un análisis sobre maternidad y la filiación derivadas de una Teras y se pierde en disquisiciones de índole procesal de la legitimidad para obra y del legítimo interés, marginando el tema sustancial vinculado al motivo de la demanda de impugnación de reconocimiento de maternidad presentado” (Cieza, Jairo, 2011,. “La técnica de reproducción humana asistida y la Corte Suprema: ¿Quién entonces es la madre?”. En: <http://legisprudencia.pe/blogs/2011/04/26/la-técnica-de-reproducción-humana-asistida-y-la.corte-suprema-%C2%BFquien-entonces-es-la-madre/>.

base que el reconocimiento efectuado no coincide con la realidad biológica.

De una revisión integral y sistemática del ordenamiento jurídico peruano, considerando que este reconoce expresamente el derecho a la identidad de cada persona –art. 2 inc. 1) de la Constitución-, así como el derecho a la verdad y a saber, además del principio del interés superior del niño, consideramos que es perfectamente amparable el reconocimiento en el Perú del derecho al conocimiento del origen biológico de las personas nacidas mediante las técnicas de reproducción asistida.

En nuestra doctrina, opina Marcial Rubio que los hijos nacidos mediante las técnicas artificiales de reproducción humana tienen el derecho a conocer la identidad de sus progenitores, al amparo de la Constitución, facultad que está por encima de las decisiones de quienes lo engendraron, pues la identidad es un derecho estrictamente personal que no se podría negar invocando la intimidad¹⁴⁶. También se pronuncia a favor del derecho a la identidad en la materia Vanessa Cabrera, quien tiene una tesis expresamente sobre el tema.¹⁴⁷

Desde un punto de vista conceptual, como señala Plácido, se debe “afianzar el derecho de toda persona a conocer y preservar su identidad filiatoria, con prescindencia de las circunstancias fácticas en las que se desarrolló el acto procreativo, por la consideración primordial del interés superior del niño”, dándose preferencia a la realidad biológica independientemente de que la impugnación sea matrimonial o extramatrimonial.¹⁴⁸

146 Entrevista citada por Rodríguez-Cadilla Ponce, Rosario, p. 163-164.

147 Como señala Cabrera Palomino (Op. cit., p. 105), quien ha escrito una tesis vinculada con el tema, frente al tema de la reserva y confidencialidad en cuanto al donante de material genético, ella no puede ser extendida hacia el resultado de dicha reproducción asistida, pues, sobre ella debe primar en el nacido, el derecho a saber y conocer su identidad.

148 Plácido, A. (2010). “La Evidencia Biológica y la presunción de paternidad matrimonial”. En: *Iuris Consulto*, No. 2. Lima: Universidad San Ignacio de Loyola, enero 2010. pp. 212 y 216.

Juan Espinoza, por su parte, sostiene que tanto el hijo adoptivo, como el que es producto de las técnicas de reproducción asistida, cuando cumplan la mayoría de edad, tienen el derecho de conocer quién fue su progenitor biológico para defender sus intereses, incluyendo su salud, como podría ser el caso en que necesite un trasplante de riñón, para lo que se requiere de un pariente biológico que altruistamente lo ceda.¹⁴⁹

Sin perjuicio de ello, considera que el factor determinante de la paternidad es el *animus*, la común intención del hombre y de la mujer que declaran tal deseo, planteando entonces la prevalencia de una definición dinámica de la paternidad antes que estática como la que plantea la relación *padre = progenitor*.¹⁵⁰

Por otro lado, aunque refiriéndose al derecho a la identidad en general (sin precisar el tema específico de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida), destaca Huamancayo¹⁵¹ que este incluye el derecho a conocer su padre biológico.

Luego de tratar el tema de la negación de la paternidad en la inseminación artificial, Tafur y Ajalcriña plantean que “podría consagrarse un sistema “abierto de impugnación” que no se limite a supuestos taxativos previstos y que no admiten extensión analógica.¹⁵²

¹⁴⁹ Espinoza Espinoza, Juan (2012). Op. cit., p. 107.

¹⁵⁰ Ibid., p. 108.

¹⁵¹ Huamancayo Pierrend, Juan Carlos (2009). Op. cit., p. 139. Como conclusión del artículo en el que aborda el tema, señala el mismo autor que: “No es posible establecer en forma general si ha de preferirse en todos los casos el aspecto del derecho a la identidad, que estaría formado por los vínculos que mantiene todo sujeto con las personas que considera parte de su entorno o el derecho a la verdad biológica de su filiación; sino que ello se determinará en atención a las características particulares de cada sujeto” (Ibid., p. 143).

¹⁵² Tafur Gopioc, Esperanza y Rita E. Ajalcriña Cabezudo. “Negación de la paternidad en la inseminación artificial”. En: APECC Revista de Derecho, p. 129.

Vale recordar que, antiguamente, nuestros códigos civiles prohibían la investigación judicial en el caso de los hijos extramatrimoniales en general, aduciendo el escándalo que la investigación generaría y la consiguiente perturbación de la paz familiar, “razón” que “ha sido desde hace mucho tiempo superada, privilegiándose a la justicia de otorgarle al menor el vínculo jurídico-familiar que le corresponde y al cual tiene derecho”, como señala Martínez Coco.¹⁵³

Rodríguez Cadilla, por su parte, si bien plantea que la cesión de material genético debe tener el carácter de anónima, quedando los datos del cedente en el más estricto secreto, agrega inmediatamente que la identidad del cedente, sin embargo, podrá ser revelada por orden judicial en casos de comprobado peligro para la vida del hijo o del embrión, o cuando así proceda conforme la ley penal, y siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o esclarecer el destino que se investigue. La revelación debe quedar restringida al ámbito médico/terapéutico y/o judicial, no admitiéndose en ningún caso la publicidad del donante. Anota, finalmente, la misma autora, que la revelación de la identidad no implicará filiación de ninguna manera.¹⁵⁴

Varsi, por su parte, destaca el carácter innato del derecho a conocer el origen biológico, señalando que toda persona tiene derecho a conocer su filiación, como facultad propia y natural, no sólo para generar consecuencias legales, sino también para permitir la concreción y goce de

¹⁵³ Martínez Coco, Elvira (1998). “La filiación biológica y el artículo 402 del Código Civil”. En: Seijas de Jesús, Teresa (compiladora). Estudios sobre los aspectos jurídicos de la biotecnología reproductiva humana en el Perú. Lima: Editorial San Marcos, p. 81. “Por regla general, y siguiendo los criterios decimonónicos, la investigación de la paternidad fue prohibida tomándose como argumento el chantaje contra los supuestos padres y la vulneración de la paz, intimidad e integridad de la familia legítimamente constituida. En aras de la protección de la familia, el sistema jurídico actuó como cómplice del padre (autor) ocultándolo, desprotegiendo a la madre célibe y a los hijos extramatrimoniales (víctimas) (Varsi Rospigliosi, Enrique, 1999, Filiación, derecho y genética. Lima: Fondo de Cultura Económica-Universidad de Lima, p. 254).

¹⁵⁴ Rodríguez-Cadilla Ponce, Rosario. Op. cit., p. 227-228.

su derecho a la identidad; sin perjuicio de ello, resalta, que no siempre existe correlación exacta entre la paternidad jurídica y la paternidad biológica aun cuando el derecho trate de apoyar la primera en la segunda; la identidad filiatoria puede no coincidir con la identidad genética.¹⁵⁵

Jairo Cieza reconoce también el derecho del nacido mediante técnicas de reproducción asistida de saber quién es su madre biológica, pero señalando que ello de ningún modo implicará reconocimiento de filiación.¹⁵⁶

Pronunciándose sobre la posibilidad de pedir la paternidad de un hijo reconocido por otra persona, Mosquera Vásquez estima que ante todo está el derecho del niño a conocer su propio origen biológico, teniendo en cuenta los artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño y la importancia de que la verdad jurídica se acerque a la verdad biológica.¹⁵⁷

Torres Maldonado, por su parte, señala que no puede privarse a una persona del conocimiento de sus raíces biológicas, pero excluyendo cualquier acción de filiación por ello, pudiéndose excepcionalmente revelar la identidad del dador por razones debidamente fundamentadas y evaluadas por una autoridad judicial.¹⁵⁸

155 Varsi, Enrique. Op. cit., p. 251 y siguientes.

156 Cieza, Jairo. Op. cit., p. 3.

157 En: La Ley, año 6, No. 65. Lima: edición del 1 al 30 de junio de 2013, p. 8.

158 Torres Maldonado, Marco Andrei, 2013, “¿Mi papá es un donante? El eufemismo del interés superior y la identidad del menor derivada de las técnicas de reproducción humana asistida”. En: Gaceta Civil y Registral, Tomo 152. Lima: octubre 2013, p. 156 y siguientes. “... el conocer el propio origen es un derecho fundamental de toda persona, relacionado (en cuanto que la determina) con su identidad de persona concreta y diferente de cualquier otra (...) El anonimato de los dadores no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues, de manera excepcional, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del dador y también permite a los hijos obtener información general de los dadores, excepción hecha de su identidad lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor” (Ibid., p. 167).

CAPÍTULO IV

Otros aspectos de interés

Alrededor de la reproducción artificial, se presentan diferentes problemas de carácter médico, social, ético y jurídico; ellos se vinculan, como hemos visto ya, con el anonimato del donante y el derecho de toda persona a su identidad, pero también con el tema de la paternidad, la unidad de la familia, la aplicación en sí de las técnicas de reproducción asistida, etc., siendo importante resaltar, asimismo, el delicado tema de la salud de los embriones concebidos de esta manera.

4.1. Algunas consideraciones desde la perspectiva médica y de la salud con respecto a la fertilización in vitro

Viendo el tema del derecho de toda persona a conocer su origen biológico, desde un punto de vista médico, se puede encontrar sustento para el reconocimiento de esta atribución en el llamado principio de “necesidad terapéutica”, como también en el ejercicio del derecho al consentimiento informado, toda vez que para poder tomar determinadas decisiones médicas, es necesario que el paciente conozca sus orígenes, a fin de que el consentimiento que pueda dar sea, efectivamente, informado.

Cabe precisar aquí que la propuesta de reconocer el derecho a

conocer el origen biológico como atributo de toda persona, no solo tiene que ver con que, por razones médicas, sepa realmente qué riesgos hereditarios de salud pueda tener, al igual que cualquier persona concebida naturalmente¹⁵⁹, sino que se vincula también con el conocer qué riesgos para la salud de una persona puede derivarse del hecho mismo de haber sido concebida de manera “asistida”.

Existe todo un debate sobre los efectos secundarios de la fecundación in vitro a nivel internacional, del cual ha sido bastante ajeno el nuestro, en donde el tratamiento mediático de la materia suele ser bastante complaciente o reducido a lo anecdótico, obviando cuestiones médicas y científicas fundamentales.

Vale decir que un estudio científico realizado en Dinamarca, evaluando 2.166 casos, ha arrojado como resultado que el riesgo de que un niño concebido mediante reproducción asistida nazca muerto sea del 16,2 por mil, siendo este porcentaje en el caso de reproducción natural del 2,3 por mil.¹⁶⁰

Por otro lado, en un estudio sobre los resultados de las técnicas de reproducción asistida en Canadá, en el año 2006, se evaluaron 12.052 ciclos de fecundación in vitro, observándose que el índice de embarazos

159 Señala J. Testart que todos poseemos cuatro o cinco genes de enfermedades graves que no se expresan, pero que pueden ser transmitidas por herencia (Testart, Jacques y Christian Godin, 2001, El racismo del gen. Biología, medicina y bioética bajo la férula liberal. México: Fondo de Cultura Económica, p. 40).

160 Wisburg, K. Ingerslev HJ, Henriksen TB. IVF and stillbirth: a prospective follow-up study. En: Human Reproduction 2010; 25: 1312-1316. Dentro de las conclusiones del estudio, se señala lo siguiente: “Compared with fertile women, women who conceived by IVF/ICSI had an increased risk of stillbirth that was not explained by confounding. Our results indicate that the increased risk of stillbirth seen after fertility treatment is a result of the fertility treatment or unknown factors pertaining to couples who undergo IVF/ICSI” (Para más detalle, véase: <http://www.medscape.com/viewarticle/721241> <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/20179321>).

por ciclo iniciado fue de 33,7% y el de niños nacidos vivos de 27,1%.¹⁶¹ Al año siguiente, el índice de embarazos por ciclo fue de 35.6% y el de niños nacidos vivos fue de 28.6%.¹⁶²

Otro estudio, publicado por la revista científica *Obstetric and Gynecology*, de The American College of Obstetricians and Gynecologists, reveló que todos los embarazos en los que se ha recurrido a tecnologías de reproducción asistida están asociados no solo con embarazos múltiples y necesidad de recurrir a cesáreas, sino también con anomalías congénitas.¹⁶³

En adición a lo expuesto, cabe mencionar que la revista científica *Human Reproduction*, publicó el año 2008, un estudio mediante el que se comprueba que los niños nacidos de embriones congelados, obtenidos tanto por fecundación in vitro como por inyección citoplasmática de espermatozoides (ICSI), tienen mayor índice de malformaciones que los nacidos de embriones no congelados.¹⁶⁴

161 Gunby, Joanne; Bissonnette, Francois; Librach, Clifford y Lisa Cowan. Assisted reproductive technologies (ART) in Canadá: 2006 results from the Canadian ART Register. *Fertility and Sterility* 2010; 93; 2189-2201.

162 Gunby, Joanne; Bissonnette, Francois; Librach, Clifford and Lisa Cowan. "Assisted reproductive technologies (ART) in Canada: 2007 results from the Canadian ART Register". En: *Fertility and Sterility*. Vol. 95, No. 2; February 2011; p. 542-547.

163 Buckett, William; Chian, Ri-Cheng; Holzer, Hananel; Dean, Nicola; Usher, Robert y Seang Lin Tan. "Obstetric Outcomes and Congenital Abnormalities After In Vitro Maturation, In Vitro Fertilization, and Intracytoplasmic Sperm Injection". En: *Obstetrics & Gynecology*; October 2007 - Volume 110 - Issue 4 - pp 885-891.

164 Belva, F.; Henriët, S.; Van den Abbeel, E.; Camus, M.; Devroey, P.; Van der Elst, J.; Liebaers, I.; P. Haentjens and M. Bonduelle. "Neonatal outcome of 937 children born after transfer of cryopreserved embryos obtained by ICSI and IVF and comparison with outcome data of fresh ICSI and IVF cycles". En: *Human Reproduction* 2008; 23 (10); p. 2227-2238. El problema, aparte de las malformaciones en sí, es que no se informa a las personas que recurren a estas técnicas, el hecho de la existencia de ese mayor riesgo; un estudio hecho en México, por ejemplo, concluye lo siguiente: "se puede concluir que los porcentajes de desinformación para los grupos que se sometieron a alguna de las TRA son elevados y, de manera especial, en cuanto a las probabilidades de malformaciones genéticas en los embriones"; en una escala entre nada, poco, mucho o muchísimo, dijeron no saber nada 58.3% de los que se sometieron solo a una inseminación artificial, 42.7% de los que se sometieron a inseminación artificial y FIVET-ICSI y 57.1% de los que se sometieron a solo FIVET y/o ICSI (Cabrera Antonio, L.C., 2011, La atención integral a las

Otro estudio, publicado en Inglaterra, confirma el riesgo de nacimiento con defectos de los concebidos mediante reproducción asistida en comparación con los nacidos mediante la concepción espontánea.¹⁶⁵

Además, conforme da cuenta Xavier Simmons, un estudio hecho por investigadores australianos sobre la base de niños nacidos mediante reproducción asistida entre 1995 y 2012, reveló que estos son más proclives a tener defectos de nacimiento en un 32%. Detrás de ello, se mencionan factores asociados con el tratamiento que podrían incrementar el riesgo en nacimientos, incluyendo las mismas causas de infertilidad subyacentes, las propias técnicas de reproducción asistida, como los medicamentos usados; cuestiones vinculadas con el congelamiento y descongelamiento de los embriones, alteraciones hormonales al tiempo de la implantación, la manipulación de gametos y embriones o una combinación de estos.¹⁶⁶

También es de mencionar que, en abril del 2012, se conoció la noticia que dos recientes estudios han mostrado que la incidencia de defectos de nacimiento y problemas circulatorios a largo plazo son más probables en niños concebidos mediante una fecundación in vitro. Lo

personas con problemas de fertilidad: Estudio de campo realizado en México. Tesis de Doctorado del Ateneo Pontificio Regina Apostolorum – Roma. México: p. 152-153.)

165 “We confirmed previous findings of an increased risk of birth defects among births conceived with assisted reproductive technology as compared with births from spontaneous conception” Davies, Michael J.; Moore, Vivienne M.; Willson, Kristyn J.; Van Essen, Phillipa; Priest, Kevin; Scott, Heather; Haan, Eric A. Haan y Annabelle Chan. “Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects”. En: *The New England Journal of Medicine*. 366 (19), may 10 2012, 1803-1813. Señala también el estudio que: “Women in the assisted-conception group were also more likely to have a stillbirth and to deliver by cesarean section and at a gestation of less than 37 weeks or less than 32 weeks and were less likely to have a male singleton (Table 2). In addition, their children had a lower mean birth weight than the children of women in the spontaneous- conception group”, p. 1805. Births after any assisted conception were associated with a significantly increased risk of any birth defect: 8.3%, as compared with births to fertile women that did not involve assisted conception: 5.8% (1808).

166 Symons, Xavier. (2013). “Birth defects more likely in IVF children”, p. 7.

primero ha sido señalado por investigadores del Nanjing Medical University de China, cuyo trabajo ha sido publicado en la revista *Fertility and Sterility*.¹⁶⁷ A conclusión similar ha llegado en EEUU el Center for Disease Control and Prevention.

Las razones de por qué hay mayores problemas de salud en los niños nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, se ha buscado explicarlas acudiendo a diversas teorías:

- a) Las personas que tienen problemas para concebir tienden a tener bebés con defectos de nacimiento, justamente debido a esos mismos problemas, vinculados con los gametos de los progenitores, y no a las técnicas de reproducción asistida en sí.
- b) Razones relacionadas con la aplicación del tratamiento en sí.
- c) Cuestiones vinculadas tanto con el estado de los gametos como las técnicas empleadas causan los trastornos en la descendencia con distinta influencia según el tipo de entorno.¹⁶⁸
- d) En realidad, no es que hayan más defectos, sino que ellos son

¹⁶⁷ Wen, Juan; Jiang, Jie; Ding, Chenyue; Dai, Juncheng; Liu, Yao. Xia, Yankai; Liu, Jiayin y Zhibin Hu. "Birth defects in children conceived by in vitro fertilization and intracytoplasmic sperm injection: a meta-analysis". En: *Fertility and Sterility*. Volume 97, Issue 6, p. 1331–1337.e4, junio 2012.

•

¹⁶⁸ López Moratalla, Natalia; Huerta Zepeda Alejandra y Dolores Bueno López. "Riesgos para la salud de los nacidos por las técnicas de fecundación asistida. La punta de un iceberg". En: Cuadernos de Bioética XXIII, 2012/2, p. 469. "El desarrollo de las condiciones de cultivo de los embriones en el laboratorio, y en su caso la congelación, por mucho que se haya perfeccionado con la experiencia a posteriori, no sustituye al entorno natural preciso, y el único que evita la vulnerabilidad del embrión precoz" (471). "La sustitución, imprescindible cuando se usa las TRA, del medio natural por el medio *in vitro* puede causar mutaciones en este nivel de regulación –epimutaciones- que se suman a las posibles alteraciones, que de suyo o por la manipulación técnica, puedan tener los gametos de los progenitores. Una concatenación de causas conlleva consigo el hecho de que la salud de los que llegan a nacer mediante el uso de las TRA será peor que la de los nacidos que fueron engendrados. Más aún, algunas de las epimutaciones del ADN pueden pasar a las siguientes generaciones" (479).

más conocidos simplemente porque estos niños están más cercanamente observados.

Desde que nació Louise Brown en 1978, el Medical Research Council empezó a comparar los datos del primer año de vida de los niños nacidos mediante fecundación in vitro durante diez años, respecto a los niños nacidos en el mismo período naturalmente, encontrándose ya desde entonces un déficit de salud de los generados por la fecundación in vitro; luego, hacia los años 2003-2005, se realizan meta-análisis que recogen datos de diversos estudios, que exponen un incremento del riesgo por la aplicación creciente de las técnicas.¹⁶⁹

Señalan López Moratalla, Huerta y Bueno que ya a inicios de 1990 se había dado una alerta pediátrica debido a los defectos y anomalías con que nacían varios de estos niños concebidos por fecundación asistida, cuya peor salud se evidencia a partir del 2002; los problemas tienen que ver con que la técnica implica la pérdida de varios embriones antes de su implantación, abortos espontáneos, alta mortalidad perinatal, no se ha hecho previamente la imprescindible experimentación con animales, las pruebas hechas con animales fértiles han mostrado que las crías generadas in vitro presentan alteraciones graves; se ha hecho una extensa experimentación humana directa sin los requisitos mínimos de la experimentación humana, sin saber el papel de las técnicas en sí y cómo causan los efectos que ellas generan, etc.¹⁷⁰

Aparte de este riesgo, la aplicación de las técnicas de generación asistida “generan síndromes raros, y aparecen casos recientes que muestran alteraciones no cuantificadas aún”, agregando López Moratalla, Huerta y Bueno que: “Conocemos que hay alteraciones que aparecen a largo plazo, como la enfermedad sistémica pulmonar y cardiovascular,

¹⁶⁹ Ibid., p. 469.

¹⁷⁰ Ibid., p. 477-478.

causadas por la exposición del embrión en los primeros días –en los que es especialmente vulnerable-, a un entorno adverso y a la estimulación ovárica”.

Observan los mismos autores que “a lo largo de la década de los 90 se observa una clara relación en la aplicación de la FIV, y la prematuridad y bajo peso de los niños al nacer. Se describe hipertensión, enfermedades cardíacas y osteoporosis y un mayor grado de malformaciones”.¹⁷¹

Los resultados del estudio de M. Hansen y otros, publicado en el 2005, sugieren que existe un aumento del riesgo estadísticamente significativo de defectos de nacimiento en los bebés concebidos mediante técnicas de reproducción asistida del orden de 30-40%; mayores riesgos que deberían ser informados a toda persona que desee someterse a este tipo de tratamientos.¹⁷²

Todo ello revela que, luego de más de 30 años de investigación, todavía no tenemos el control necesario ni el conocimiento suficiente de las técnicas de reproducción asistida.

¹⁷¹ Ibid., p. 485.

¹⁷² “Our results suggest there is a statistically significant increased risk of birth defects in infants conceived using assisted reproductive technologies of the order of 30–40%” (Hansen, M. Bower, C.; Millne, E.; de Klerk, N. y Kurinczuk, J.J. “Assisted reproductive technologies and the risk of birth defects – a systematic review”. En: *Human Reproduction* 20, 2005, 328-338). Concluye el estudio señalando expresamente que “Pooled results from all suitable published studies suggest that children born following ART are at increased risk of birth defects compared with spontaneous conceptions. This information should be made available to couples seeking ART treatment”. Cabe señalar que, cinco años antes, el estudio de algunos de los mismos investigadores había dado el alerta de que los niños concebidos mediante la tecnología de reproducción asistida tenían más de dos veces que los niños concebidos naturalmente, defectos de nacimiento detectados durante el primer año de vida y tenían mayor predisposición a tener otros problemas (Hansen, M.; Kurinczuk, J.J.; Bower, C. y Webb, S. “The risk of major birth defects after intracytoplasmic sperm injection and in vitro fertilization”. En: *New England Journal of Medicine*, 346, 2002, p. 729). Es de agregar la siguiente consideración del mismo estudio: “We found that there may be an excess occurrence of major cardiovascular, urogenital, chromosomal, and musculoskeletal defects associated with assisted conception. However, these findings regarding specific organ systems should be interpreted with caution, since they are based on small numbers of infants in each group” (Ibid. p. 730).

Se señala como motivos muy claros que, como no se cura la esterilidad, el hijo podrá padecer las consecuencias de las deficiencias de los gametos de los padres. Pero, incluso en los casos en que el problema no es que los gametos sean defectuosos, como se da cuando se recurre a donantes, la aplicación de las técnicas tiene excesivas deficiencias”.¹⁷³

Agregan López Moratalla, Huerta y Bueno, citando a diversos autores, que, respecto a la parálisis cerebral, “Diversos estudios desde 2006 han afirmado que los niños nacidos tras FIV o ICSI tienen mayor riesgo de sufrirla; además presentan mayor prevalencia en el retraso mental y la disfunción ocular severa asociados a esta enfermedad, así como trastornos del espectro del autismo”.¹⁷⁴ Añaden a ello la vascularización anormal de la retina y anomalías cardíacas.

En una carta dirigida a la Canadian Fertility and Andrologic Society, la genetista de la Universidad de Toronto, Dra. Rosanna Weksberg, sostiene que los bebés nacidos mediante una fertilización in vitro, tienen 10 veces más posibilidades de sufrir algunos raros desórdenes de carácter genético, por lo que deben hacerse más estudios sobre materia. Estos problemas, aparte del bajo peso, incluyen un mayor riesgo de autismo.¹⁷⁵

Por otro lado, los resultados de un estudio realizado por el grupo del Hospital Clínic-Idibaps (Instituto de Investigaciones Biomédicas August Pi i Sunyer) de Barcelona, publicado en la revista *Circulation* en el año 2010 y del que diera cuenta el boletín *Provida Press*, revela que aproximadamente la mitad de los niños concebidos con técnicas de reproducción asistida tienen riesgo de padecer en un futuro de enfermedades cardiovasculares,

¹⁷³ López Moratalla, Natalia; Huerta Zepeda Alejandra y Dolores Bueno López. Op. cit., p. 474.

¹⁷⁴ Ibid. , p. 489, 490.

¹⁷⁵ <http://www.lifesitenews.com/news/ivf-babies-up-to-10-times-more-likely-to-suffer-rare-genetic-disorders-gene>. (Consultada el 22.08.2014)

frente a un 5% en el caso de los bebés que han nacido producto de una concepción natural.

En este listado de riesgos, anota María Lacalle que “estudios recientes parecen demostrar que las técnicas de reproducción asistida producen una serie de efectos directos sobre el genoma de los embriones. Se trata de modificaciones epigenéticas por metilación de bases nucleotídicas. La incidencia tumoral en los niños así concebidos es muy superior a la media”.¹⁷⁶

Se dice también que quienes nacen de una fecundación in vitro, tienen el doble de posibilidades de morir en los primeros 28 días luego del nacimiento que los nacidos por vía natural, además de sufrir de prematuridad y aumentar hasta tres veces la posibilidad de nacer con bajo peso, según da cuenta la publicación Plos One en su edición de enero del 2014.¹⁷⁷

No puede tampoco dejarse de mencionar que la fecundación in vitro no solo podría tener algunos efectos en el niño, sino que también pueden existir algunos riesgos en cuanto a la salud de la madre; así, según mencionan López y Abellán, “hasta un 10% de las mujeres que se someten a estas técnicas desarrollan el síndrome de hiperestimulación ovárica severo que puede causar dolor, fallo renal, potencial infertilidad futura, ascitis, tromboembolia, e incluso la muerte”.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Lacalle Noriega, María (2013). Op. cit., p. 120.

¹⁷⁷ Plos One; 2014; 9, No.1, e80398, enero 2014, citado por el Observatorio de Bioética de la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir. En: http://www.observatoriobioetica.org/2014/riesgos-medicos-de-la-fecundacion-in-vitro/?utm_source=wysija&utm_medium=email&utm_campaign=429.

¹⁷⁸ López Barahona, Mónica y José Carlos Abellán. Op. cit., p. 25. Agregan ambos que, según datos provenientes de investigaciones con animales (aún no se tienen estudios concluyentes en humanos) existen sospechas fundadas de que las mujeres que se someten a múltiples ciclos de hiperestimulación ovárica puedan tener mayor riesgo de padecer cáncer de ovario o mama (Ibid., p. 26). Dentro de los riesgos de recurrir a la técnica de hiperestimulación hormonal a la que debe someterse una mujer que desea donar sus óvulos, menciona Justo Aznar que ellos “pueden variar desde el dolor

4.2. Algunas consideraciones desde el ámbito psicológico, económico y de otra índole con relación a la materia

A las razones médicas, se agregan razones de tipo psicológico, pues, como señala el psicólogo de la Universidad de Chile, Rubén Araya, citando a Jadvá, V. Freeman y otros: “en general los estudios muestran que entre más tarde y más fortuitamente es informado un sujeto de su origen en base a TRA-D más negativos son los sentimientos que emergen frente a los padres y al hecho de haber nacido de esta manera”.¹⁷⁹

A nivel psicológico, es de mencionar que, como refiere Vila-Coro, investigaciones efectuadas en Estados Unidos, Canadá y Gran Bretaña sobre niños adoptados, confirman claramente que es muy grande su necesidad de conocer su origen, y las posibilidades de obtener ese conocimiento es de la mayor importancia para su desarrollo. También organizaciones y personas vinculadas con temas de adopción en Suecia comparten la misma experiencia¹⁸⁰, lo cual consideramos puede hacerse extensivo a los niños nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, por tratarse de situaciones análogos.

El estudio de campo hecho por Antonio Cabrera, nos da una perspectiva integral de la problemática, la cual involucra aspectos

abdominal, náuseas, vómitos, e incluso otros más graves con aumento de peso, dificultades respiratorias y efectos dañinos en otros órganos como vejiga, intestino o útero, a la vez como daños indirectos a más largo plazo como disminución de la fertilidad, incluso infertilidad, hemorragias, riesgo tromboembólico, incluso aumentar el cáncer de ovario, pecho y colon, e incluso en muy raras ocasiones la muerte.

¹⁷⁹ Araya Krstulovic, Rubén. “Secreto y anonimato en la reproducción asistida con donación de gametos”, 2010, p 3. En: <http://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/08/Secreto-y-anonimato-en-la-reproducci%C3%B3n-asistida-con-donaci%C3%B3n-de-gametos.pdf>. (Consultada el 19.03.2013).

¹⁸⁰ Vila-Coro, María Dolores (1997). Op. Cit., p. 83.

psicosomáticos:

“el principal riesgo físico para la mujer, si se somete a altas dosis de hormonas o si se somete a tratamientos repetitivos del mismo tipo, es la posibilidad de serios trastornos de coagulación como tromboembolia o el síndrome de hiperestimulación ovárica, (...). Debido a la repetición y agresividad de los procedimientos, a la ansiedad con que se esperan los resultados, a los tratamientos hormonales, la mujer puede sufrir física y psicológicamente y verse reducida a la condición de un simple mecanismo reproductor”.¹⁸¹

Dentro de los argumentos en contra de reconocer este derecho, se han esgrimido razones económicas, señalándose que la posibilidad de que se revele la identidad del donante, reduciría ostensiblemente la cantidad de dadores, generando tanto mayores costos como que se promocionen mercados negros para conseguir donantes por lo bajo. No obstante, frente a estos temores, un dato interesante que señala Mary Warnock, es que en aquellos países escandinavos en los que el anonimato del donante ya no se preserva, después de una caída inicial, el número se ha estabilizado, llevando ello a la citada autora a cambiar la opinión que tuviera cuando formara parte en Inglaterra de la famosa Comisión Investigadora sobre Fecundación Humana y Embriología que tuviera bajo su dirección.¹⁸²

En todo caso, cualquier disminución que pudiere haber, resultaría siendo un costo que debe afrontarse para salvaguardar un bien superior y, en todo caso, un problema que puede abordarse también desde la ley; además de ello, no puede dejarse de valorar ética y socialmente el hecho que el reconocimiento del derecho al origen biológico, desalentaría a

¹⁸¹ Cabrera, Antonio. Op. cit., 33.

¹⁸² Warnock, Mary. Op. cit., p. 78. Vale decir que la Comisión Warnock consideró que quien dona gametos sea desconocido para la pareja, antes, durante y después del tratamiento, como también que ésta no sea conocido por aquél. Únicamente permite que el hijo, cumplidos 18 años, pueda acceder a una información básica sobre el origen étnico y la salud genética del donante.

quienes pretendan convertir la dación de semen en una cuestionable forma sin control de ganarse la vida.

Aparte de todo lo expuesto, existen casos que refuerzan con contundencia el cuestionamiento a la preservación del anonimato, como la historia de Bertold Wiesner, director de una clínica de fertilidad británica, de quien se hizo público en abril del 2012, que podría ser el padre de entre 300 y 600 niños, al haber usado su propio esperma para “ayudar” a más de 1.500 mujeres a concebir un hijo. Todo comenzó a descubrirse cuando dos personas, asombradas por su parecido con el médico, se sometieron a una prueba de ADN, descubriendo que eran hijos del mismo padre, lo que sería solo el hilo de la madeja para empezar a descubrir a otros hermanos.

No se sabe si el motivo fue el deseo del médico de ahorrar “costos” o algún delirio de vanidad o grandeza. Lo cierto es que Weisner, de nacionalidad austriaca, junto con su esposa, Mary Barton dirigió la Barton Clinic entre 1940 y 1972, año en el que murió.¹⁸³

Otro caso interesante es el de Katrina Clark, en Estados Unidos, quien, nacida mediante una fecundación artificial, a los 17 años decidió encontrar a su padre biológico, haciendo conocer su historia en un artículo publicado en el diario *The Washington Post*, el 17 de diciembre del 2006, cuando tenía 18 años, en donde decía lo siguiente:

“Me molesta que todo lo relativo a la donación de gametos se centre solo en ‘los padres’, es decir, los adultos que pueden tomar decisiones sobre nuestras vidas. Se simpatiza con la madre por querer tener un hijo. El donante consigue garantía de anonimato, así como exención de cualquier responsabilidad sobre el hijo nacido

¹⁸³ <http://www.abc.es/20120409/sociedad/abci-donante-esperma-hijos-201204091314.html>. (Consultada el 20.03.2013).

de su donación. Mientras estos adultos sean felices, la concepción por donación es un éxito, ¿no?”.

Sin embargo, siendo ella nacida mediante estas técnicas, denunció en su artículo:

“No pedimos nacer de este modo, con las limitaciones y la confusión que implica. Es hipócrita que tanto padres como médicos supongan que a los ‘productos’ del banco de semen no les interesa conocer sus raíces biológicas, cuando es el vehemente deseo de tener descendientes biológicos lo que hace que los clientes recurran a la inseminación artificial”.¹⁸⁴

¹⁸⁴ En: <http://escucharlavozdelamor.blogspot.com/2009/07/katrina-clark-mi-padre-fue-un-anonimo.html>. Consultada el 18.08.2014.

CAPÍTULO V

Hacia un reconocimiento explícito del derecho a conocer la identidad biológica frente a las técnicas de reproducción asistida

5.1. El hijo como fin y no como medio

Las técnicas de reproducción asistida se desarrollan en un contexto en el que pareciera estarse favoreciendo el “derecho” al hijo de quienes desean ser padres, y no el derecho del hijo a tener una familia¹⁸⁵, convirtiéndose a aquél en un objeto destinado a satisfacer los anhelos de los futuros padres.

Entonces, el eje de la atención en la materia, se ha venido centrando más en los padres, al considerarse un derecho de ellos el mantener en secreto el origen del hijo que puedan haber tenido por vía de la reproducción asistida. No obstante, debe tenerse en cuenta, en cuanto a la relación del hijo con la madre que, como señala Rodolfo Vásquez, la maternidad debe entenderse en función del hijo y no al revés¹⁸⁶; hablar,

¹⁸⁵ Corral García, Eduardo. Op. cit., p. 249.

¹⁸⁶ Vásquez, Rodolfo (1993). Op. cit., p. 461. En tal sentido, “no hay un derecho a

por ejemplo, de que la mujer tiene un derecho al hijo (concepto que hemos cuestionado en páginas anteriores), haría de este último, que es fin en sí mismo, un medio al servicio de los deseos o intereses de otra persona.”¹⁸⁷

Apunta Antonio Cabrera, por su parte, que el deseo de los padres de tener un hijo a toda costa, puede generar la falsa concepción de un “derecho” a tener un hijo, con el consiguiente riesgo de pensar en el mismo como un ser producido o “producto”.¹⁸⁸

Señala Morán que el “deseo de paternidad” choca con el principio de indisponibilidad del estado civil y de las acciones de estado, con el principio de veracidad biológica y con el derecho de toda persona a conocer su origen biológico”.¹⁸⁹

Parece importante aquí, además, tener presente que “Las consecuencias de mantener en secreto el uso de material genético no relacionado a uno o ambos de los padre para la concepción del niño, puede traer consecuencias indeseables y, a veces, irreparables”.¹⁹⁰

Otro eje a considerar es el de la perspectiva de las instituciones de salud que se dedican a este tipo de actividades reproductivas, que ven en la

transmitir la vida por cualquier medio y a cualquier precio, ya que este derecho sería contrario a la dignidad del hijo, tratándolo como un objeto de propiedad, en vez de como un sujeto personal de derechos. El legítimo deseo de tener un hijo, debe ir acompañado de la responsabilidad para buscar las mejores condiciones para su concepción y su desarrollo como persona, reconociendo en primer lugar que el hijo es un don y no un derecho” (Marcó y Tarasco, 2009, pp. 242).

187 Vásquez, Rodolfo (1993). Op. cit., p. 461.

188 Cabrera, Antonio. Op. cit., p. 28. Como dicen López y Aparisi (2012, op. cit., p. 266.) “el deseo de las parejas estériles debe ser escuchado por la sociedad. Sin embargo, no todos los deseos de los adultos deben ser considerados como derechos, máxime si ello implica lesiones a la dignidad y a los derechos de otros sujetos implicados, especialmente de las mujeres más vulnerables y los hijos”.

189 Morán de Vicenzi, Claudia. Op. cit., p. 158.

190 Urdapilleta, Leticia. Op. cit., p. 22.

donación anónima la posibilidad de poder tener más donantes, olvidando los costos colaterales que pueden generarse.

No puede obviarse que otro eje de la problemática está conformado por el propio dador del semen, pero ciertamente pareciera que este protagonista no ha merecido mayor atención y se le tiene como una especie de actor secundario. Empero, analizando a este otro protagonista, puede advertirse que el hecho que una persona se ofrezca para el efecto, permite deducir su escaso o nulo interés en la paternidad y, más todavía, su preocupación y deseo de no tener que afrontar luego responsabilidades o juicios de filiación o alimentos, riesgos de los que precisamente lo libera el principio del anonimato. En el ámbito del tema de las técnicas de reproducción asistida, debe tenerse en cuenta no solo la dignidad del niño, sino también la de aquel que permite el uso de sí como un simple proveedor o fuente de “recursos”.¹⁹¹

Sin dejar de valorar al total de los sujetos involucrados, consideramos que el eje fundamental para abordar el tema del conocimiento del origen biológico, debe focalizarse en el propio concebido, que no puede ser tratado como un convidado de piedra, y cuyos legítimos intereses deben anteponerse a los de cualquiera de los otros sujetos vinculados con la materia.¹⁹²

191 Señala Christian Godín: “El famoso principio de anonimato rebaja al dador al papel de semental. Por cierto, en apariencia vela por el narcisismo herido de las parejas estériles, pero al precio de una negación de la que pocos se atreven a sorprenderse. El aspecto más alienante de la donación de gametos, dice (Jacques Testart), no es que el padre genético no sea el padre social, ni siquiera el secreto a menudo vinculado con ese origen atípico, puesto que muchos niños del adulterio pudieran vivir felices en todas las épocas. Por lo menos en Francia, radica en la prohibición legal de decidir y de saber, porque únicamente la institución médica se arroga la elección de un progenitor y es la única poseedora de tal secreto” (Testart y Godin, 2001, op. cit., p. 58-59).

192 En tal sentido, la propuesta de Jesús Palacios, catedrático español de Psicología Clínica, de satisfacer la necesidad de la persona de saber su origen sin vulnerar el anonimato que establece la ley sería que el donante redacte una carta describiéndose a sí mismo, explicando los motivos que le llevaron a donar”, lo que, sin embargo, consideramos sería algo bastante ingenuo, pues de ninguna manera ello puede bastar para satisfacer la natural curiosidad, interés o deseo de una persona de conocer su origen; por lo demás, ¿qué diría el dador en su carta sobre las razones por las que se convirtió en un dador de esperma? ¿diría que lo hizo solo por dinero? ¿inventaría razones altruistas?

Como dice Díaz de Terán Velasco, siguiendo a M.F. Pompèda y A.M. Vega Gutiérrez, la propia dignidad de persona humana del concebido exige el reconocimiento de su soberana autonomía tanto frente a sus padres como frente a la sociedad, agregando que:

“...precisamente, la humanización de la procreación exige estimar el interés del hijo como guía de ponderación. Humanizar, por tanto, no significa confiar a una biotecnología sin restricción ética alguna la misión, sólo aparentemente humanitaria, de encontrar recursos para satisfacer cualquier posible deseo de fabricación de una familia, sino construir responsablemente el fundamento de la sociedad del mañana redescubriendo –muy especialmente en el terreno jurídico- el sentido y las exigencias de las relaciones personales naturales.¹⁹³

Podemos decir, finalmente, siguiendo a Andruet, que “quien no respeta la identidad del otro, en verdad no está mostrando sino, la pérdida de la propia”.¹⁹⁴

5.2. ¿Existe el derecho a no saber el origen biológico?

Sea como sea, de ninguna manera ello podría satisfacer la necesidad de la persona de conocer de dónde proviene genéticamente. “Donar el esperma no es ser padre (de momento). En: Diario El País. Madrid: Edición del 22.11.2010.

En:

<http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Donar/esperma/ser/padre/momento/elpepisc/20..>

¹⁹³ Díaz de Terán, María y Ma. Cruz Díaz (2005). Derecho y nueva eugenesia. Un estudio desde la Ley 35/88, de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Derecho y nueva eugenesia, p. 7.

¹⁹⁴ Andruet, Armando (2005). “Ética de la investigación, derecho de las personas y justicia”. Córdoba: Universidad Católica de Córdoba. Documento de Trabajo. Serie Derecho y Ciencias Sociales, p. 23.

Establecida la existencia del derecho de toda persona a conocer su identidad biológica, tenemos entonces también que responder a la pregunta de si estamos solo ante un derecho o si se trata también de una obligación. ¿Puede válidamente una persona negarse a someterse a un análisis genético para conocer su origen biológico? Así como existe un “derecho a saber”, ¿existe un “derecho a no saber”?

El caso no es extraño, como pudiera parecer y, de alguna manera, ha sido materia de discusión en Argentina a raíz de la investigación acerca de la filiación de personas nacidas en la década del 70 durante la dictadura militar que podrían estar vinculados con casos de desaparecidos.¹⁹⁵ En caso de discusión entre la invocación del derecho a saber y el derecho a no saber, señala Kemelmajer¹⁹⁶, el principio de proporcionalidad manda intentar conciliar ambos principios.

En nuestra opinión, estamos ante un derecho, una prerrogativa del individuo, que, en principio, no puede ser violada, teniendo el derecho toda persona a su intimidad, a su libertad, a su integridad física y, eventualmente, a su tranquilidad familiar que puede que uno no quiera exponer comprensiblemente.

Es de mencionar que el art. 10 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, de Oviedo, 1997, señala que: “Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada”.

195 Señala Highton que, incluso en algún caso la comprobación de la identidad no sólo fue reconocida como un derecho sino impuesta como una obligación (Highton, Federico. Op. cit., p. 70.)

196 Kemelmajer, Aída (2003). “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso “Odièvre c/France”. En: www.jusmendoza.gov.ar/informacion/novedades/AIDA_KEMELMAJER.htm, p. 15.

A su vez, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos señala que:

“Artículo 10: Derecho a decidir ser o no informado de los resultados de la investigación

Cuando se recolecten datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos o muestras biológicas con fines de investigación médica y científica, en la información suministrada en el momento del consentimiento debería indicarse que la persona en cuestión tiene derecho a decidir ser o no informada de los resultados de la investigación. Esta disposición no se aplicará a investigaciones sobre datos irreversiblemente disociados de personas identificables ni a datos que no permitan sacar conclusiones particulares sobre las personas que hayan participado en tales investigaciones. En su caso, los familiares identificados que pudieran verse afectados por los resultados deberían gozar también del derecho a no ser informados”.

Empero, debe tenerse también en cuenta, como señala Mizrahi, que, siendo que los vínculos filiatorios constituyen una *relación*, no atañen a un solo sujeto.¹⁹⁷ Como sostiene también Romeo Casabona, “el sujeto de la información genética no es, desde un punto de vista biológico, el individuo, sino toda la familia biológica a la que pertenece, aunque no exista coincidencia desde una perspectiva jurídica”.¹⁹⁸ En esta perspectiva, ¿podría calificarse de falta de solidaridad la negativa de una persona a

197 “si bien cada sujeto es amo y señor de su intimidad, no puede hacerse la misma afirmación categórica respecto a su identidad, cuando los demás aparecen involucrados. (...) en todo lo relativo a las relaciones familiares –y la determinación del origen genético hace a ellas- las personas no se mueven en el terreno de los ideales autorreferentes, donde el principio de la autonomía personal adquiere un valor irrestricto. Por el contrario, serán actuaciones que se desenvolverán en el campo intersubjetivo”, en donde el derecho de uno queda limitado por el derecho del otro (Mizrahi, Mauricio Luis, 2004, p. 174).

198 Romeo Casabona, Carlo María (2002). Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano. Bilbao-Granada: Editorial Comares – Fundación BBVA, p. 70.

saber que tiene una enfermedad que sería conveniente conozcan sus parientes o descendientes?

Es necesario precisar que quien invoca un “derecho a no saber”, parte del presupuesto de que “ya sabe”, por lo menos algo. Es decir, que la persona sabe o intuye que pertenece a un grupo de riesgo genético de padecer o llegar a padecer determinada enfermedad.

Agrega Romeo Casabona que “el derecho a la protección de la vida privada sin intromisiones externas resurge en estos momento como garante de la decisión individual tomada, partiendo del entendimiento de que ese derecho a no saber no es en realidad sino una manifestación del derecho a la intimidad”¹⁹⁹

Mas este derecho debe verse postergado cuando de por medio existen situaciones particulares como, por ejemplo, que se detectara la enfermedad de Huntington. Como dice Fernando Abellán, muchas personas se niegan a que se les informe si padecen de esta patología degenerativa y mortal debido a la falta de medidas curativas, la gravedad de los síntomas, su consecuencia formal y los problemas psicológicos que puede generar.²⁰⁰

Por otro lado, puede ser importante determinar el hecho a fin de verificar la existencia de una relación incestuosa.

Tenemos entonces que el derecho a no saber, como el derecho a ser informado, no son derechos absolutos o ilimitados; y, para hallar sus límites, desde una perspectiva bioética, debe tenerse en cuenta el criterio de *colisión de deberes* y el del *estado de necesidad*; en estos casos, deben ponderarse todos los interés en conflicto y no sólo lo bienes jurídicos

¹⁹⁹ Ibid., p. 70.

²⁰⁰ Abellán, Fernando. Op. cit., p. 175.

implicados.²⁰¹

¿Qué hacer empero, si, con motivo de un análisis genéticos, se descubre patologías insospechadas o falsas atribuciones de paternidad? ¿Debe informarse ese hallazgo a la pareja u otra persona pese a que no lo han pedido?

Coincidimos con Abellán en que: “Probablemente, la postura más adecuada sería la de abogar en estos casos por una revelación progresiva y cuidadosa de la información que, en última instancia, no impida al afectado administrar el final de su vida con arreglo a sus deseos más personales”.²⁰²

5.3. Consideraciones finales

Ocultar a una persona su origen genético frustra el derecho natural de todo individuo de conocer algo tan básico y esencial, como es saber sus orígenes, independientemente de los intereses morales y económicos que puedan existir o no detrás de ellos.

Por lo demás, se le estaría discriminando respecto al derecho de cualquier persona nacida, concebida mediante la forma tradicional, de tener la posibilidad de optar por saber o no de sus ancestros,²⁰³ yendo asimismo contra el deber que tienen los padres de decir la verdad a sus hijos.²⁰⁴

²⁰¹ Ibid., p. 178.

²⁰² Ibid., p. 180.

²⁰³ “La exigencia de un anonimato absoluto discrimina a los hijos nacidos a partir de las nuevas técnicas de los demás”. (Moro Almaraz, María Jesús, Op. cit., p. 109)

²⁰⁴ Highton, Federico (Op. cit., p. 70) hace referencia a la discriminación que da en el derecho argentino, en donde el art. 328 del Código Civil establece el derecho del adoptado a conocer su realidad biológica y a conocer el expediente a partir de los 18 años,

A partir de lo expuesto en el presente capítulo, podemos concluir que toda persona tiene el derecho de conocer su identidad de origen, el capítulo inicial de su propia historia. “Poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural del ser humano que, incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar raíces que den razón del presente a la luz del pasado que permita reencontrar una historia única e irreplicable en movimiento (...)”²⁰⁵

Si partimos del presupuesto kantiano de que toda persona es un fin en sí, debemos, justamente, pensando en el concebido mediante una técnica de reproducción asistida, darle la posibilidad de conocer la verdad de su origen, lo cual no se trata solo del reconocimiento de un derecho más sino que es parte del respeto a su dignidad como persona, siendo de recordar que el fundamento antropológico de la dignidad es el que cada ser humano sea tratado como un fin en sí.²⁰⁶

Así, podemos encontrarnos entonces con que “se debe brindar al hijo una *identidad cierta* en todo su significado, como derecho inherente a su dignidad misma”,²⁰⁷ siendo de mencionar aquí que la dignidad como fundamento de la bioética exige que no se degrade a la persona humana, que no se le cosifique.²⁰⁸

derecho que no se otorga al nacido mediante reproducción asistida, lo que genera una discriminación, pues el adoptado podrá alguna vez conocer su identidad, mientras el procreado con aporte de tercero, nunca.

²⁰⁵ En: “La filiación y el derecho a la identidad” (síntesis de trabajo de la Dra. María Silvia Apud Ahualli, publicado en La Gaceta. Tucumán, Argentina, edición del 02.10.2007). En: www.Lagaceta.com.ar/nota/238069/tribunales. Consultada el 05.03.2013).

²⁰⁶ Gómez Alvarez, José Enrique. “La dignidad de la persona humana como marco de referencia de la bioética”. En: Porter, K. y otros (2009), Introducción a la Bioética 3^a. Edición. México: Méndez Editores, p. 53.

²⁰⁷ Loyarte, Dolores y Adriana E. Rotonda (1995). Op. cit., p. 392.

²⁰⁸ Andruet, Armando (2007). “La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos”. En: Andruet, Armando (compilador) y otros. Bioética y Derechos

Una exigencia natural de la libertad es que debe ejercerse éticamente y allí la ética se hace presente para decirnos, por ejemplo, que el fin no justifica los medios; en tal virtud, no se debe ocultar a la persona sus orígenes aun cuando a través de ello pensemos que de alguna manera la estamos protegiendo de algo, y es que “incluso en los más nobles propósitos, la utilización de medios reprobables convierte a estos medios en realidades autónomas que, al final, dañan al mismo fin, lo enmarañan e incluso lo olvidan”²⁰⁹. Por tanto, en el núcleo de la ética se encuentra la adecuación de los medios como exigencia básica para el logro de cualquier fin.

Resulta interesante en este contexto, citar las palabras de Margaret Brown, hija de un donante anónimo: “Soy una persona engendrada por inseminación artificial, alguien que nunca conocerá la mitad de su identidad. ¿Quién soy? es una pregunta difícil de contestar para alguien que ignora de donde viene... Negar a alguien el conocimiento de sus orígenes biológicos es un terrible error”.²¹⁰

La propuesta que planteamos en el presente estudio, parte de la aplicación de, más que una bioética de la autonomía, una bioética de la responsabilidad²¹¹. Empero, cabe destacar que, incluso desde la perspectiva de la autonomía, debe reconocerse el derecho de toda persona a conocer su identidad biológica, pues qué más autónomo que el propio origen de uno.

El hijo de donante anónimo carece de vínculo histórico, referencial,

Humanos. Córdoba: Universidad Católica de Córdoba, p. 73.

²⁰⁹ Flach, Karl-Hermann (1986). El Futuro de la libertad. La nueva oportunidad de los liberales. Bogotá: Fundación Friedrich Naumann, p. 18.

²¹⁰ Vila-Coro, María Dolores (1997). Op. cit., p. 82.

²¹¹ Abellán, José. Op. cit., p. 410.

no solo genético, siendo una situación parecida a la del adoptado que desconocer quiénes fueron sus padres naturales.

Por otro lado, no puede dejar de reconocerse que la inseminación con semen de donante ha llevado al disimulo y a la mentira, independientemente de sus bondades.²¹²

Una de las vías por las que el derecho a conocer la verdad biológica va adquiriendo lenta pero progresivamente, mayor aceptación, es en la judicatura; justamente, en mayo del 2014, se acaban de expedir dos importantes sentencias sobre la materia en Argentina y México, las cuales comentamos en páginas anteriores.

Existen también otros casos como el de una persona demandada por filiación que fue beneficiada injustamente con una sentencia favorable, la cual luego adquirió la calidad de cosa juzgada; pero, posteriormente, la madre pidió que se haga un nuevo juicio, al amparo de nuevas pruebas reveladas por la tecnología antes inexistente. Se planteó entonces un conflicto entre el principio de la “cosa juzgada” como institución jurídica y el derecho a la identidad. En este tema, coincidimos con Milagros Pierri en que cabría la revisión de la sentencia bajo el concepto jurídico de “prueba ignorada”, en cuanto existan nuevas pruebas que antes no existían o no eran conocidas en nuestro medio.

Otro criterio es la ponderación de los derechos, determinando cuál principio debe tener mayor peso en el caso concreto. Debe tenerse en cuenta el principio de la proporcionalidad, por el que toda intervención legislativa en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.²¹³

²¹² Testart, Jacques y Godin. Op. cit., p. 91.

²¹³ Pierri Alfonsín, Milagros (2008). “Filiación y cosa juzgada”. En: Revista Aequitas. Año II. Número II. Buenos Aires: Universidad del Salvador, p. 170.

Así, por ejemplo, sostiene Corral que:

“... si pensamos que la madre puede tener un legítimo interés en no revelar su identidad al momento del parto o en la inscripción de nacimiento del hijo, éste debe ser contrastado con el interés del niño de conocer a su progenitura. La ponderación de estos dos intereses debería llegar a la conclusión de que tiene mayor peso o solidez jurídica el interés del niño o *favor filii*, puesto que la Convención de Derechos del Niño lo califica de “superior” o “mejor”, ordenando que se atienda a él como “consideración primordial”.

Con mayor razón deberemos arribar al mismo resultado, si enfrentamos el interés de la madre ahora con lo que es el derecho a la identidad del hijo. Resulta manifiesto que un mero interés, en este caso de la mujer que ha dado a luz, no puede imponerse por sobre un derecho fundamental o de la personalidad, garantizado a toda persona”.²¹⁴

Como dice la misma citada autora, al colisionar dos valores constitucionales –seguridad jurídica vs. derecho a la identidad-, el segundo debe prevalecer sobre el primero. “Ello propicia la adecuación de la verdad jurídica-formal a la verdad biológica, lo cual es, al final de cuentas, una adecuación vinculada a la dignidad de la persona, la igualdad, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad o autonomía”.²¹⁵

Así, siguiendo a Rodolfo Vásquez, a propósito del derecho de las personas a conocer el genoma humano: a mayor información y publicidad, mayor autonomía del individuo, lo mismo se aplica perfectamente respecto

²¹⁴ Corral (2010). Op. cit., p. 75.

²¹⁵ Pierri, Milagros. Op. cit., p. 171.

al derecho de toda persona a conocer sus orígenes.²¹⁶

Si bien la posición aquí expuesta puede sustentarse en la aplicación del derecho a la identidad consagrado en la Constitución peruana de 1993, en la Convención de los Derechos del Niño y en diversas normas del Derecho Comparado, además de la jurisprudencia, es necesario de todo modos el poder contar con una norma expresa, a fin de zanjar cualquier duda y darle la contundencia del caso al mencionado derecho, más aún teniendo en cuenta la visión positivista que suele tener nuestra magistratura.

Además, como ya se ha propuesto, debería implementarse desde el gobierno un registro de datos en el que se inscriban y conserven, con las seguridades del caso, todos los datos pertinentes de los “donantes” y de los niños; al respecto, estimamos que habría que partir de hacer un censo de todos los ya nacidos por esta vía, a partir de la información disponible de institutos y clínicas de fertilidad.

Vale reiterar que, como lo adelantáramos al principio, nuestro planteamiento se circunscribe al derecho de toda persona a conocer su origen biológico, sin entrar en el tema de la determinación de la filiación legal o de los derechos económicos que ella puede determinar, pues se trata de una cuestión que escapa a los alcances del presente trabajo y que debe resolverse en el marco de las normas que regulan el Derecho de Familia. En todo caso, vale decir que –como sostiene Morales Godo-, el solo argumento de la existencia de una relación genética no es de por sí suficiente para reclamar la paternidad, teniendo en cuenta razones de orden ético y jurídico; se tendría que pasar por dejar de lado la presunción “pater is...”²¹⁷ a partir de la negación de la paternidad del marido en el

²¹⁶ Vázquez, Rodolfo (2004). Del aborto a la clonación. Principios de una Bioética Liberal. México: Fondo de Cultura Económica. cit., p. 96.

²¹⁷ El término alude a una vieja presunción que proviene del Derecho Romano, en virtud de la cual todo hijo nacido dentro del matrimonio se presume que es del marido,

caso de la mujer casada, a efectos que el padre biológico pueda reclamar la suya²¹⁸, tema sobre el que en el Perú existe ya jurisprudencia, de la que hemos dado cuenta en el presente estudio.

Estimamos que, teniendo en cuenta los tiempos que corren, en caso de conflicto entre la paternidad matrimonial establecida por la ley y la evidencia biológica de la paternidad determinada por la realidad, debe tenerse en cuenta el principio del interés superior del niño. Mas, sea lo que dicho principio determine, ello es independiente del derecho de toda persona a conocer sus orígenes²¹⁹, el cual la acompaña siempre.

Frente a la pregunta de si ¿Tienen derecho todas las personas a conocer la identidad de sus padres biológicos, sea que hayan sido abandonados, adoptados, concebidos gracias a un donante de semen o de óvulos o nacidos a través de un útero alquilado?, coincidimos con Pérez de Pablos en que la clave de la respuesta está en el hijo; frente a las antiguas leyes que protegían ante todo la voluntad de los padres, por las herencias o la presión social, debe anteponerse el derecho del niño a conocer a su padre o a su madre, haya sido adoptado, concebido gracias al semen de un donante, etc. y sea cual sea el país de origen de sus padres.²²⁰

Esta posición encuentra sustento, asimismo, en el principio pro

salvo que este lo niegue. Dicha presunción –que es seguida por el Código Civil peruano– mantiene todavía amplia vigencia; sin embargo viene siendo objeto de revisión a la luz de las nuevas tecnologías y del cambio de diversos patrones sociales.

²¹⁸ Morales Godo, Juan (2006). “El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida”. En: Derecho. No. 58, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: PUCP, p. 426.

²¹⁹ En tal virtud, coincidimos con el profesor Benjamín Aguilar cuando expresa que: “pienso que el derecho a la identidad no debe quedarse con la filiación exclusivamente genética: en algunos casos sí habrá que buscarla, pero en otros casos el estado de familia hay que respetarlo: El estado de familia alude a la posesión constante de estado de padre e hijo, el padre que se comporta como tal, aunque biológicamente no lo sea, vale mucho más que mil padres biológicos”. Entrevista a Benjamín Aguilar Llanos. En : Boletín Construyendo Justicia, Lima, Prosode, año XV, No. 73. Junio 2013, p. 2.

²²⁰ Pérez de Pablos, Susana. Op. cit

homine, criterio hermenéutico aplicable en materia de derechos humanos, de acuerdo al cual debemos acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, a la hora de proteger derechos fundamentales.

También puede encontrar sustento en el principio de autotelia del que habla Miró Quesada Cantuarias²²¹, conforme al cual, siguiendo a Kant, cada hombre debe ser tratado como un fin en sí mismo y no como un medio. Tratar a alguien como un fin en este caso específico, significa confiar en él, en su capacidad de discernimiento, de comprensión, en darle toda la información que sea de su interés en el momento oportuno más próxima, más allá de cualquier sentimiento personal o de prejuicio.

Adicionalmente, estimamos que, para fortalecer la sustentación jurídica del derecho de toda persona nacida mediante tecnologías reproductivas a conocer su origen biológico, puede recurrirse, en el contexto de la bioética, al principio de autonomía, el principio del respeto a la dignidad de la persona y al derecho al consentimiento informado, entre otros, a fin de sustentar un derecho que, finalmente, se sustenta en los valores de la libertad, la autonomía y la justicia.

Ser uno mismo importa saber de dónde venimos y ello empieza por conocer nuestros orígenes. Aplicando lo que dicen Stilerman y Sepiarsky, con relación a la adopción y haciéndolo extensivo al tema del presente trabajo, el derecho del nacido por estas vías tiene dos facetas –ambas esenciales-: Por un lado, que su vínculo no se exteriorice sino frente a quienes el interesado lo desee y, por otro lado, contar con la absoluta

²²¹ Miró Quesada Cantuarias, Francisco (1992). *Hombre, Sociedad y Política*. Lima: Ariel-Comunicaciones para la Cultura, p. 121. Explica el distinguido maestro sanmarquino: “Que toda persona sea un fin en sí, significa que la meta de su existencia es el desarrollo máximo de todas sus posibilidades. El único límite es el de la no arbitrariedad (...) ninguna otra tiene el derecho de tomarla como medio para realizar sus propios fines. El hecho de tomar a otro como instrumento, significa que se le impone cauces arbitrarios”. (Ibidem, p. 82).

certeza de poder en cualquier tiempo y -aún en contra de la voluntad de los padres que lo han acogido- conocer su origen.²²²

Teniendo en cuenta que el derecho a conocer el origen biológico tiene sustento en una serie de derechos ya reconocidos en la legislación, podría pensarse apresuradamente en la prescindibilidad entonces de darle un reconocimiento normativo; sin embargo, parece necesario hacerlo, toda vez que debemos evitar el riesgo del que advierten Loyarte y Rotonda: “No legislar sobre algunas conductas que se considera disvaliosas, acarrea el riesgo de que ellas sean reputadas lícitas por no estar expresamente prohibidas”.²²³

En esta tarea, es de considerar que, conforme sostiene Gros Espiel, no existe en el mundo que vivimos la posibilidad de una bioética individual, “sino que es absolutamente indispensable analizar la necesaria existencia de una bioética social, que tenga en cuenta, al mismo tiempo, los valores individuales y los valores colectivos”.²²⁴

Como una forma de enfrentar el tema de la reproducción asistida, se ha planteado la propuesta de que se grave la práctica de las mismas con un impuesto para los centros de fertilidad y para la pareja que recurra a la maternidad sustituta, destinándose los ingresos de dicho impuesto a alguna institución del Estado para financiar programas que promuevan la adopción, la desestigmaticen y acompañen a las parejas en la toma de decisión de adoptar, así como para promover los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y dar mayor atención en salud en esta área²²⁵. Al respecto, consideramos que la medida sería contraproducente, pues

²²² Stilerman, Martha N. y Silvia E. Sepliansky. Op. cit., p. 198.

²²³ Loyarte, Dolores y Adriana E. Rotonda. Op. cit., p. 47.

²²⁴ Gros Espiel, Héctor (2005). *Ética, Bioética y Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, p. 291.

²²⁵ Rincón Castellanos, Ximena. Op. cit., p. 111.

terminaríamos de alguna manera legitimando situaciones que no deben legitimarse.

Frente al uso y abuso de las técnicas de reproducción asistida²²⁶, resulta oportuno incidir en la figura de la adopción como alternativa, teniendo en cuenta, entre otras consideraciones que, como bien señala Ana María Vega: “La adopción, a diferencia de la procreación asistida, no crea huérfanos, sino que remedia las condiciones de vida de los que ya están en el mundo”.²²⁷

Las consideraciones manifestadas en este trabajo no impiden reconocer que, así como existe el derecho a conocer, también hay un derecho a la persona de no saber, pues es perfectamente válido que una persona no desee conocer su origen biológico o su predisposición genética.

La libertad significa poder elegir, mas no se reduce a ello; la libertad como simple capacidad de elegir no es en sí misma nada más que una premisa para el orden moral²²⁸; la trascendencia de la libertad está en que ella se ejerce en función de valores, se ejerce éticamente, entendiendo a la ética como un pensar en el otro, que es libertad como yo, que también es un fin; es así que nos afirmamos a nosotros mismos a través de ese pensar en el otro, encontrándonos en el otro para respetarlo, descubriendo nuestra “mismidad” en el otro para reconocernos como seres humanos.

²²⁶ “La prohibición de la fecundación heteróloga es exactamente debida al respeto de los “derechos ajenos”, o bien del derecho del concebido a tener un solo padre y una sola madre al mismo tiempo bajo los perfiles genético, afectivo y legal”. (Casini, M. “Tres Tribunales Italianos, la Corte Europea de los Derechos de los Hombres y el derecho del concebido a la individualidad de las figuras paternas”. En: *Medicina y Ética. Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica*. Vol. XXIII, Número IV 2012/4, Oct.-Dic. 2012. México. Instituto de Humanismo en Ciencias de la Salud – Facultad de Bioética – Univ. Anáhuac e Istituto di Bioetica – Facoltà de Medicina e Chirurgia “Agostino Gemelli” – Università Cattolica del Sacro Cuore – Roma, p. 478).

²²⁷ Vega, Ana María. Op. cit.

²²⁸ Polaino-Lorente, Aquilino (2000). *Manual de Bioética General*. 4ª. Edición. Madrid: Ediciones Rialp, S.A., p. 27.

Al amparo de esa libertad que nos ha permitido desarrollarnos, es muy importante apelar a la tecnología para mejorar nuestra existencia, mas, como dice Esther Busquets, del Instituto Borja de Bioética: "Todos aquellos avances de la genética que puedan curar una enfermedad son legítimos. Cuando estos avances se emplean para mejorar la naturaleza humana más allá de algo que no es patológico, o por puro capricho, no deberían permitirse"²²⁹

Frente al frenesí con que nos solemos entregar a las novedades y a las tentaciones de la tecnología, es importante asumir una actitud fronética que nos haga detenernos a pensar en qué es lo que estamos haciendo, qué es lo que queremos hacer y si ese camino es el correcto

Esta necesidad reflexiva se torna más importante si tenemos en cuenta que vivimos hoy en día, como dice Julián Marías, una renuncia a entender, que ha hecho que el hombre deje de hacerse preguntas, generando con ello el que asuma una actitud en que no se ve como persona responsable, con dudas, problemas, fines, deberes²³⁰. Peor todavía, el ser humano parece no sólo que ha perdido sus valores, sino que también se ha puesto precio a sí mismo, se ha vuelto un producto más del mercado, como lo evidencia, por ejemplo, el hecho de asomarse cada vez más a los límites del genismo, el caso de chicas que subastan su virginidad por internet o el de personas capaces de vender a sus hijos o a su propia existencia.

La libertad, en tanto implica tomar decisiones, requiere de la verdad y de la información como condiciones esenciales para su adecuado

²²⁹ "¿Bebés perfectos? No, gracias", en El País Digital. Madrid: edición del 15/03/2009, en www.elpais.es. Es importante tener presente que todos los avances que pueden curar una enfermedad son legítimos...pero siempre y cuando no hagan daño a terceros ni se use a seres humanos como meros medios.

²³⁰ Marías, Julián (1993). Razón de la Filosofía. Madrid: Alianza Editorial, p. 46-47.

ejercicio. Conocer nuestro origen genético, es también parte del ejercicio de nuestra libertad, como lo hemos dejado dicho.

De otro lado, sabemos que la Bioética parte del principio eminente del respeto a la vida, al igual que el Derecho, como no podía ser de otra manera. Este principio –que conlleva al principio de *Primum non nocere*–, es el llamado a guiar e inspirar la aplicación de los demás ²³¹. Observa Francisco León que, junto con el principio del respeto a la vida humana, existe otro fundamental: el principio de autodeterminación de la persona, siendo ambos complementarios²³².

No podemos obviar que la cuestión ética se torna más compleja por el hecho de que las biotecnologías ya no operan únicamente sobre el mundo exterior, sino sobre el propio ser humano; la biología tiene una trascendencia e impacto jamás alcanzado; a través de un microscopio, estudiando los genes, hoy podemos conocer mejor de nosotros mismos que a través de un telescopio hurgando los astros.

En este contexto, de impactantes avances tecnológicos, en medio del contexto moral en el que se desenvuelve nuestra sociedad confrontada con una compleja crisis de valores, parece imparable el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, por lo que, sin perjuicio de seguir investigando para poner en evidencia sus riesgos, es necesario encausar dicho desarrollo en el marco del respeto a la dignidad, la integridad y la identidad del ser humano.

“Es necesario preguntarse si es posible detener o incluso dar marcha atrás al avance que han tenido las TRA en los últimos años. El escenario actual, a nivel mundial, parece indicar que esto no será posible y que ocurrirá todo lo contrario: el número de clínicas de

²³¹ Andorno, Roberto. Op. cit., p. 35.

²³² León, Francisco. Op. cit., p. 21.

infertilidad irá en aumento y los tratamientos realizados en dichas clínicas, también.

Por ello, es ineludible efectuar una reconsideración de las TRA a fin de redescubrir, entre otros temas, el sentido de la generación humana (...), del curar (...) e insistir más en prácticas que conlleven un auténtico diagnóstico de las causas de la infertilidad”.²³³

Las técnicas de reproducción asistida deben tener ciertamente un adecuado y responsable uso, el cual debe contar con ciertos márgenes fijados por la ley. Como dice Vila-Coro, “el hombre debe regular los nuevos descubrimientos e implantar nuevas normas, pero partiendo de los valores y principios generales de la ley moral: debe deducir de ellos la norma adecuada no contraviniendo la ley general”.²³⁴

Para el tratamiento de los temas que hemos mencionado en el presente estudio y, en general, los que tienen que ver con la bioética, se pone de relieve el papel de la moral.

La libertad no se puede reducir a mera autonomía; la visión reduccionista de la libertad a una absoluta capacidad determinativa, no se compadece con la realidad ontológica de la persona.²³⁵

²³³ Cabrera, Antonio. Op. cit., p. 38.

²³⁴ Vila-Coro, María Dolores (2010). Op. cit., p. 73. “... no solo sirve de cimiento a las leyes sino que presta el gran servicio que supone clarificar las normas que el Derecho no alcanza a definir. Así, en los ordenamientos jurídicos de nuestra área occidental nos encontramos con estándares como el honrado comerciante, la diligencia del buen padre de familia, el arbitrio del hombre bueno... Las apelaciones directas a la moral en los Códigos civiles son constantes: al declarar la nulidad de los contratos contrarios a la moral no es preciso explicar a nadie lo que esto significa. La buena fe está en la base y es el fundamento de nuestro orden jurídico, especialmente del derecho mercantil y civil ¿cómo sería posible el tráfico jurídico si no es sobre la base de la buena fe y de que se va a obrar de acuerdo con la moral. Imagine el lector si hubiera que preguntar a cada ciudadano cuando alquila un piso, compra un coche a plazos, o recibe un préstamo, a qué moral o ética se encuentra adscrito. Esta aceptación de hecho de una moral común es una prueba más de la objetividad y universalidad de la ley moral” (Vila-Coro, María Dolores, 2003, La bioética en la encrucijada. Madrid: Dykinson, p. 35).

²³⁵ Abellán Salort, José Carlos (2006). Op. cit., p. 408. “...lo que dignifica a la persona no es su autonomía, como capacidad de elección esencialmente limitada, sino su

Esta relevancia de la moral y los valores, se evidencia el hecho que “... la aplicación del derecho, si se quiere que sea aceptable, por razonable, no se puede limitar a una pura deducción, ya que el contenido de un gran número de conceptos sólo se define por su relación con los valores admitidos en la sociedad.”²³⁶

Una debida comprensión e interpretación de la ley, no puede hacerse sin tener en cuenta el juicio de valor que la sustenta.

El sustento de una ética no reposa en su origen “democrático” o su naturaleza consensual, sino en la consistencia de sus principios. No es la moral la que debe adaptarse a la conducta de las personas, sino que son las personas las que deben adaptarse a la conducta moral.

Tampoco se puede dejar de mencionar que el respeto que debe tener el Estado a los derechos individuales de la persona, no implica que deba asumir una actitud indiferente o meramente pasiva ante todas las conductas de sus ciudadanos, pues tiene el deber de salvaguardar ciertos derechos, principios y valores fundamentales que son irrenunciables, por lo que no puede dejarse llevar por la indolencia, posiciones políticas o ideológicas, o simples conveniencias que le sean socialmente cómodas.

Ahora bien, para actuar como le corresponde, ese actuar debe guiarse por una actitud ética, en función de los valores que deben inspirar a la sociedad, teniendo en cuenta nuestro ser bidimensional como existencia y coexistencia.

ontología, que incorpora, como máxima atribución, la capacidad de la persona de orientar sus decisiones hacia el bien que es conforme a su naturaleza; (...) no hay actos libres por el mero hecho de haber sido elegidos, sino que el contenido y las consecuencias de ese acto inciden en su moralidad” (Ibid. 408-409).

²³⁶ Perelman, Ch. (1988). *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1ª. Reimpresión, p. 219-220.

Un punto en común de las nuevas interrogantes que se plantea desde la bioética, es el valor del hombre en su integridad psicosomática frente a los desarrollos biomédicos. Por ello, puede afirmarse, que la reflexión bioética nos lleva a retomar el cuestionamiento eterno del hombre sobre el ser de sí mismo y sobre su dignidad, adaptado a las circunstancias actuales.²³⁷

Visto que la libertad implica no solo elegir, sino elegir bien, la libertad termina siendo la capacidad de elegir éticamente, no en el vacío, sino en función de unos valores que tenemos por valiosos, lo cual determina nuestra condición axiológica²³⁸. Como dicen López y Abellán: “La libertad verdadera (...) presupone la capacidad de elección autónoma, pero no se agota ahí; para elegir libremente, debo elegir el bien, lo que implica admitir la verdad y la existencia de un bien objetivo. La libertad no es simplemente poder optar; libertad es, más bien, poder elegir lo que debo elegir.”²³⁹

El ser humano es libertad y no solo libre arbitrio²⁴⁰. Es angustia y es decisión. Es sentimiento y es razón. Es ciencia y es conciencia. Es autonomía y es responsabilidad, acogiendo el paradigma de Hans Jonas.

Y, en este transitar, hemos de tener presente que a la Bioética le

237 Testart, Jacques y Christian Godin (2001). Op. cit., p. 12 – 13.

²³⁸ El ser humano “Es el único animal dotado de inteligencia, capaz de raciocinar, lo cual le permite elegir entre el bien y el mal, lo que, a su vez, le imprime a sus actuaciones una “determinada condición axiológica” y las somete a ser evaluadas como morales o inmorales, como éticas o no éticas” (Córdoba Palacio, Ramón, 2005, Elementos para el Juicio Bioético. 2ª. Edición. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, p. 37).

²³⁹ López, Mónica y José Carlos Abellán (2009). Op. cit., p. 81. Siguiendo a González Ojeda, “la libertad es una facultad humana que permite decidir hacer o no hacer algo, cuyo límite está determinado por la conciencia ética.” (González Ojeda, Magdiel, 2013, Derecho Constitucional General. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Ricardo Palma, p. 222).

²⁴⁰ Abellán Salort, José Carlos (2006). Op. cit., p. 88.

competen establecer los cauces por los que debe discurrir la Biotecnología “para que se puedan ejercer plenamente las libertades sin interferir el curso de otras libertades”.²⁴¹

5.4. ¿Y la opinión de los interesados?

De lo expuesto en las páginas anteriores, consideramos que resulta claro que toda persona tiene derecho a conocer su origen biológico, pero ¿qué piensan los propios interesados? Es decir, aquellas personas que podrían haber nacido producto de una técnica de reproducción asistida.

La pregunta es valedera por cuanto casi todos quienes han escrito sobre el tema son personas que por su edad (recordemos que el primer bebé probeta nació hace solo 36 años en Inglaterra, en el año 1978) o por su lugar de nacimiento (los primeros bebés probeta en países como el nuestro solo llegaron algunos años después).

En el Perú, el primer bebé concebido in vitro nació hace 25 años (en 1989²⁴²), motivo por el cual, preparamos una breve encuesta dirigida a estudiantes universitarios con un promedio de 20 años, provenientes de instituciones educativas privadas teniendo en cuenta que, siendo de ese medio, es más probable que si sus padres hubieran tenido problemas para concebir, hubieran podido tener también los medios económicos para recurrir a un tratamiento de fecundación asistida.

Vale decir que el volumen de la muestra es limitado y no puede por tanto ofrecernos referentes exactos, mas igual se trata de un dato interesante, por más que sea referencial, que nos puede dar alguna idea de

²⁴¹ Vila-Coro, María Dolores (1992). “Los límites de la Bioética”. En: Varios autores. Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética. Madrid: Eudema, S.A. (Ediciones de la Universidad Complutense S.A.), p. 83.

²⁴² <http://elcomercio.pe/blog/huellasdigitales/2014/02/hace-25-anos-se-creo-la-primera-bebe-probeta-peruana> (Consultada el 11.09.2014)

la tendencia en la materia.

Datos Técnicos de la encuesta:

Universo de alumnos encuestados: 120. Sexo: Varones y mujeres.

Edad promedio: 20 años. Nivel educativo: Estudiantes universitarios.

Tipo de universidades de procedencia: Privada. Lugar: Lima.

Fecha de realización de la encuesta: Julio 2014

Desarrollo del cuestionario y comentario de las respuestas:

- Pregunta No. 1:

“1.- Si usted hubiera nacido producto de una fecundación in vitro con intervención de un tercero (ya sea que aporte el espermatozoide o el óvulo), y no lo supiera, ¿desearía saberlo?”

<i>Respuesta</i>	<i>Porcentaje</i>
Si	78 %
No	22 %

Como es de notar, una gran mayoría de los encuestados, ascendente a más de las tres cuartas partes, dijo que sí. Solo un 22% dijo que no.

- Pregunta No. 2:

“2.- Independientemente de que usted deseara o no acceder a esa información, ¿cree que debería haber un mecanismo legal para que cualquier persona que tuviere dudas, pueda saber quién en su padre biológico?”

<i>Respuesta</i>	<i>Porcentaje</i>
No	06.73%
Sí, pero sin que ello genere ninguna obligación económica de reconocimiento de la paternidad para el padre biológico	83.65 %
Sí, reconociéndose el derecho del hijo a reclamar la paternidad y los derechos económicos pertinentes	09.62%

Aquí, solo un 7% expresó que no debería existir un mecanismo legal para acceder a nuestro origen biológico. Mientras que casi un 84% sí se

manifestó a favor, pero en la medida que no genere responsabilidades económicas para el dador. Finalmente, alrededor del 10% estimó que no solo debería facilitarse el acceso a la información, sino también reconocerse la posibilidad de reclamar la paternidad contra el padre biológico.

- Pregunta No. 3:

3.- Si usted y su pareja fueron casados, desearan tener un hijo y tuvieran problemas para concebir, por cuál de las siguientes tres alternativas se inclinarían:

<i>Respuesta</i>	<i>Porcentaje</i>
Se resignarían a no tener hijos y continuarían con su vida	8.26 %
Optarían por la adopción	55.96 %
Optarían por la fecundación asistida recurriendo a un tercero	35.78 %

La pregunta arrojó como resultados que un 56% se inclinaría por la adopción, mientras que un 36% optaría por la fecundación asistida. Un 8%, en cambio, se resignaría a no tener hijos.

Las razones de los encuestados:

Si bien los resultados son, de suyo, particularmente interesantes, más lo son algunas de las razones expuestas por los encuestados al responder para manifestar su opinión a favor o en contra de que las personas puedan conocer su origen biológico:

Razones para el No:

Los fundamentos expuestos fueron bastante variados, distribuyéndose básicamente como sigue:

- *“Generaría conflictos emocionales tanto en el padre como en el hijo”.*
- *“La decisión del padre era solo donar sus espermatozoides y no procrear”.*
- *“Si hubieran cargas legales, las personas ya no donarían espermatozoides u óvulos para evitarse problemas”.*
- *“No es necesario. El padre es quien tiene al hijo”.*
- *“Estaría perjudicando a otro sujeto”.*

Razones para el Sí, pero sin que genere ninguna

obligación para el dador:

La mayoría de razones (28), fueron *“porque existe un derecho a saber”*. En segundo lugar (12), comentaron que *“por su derecho a la identidad”*. Otros 6 dijeron que *“para poder prevenir problemas de salud que podrían ser heredados”*, 4 invocaron un *“derecho a la verdad”*, uno hizo mención al *“derecho a la integridad”*, y otro aludió a que no se pueden violar los derechos de los niños y de los padres.

Hubo 3 encuestados que dijeron que sí *“por curiosidad”*.

Varios (10) que estaban de acuerdo con poder conocer si eran nacidos producto de una fecundación in vitro, explicaron también que no estarían de acuerdo en que ello genere vínculos filiales aludiendo a que el dador *“no había asumido un compromiso económico; no era su intención”*. Uno precisó que *“el compromiso económico es con los padres contratantes”* y 6 dijeron que *“el dador persigue un fin altruista y no tiene la intención de criar un hijo”*. Alguien más dijo que *“de repente no tendría plata para asumir alguna responsabilidad paterna”*.

Otro argumento expuesto para que no se genere obligación alguna para los donantes fue porque, de ser así *“ya nadie aceptaría serlo”* (3 encuestados).

Algunos otros expresaron argumentos vinculados con el desarrollo de las personas:

- *“Porque la libertad es un derecho fundamental y la verdad de los orígenes siempre afianzará el presente para partir de un punto fijo y construir para el futuro el carácter y la personalidad”*.

- *“Las personas tienen derecho a saber verdades sobre su origen porque es parte de su desarrollo”*.

- *“El hijo producto de una fecundación in vitro tiene el derecho de saber quién es su padre biológico como el padre adoptivo para que de esta manera tenga estabilidad psicológica y moral en un futuro”*.

- *“Merecemos conocer nuestros orígenes, pues ello de alguna manera determina a nuestra persona”.*

Otras razones:

- *“Porque me gustaría saber por qué lo hizo mi padre biológico”.*

- *“Por respeto al derecho a la integridad de la persona”.*

- *“Porque el hijo no tendría interés de establecer una relación con el dador”.*

- *“Porque antes que el beneficio económico están por delante las relaciones intrapersonales, es decir, los lazos de familia”.*

- *“Porque el padre biológico no tiene que tener la carga emotiva de conocer al hijo”.*

- *“Porque esa persona nacida in vitro ya tiene una familia (padre y madre)” y no parece adecuado que después una persona quiera tomar el lugar que nunca tuvo.*

- *“Porque si generara una obligación económica, generaría un problema mayor”.*

- *“El padre biológico es un donante ajeno al deseo de la pareja”*

- *“Porque hay que respetar el derecho del padre biológico.*

- *“Porque no soportaría llevar una vida sin tener aunque sea la idea más superficial sobre mis orígenes”.*

- *“Porque es algo indudable y razonable que todos tengan derecho a saber quién es su progenitor”*

Un encuestado advirtió que este tipo de actos *“Solo debería ser realizado por gente responsable y económicamente estable”.* Otra observación anota que *“Sería muy confuso para el niño decirle que tiene dos papás”.* Y una valiosa sugerencia propone que: *“debería haber un banco de datos que permita su acceso sólo a los interesados, sea padre biológico o hijos”.*

Razones para el Sí, generando obligación filial para el

dador

Algunos comentarios consignados por los encuestados que se manifestaron a favor del derecho a conocer la identidad biológica en los casos de reproducción asistida, reconociendo la potestad del concebido in vitro de demandar la paternidad y los derechos económicos correspondientes de su padre genético:

“No es nada ético que un hombre deje su espermatozoides en un banco, luego cobre y no se haga responsable de todas esas vidas que nacen. Comercializa la vida humana y quita valor al concepto de padre e hijo”. Es de destacar que, en este caso, el encuestado destaca el tema de la responsabilidad y el cuestionamiento a la cosificación del ser humano.

También se hacen diversas menciones al tema de la responsabilidad, sosteniéndose por ejemplo, enfáticamente: *“No se procrea con un fin comercial. Quien dona sus espermatozoides, debe ser responsable por las consecuencias de su decisión”*. En similar línea, otro estudiante afirma: *“Tener un hijo no supone dejar un objeto que se va a mantener por sí solo; una persona necesita sustento económico y los padres tienen esa responsabilidad, no es una opción ni una broma”*.

Un encuestado más, haciendo mención al *derecho a la información*, planteando que *“su aplicación permitiría reclamar la paternidad y derechos económicos”*.

Se reitera en este grupo también, el argumento del *derecho a saber*, exponiendo un estudiante que: *“Todos debemos saber qué personas fueron las que nos crearon; además, los padres deben asumir la obligación de mantener a sus hijos hasta que sean mayores de edad”*.

Una perspectiva diferente, con una aguda reflexión, es la que plantea otro encuestado cuando dice: *“Si la persona tiene dudas de quién*

es su padre, es porque se encuentra desprotegido y está buscando algún tipo de seguridad. Por tanto, tiene el derecho de que su padre se preocupe por él”.

5.5. Una reveladora perspectiva

Las opiniones expuestas de quienes serían los más interesados en el reconocimiento del derecho de toda persona a conocer su origen biológico, arroja una valiosa información.

Se observa la existencia de una variedad de opiniones, pero con una primacía mayoritaria en favor del derecho a conocer la verdad biológica, el cual, la mayoría de estos mismos jóvenes de 20 años, invocan como propio.

Parece oportuno plantear entonces el debate del tema y adelantarnos a la cuestión. Para ello, puede ser útil ir creando un debido registro de dadores y receptores.

Sin perjuicio de ello, es saludable que se aprecie la adopción como alternativa, teniendo en cuenta el grave problema social de los niños abandonados en nuestro país.

También se desprende del estudio, la necesidad de difundir más entre los jóvenes que el conocimiento del origen biológico no es una concesión generosa ni la mera satisfacción de una curiosidad, sino un derecho fundamental. Esto se vincula con la necesidad de una mejor formación en bioética que demanda nuestro medio.

Finalmente, es de destacar la madurez y profundidad de algunos comentarios, que sustentan favorablemente la propuesta y que sirven de excelentes aportes que refuerzan el planteamiento de este trabajo.

CONCLUSIONES

1.- Toda persona tiene derecho a su identidad, la cual es una expresión de su libertad. Ser uno mismo implica saber de dónde venimos y ello empieza por conocer nuestros orígenes. El hombre es genética y es historia, que se proyecta en el tiempo.

2.- Del derecho a la identidad y del derecho a saber, se deriva el derecho al reconocimiento del origen biológico en favor de los nacidos mediante fecundación asistida, el cual se ve reforzado teniendo en cuenta el derecho a la salud, a la libertad, a la verdad, al consentimiento informado, a la información y al acceso a los datos personales, así como el principio *pro homine* y el principio del interés superior del niño.

3.- El reconocimiento de este derecho se vincula también con el derecho a no ser discriminado, ya que si toda persona concebida por medios naturales puede conocer sus orígenes, no parece equitativo negarle este derecho al nacido mediante reproducción asistida.

4.- El principio del anonimato de los “donantes” o dadores en la fecundación in vitro, al amparo de un supuesto derecho a la intimidad, es discutible moral y jurídicamente, pues, se trata de una cuestión que compete fundamentalmente al hijo, antes que a la esfera privada de sus padres; siendo, en todo caso, preferentes los derechos de aquél.

5.- Detrás de la búsqueda que hace una persona de sus orígenes, puede estar su interés en conocer su mayor predisposición a ciertas enfermedades, saber de determinados riesgos hereditarios de los que puede ser importante estar advertidos, evitar relaciones incestuosas y otras cuestiones esenciales que justifican el querer acceder a nuestro verdadero origen.

6.- Si bien hoy en día, todavía no se han hecho públicos casos de personas que reclamen, en nuestro país, el conocer su identidad biológica –toda vez que la técnica recién se empezó a aplicar en nuestro medio hace 25 años- , resulta importante anticiparnos a dicha demanda, que ya ha empezado a aparecer en otras latitudes (Estados Unidos, Argentina, México, etc.).

7.- Al margen de las consideraciones jurídicas que sustentan el derecho al conocimiento del origen biológico, existen razones psicológicas, sociales, éticas y emocionales que también lo amparan.

8.- Las técnicas de reproducción asistida surgieron para ayudar a matrimonios estériles para lograr tener un bebé, mas hoy en día su uso parece a veces haberse dejado al capricho de unos, al negocio de otros o a la buena fe, ocultándose algunos riesgos en torno a ella, tanto para el concebido como para la madre.

9.- En materia de reproducción asistida, debe tenerse presente que no hay libertad sin responsabilidad, y que los valores no son afirmaciones opinables o que se derivan del consenso, sino exigencias que se derivan de la dignidad humana y de la razón.

10.- No puede hablarse de la existencia de un “derecho al hijo”, pues éste no es un objeto apropiable, ningún ser humano puede ser cosificado. No existe declaración internacional de derechos que reconozca este pretendido “derecho.” Por otro lado, la procreación no puede calificarse

como una necesidad básica que merezca ser atendida por cualquier medio. No se puede confundir un deseo con un derecho.

11.- El desarrollo del derecho al conocimiento del origen biológico demanda un abordaje interdisciplinario, ya que compromete aspectos de diversa naturaleza: éticos, jurídicos, sociales, psicológicos, médicos, filosóficos y sociológicos, siendo por tanto la Bioética el mejor campo para abordarlo.

12.- El derecho a conocer la identidad biológica no implica necesariamente que dicho conocimiento genere vínculos de filiación, pues se trata de dos cosas distintas, siendo el segundo un tema que escapa al contenido del presente estudio. Sin perjuicio de ello, estimamos que la filiación no puede reducirse al mero dato genético, como factor para determinar la paternidad, teniendo en cuenta que el ser humano es un ser cultural y social. La identidad de una persona implica no solo una verdad biológica, sino también una verdad sociológica, cultural y social; debe tenerse también en cuenta el tema de la *posesión de estado*.

13.- Toda persona tiene derecho a conocer la verdad de todo lo que le atañe y qué verdad más importante que aquella de conocer sus orígenes, su verdad biológica. El tema ha sido ampliamente desarrollado en el ámbito de la adopción, y sus reflexiones alcanzan al caso de los nacidos mediante técnicas de fecundación asistida, específicamente en el caso de los concebidos en forma heteróloga.

14.- Es importante decirle al niño siempre la verdad, sin subestimar su capacidad de entendimiento, como parte de su formación ética y a fin de evitar sorpresas que puedan generarle desencanto o sensación de engaño más adelante.

15.- Existen ya países que permiten que el adoptado conozca la identidad de su padre, como Austria, Suecia, España, Alemania o Estados Unidos.

16.- El anonimato de los donantes en el caso de la fecundación asistida ha sido suprimido ya en Suiza, Holanda, Gran Bretaña, etc. En Argentina, el proyecto de Código Civil que se viene preparando, consagra también este derecho.

17.- Existen normas internacionales que amparan el derecho al conocimiento del origen biológico, como los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. También el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, que reconoce el derecho de toda persona a su vida privada y a la información que le es relativa. Asimismo, la Recomendación No. 1443/2000 del Consejo de Europa que se refiere a que se debe “asegurar el derecho de los niños adoptados a conocer sus propios orígenes.” Además, tenemos el art. 13 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos del 2003.

18.- El derecho a conocer el origen biológico se vincula también con que diversos estudios científicos han notado una mayor predisposición de los nacidos por esta vía para desarrollar ciertas enfermedades (prematuridad en el nacimiento, bajo peso, problemas circulatorios a largo plazo, generación de determinados síndromes, etc).

19.- El derecho a no saber, como el derecho a ser informado, no son derechos absolutos o ilimitados, mas sí importantes; para hallar sus límites, desde una perspectiva bioética, debe tenerse en cuenta el criterio de *colisión de deberes* y el del *estado de necesidad*; en estos casos, deben ponderarse todos los intereses en conflicto y no sólo los bienes jurídicos implicados.

20.- La trascendencia de la libertad está en que ella se ejerce en

función de valores, se ejerce éticamente, entendiendo a la ética como un pensar en el otro, que es libertad como yo, que también es un fin; es así que nos afirmamos a nosotros mismos a través de ese pensar en el otro, encontrándonos en el otro para respetarlo, descubriendo nuestra “mismidad” en el otro para reconocernos como seres humanos.

RECOMENDACIONES

1.- Debe crearse un registro con la información que posean los centros de fertilidad y bancos de espermatozoides del país respecto de los intervinientes como dadores en los casos de reproducción asistida en forma heteróloga, así como de sus receptores, con las garantías de privacidad del caso.

2.- Incorporar en el Código Civil una norma que consagre el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, independientemente de la técnica a través de la cual hubiere sido concebida, al amparo del derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 de la Constitución.

3.- Establecer que toda persona podrá acceder a la información que le compete, vinculada con sus orígenes, a partir de los 18 años de edad; ello podrá ser antes por libre voluntad de sus padres, o si es que hubieren razones de salud que así lo justifiquen y que se acrediten ante un juez.

4.- Fomentar la formación de los jueces y demás operadores jurídicos en Bioética y Biojurídica, ya sea a través de Diplomados o Maestrías, que les permita poder contar con el más óptimo conocimiento de la materia.

5.- Incorporar en los currículos de estudio de las Facultades de Derecho, por lo menos un curso de Bioética y Biojurídica.

6.- Alentar y exigir una actitud prudente en relación a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en las instituciones dedicadas a ello, a fin de evitar la violación de derechos fundamentales.

7.- Promover la adopción como alternativa en casos de infertilidad, antes que la recurrencia a técnicas de reproducción asistida, teniendo en cuenta los riesgos y problemas derivados de estas, así como las necesidades sociales de nuestro medio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abellán, Fernando (2007). Selección genética de embriones: Entre la libertad reproductiva y la eugenesia”. Granada: Editorial Comares.
- Abellán Salort, José Carlos (2006). Bioética, autonomía y libertad. Madrid: Fundación Universitaria Española.
- Andruet, Armando (2007). “La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos”. En: Andruet, Armando (compilador) y otros. Bioética y Derechos Humanos. Córdoba: Universidad Católica de Córdoba.
- Andruet, Armando (2005). “Ética de la investigación, derecho de las personas y justicia”. Córdoba: Universidad Católica de Córdoba. Documento de Trabajo. Serie Derecho y Ciencias Sociales.
- Anónimo (2002). “How it feels be a chid of donor insemination”. En: British Medical Journal, 234, 797. En: <http://www.bmj.com/content/suppl/2002/03/27/324.7340.797.DC1>.
- Araya Krstulovic, Rubén. “Secreto y anonimato en la reproducción asistida con donación de gametos”. En: <http://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/08/Secreto-y-anonimato-en-la-reproducci%C3%B3n-asistida-con-donaci%C3%B3n-de-gametos.pdf>. (Consultada el 19.03.2013).

- Arias Stella Castillo, Fernando (2012). Derechos Humanos y las sentencias del Tribunal Constitucional que consagran el derecho a investigar la propia filiación. Lima: Instituto de Patología y Biología Molecular “Arias Stella”.
- Belva, F.; Henriët, S.; Van den Abbeel, E.; Camus, M.; Devroey, P.; Van der Elst, J.; Liebaers, I.; P. Haentjens and M. Bonduelle (2008). “Neonatal outcome of 937 children born after transfer of cryopreserved embryos obtained by ICSI and IVF and comparison with outcome data of fresh ICSI and IVF cycles”. En: Human Reproduction; 23 (10); p. 2227-2238.
- Boletín Construyendo Justicia (2013). Lima: Prosode, año XV, No. 73. Junio 2013.
- Bossert. Gustavo (1995). Fecundación humana asistida. En: Varios autores. Derecho Civil de nuestro tiempo. Lima: Universidad de Lima – Gaceta Jurídica.
- Buckett, William; Chian, Ri-Cheng; Holzer, Hananel; Dean, Nicola; Usher, Robert y Seang Lin Tan (2007). “Obstetric Outcomes and Congenital Abnormalities After In Vitro Maturation, In Vitro Fertilization, and Intracytoplasmic Sperm Injection”. En: Obstetrics & Gynecology; October 2007 - Volume 110 - Issue 4 - pp 885-891.
- Cabrera Palomino, Vanessa (2013). “La afectación del derecho de identidad de los nacidos bajo la ejecución del procedimiento de ovodonación por la inseguridad jurídica para la determinación de la filiación materna”. En: Alétheia, Revista de la Escuela de Postgrado de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, año 1, No. 1, enero-diciembre 2013. Lima: UNIFE.

- Cabrera, Antonio (2011). La atención integral a las personas con problemas de fertilidad: Estudio de campo realizado en México. Tesis de Doctorado para el Ateneo Pontificio Regina Apostolorum, presentada en Roma. México.
- Cárdenas Quirós, Carlos (1994). Estudios de Derecho Privado (Reflexiones de un tiempo). Lima: Ediciones Jurídicas
- Casini, M. (2012) “Tres Tribunales Italianos, la Corte Europa de los Derechos de los Hombres y el derecho del concebido a la individualidad de las figuras paternas”. En: Medicina y Ética. Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica. Vol. XXIII, Número IV 2012/4, Oct.-Dic. 2012. México: Instituto de Humanismo en Ciencias de la Salud – Facultad de Bioética – Univ. Anáhuac e Istituto di Bioetica – Facoltà de Medicina e Chirurgia “Agostino Gemelli” – Università Cattolica del Sacro Cuore – Roma.
- Cieza, Jairo (2011). “La técnica de reproducción humana asistida y la Corte Suprema: ¿Quién entonces es la madre?”. En: Revista Jurídica del Perú. Publicado en: <http://legisprudencia.pe/blogs/2011/04/26/la-técnica-de-reproducción-humana-asistida-y-la.corte-suprema-%C2%BFquien-entonces-es-la-madre/>.
- Córdoba Palacio, Ramón (2005). Elementos para el Juicio Bioético. 2ª. Edición. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana
- Corral Talciani, Hernán (2010). “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: Los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”. En: Revista Ius et

Praxis, Año 16, No. 2. Lima: Universidad de Lima.

- Corral García, Eduardo (2013). “El lenguaje bioético en la normativa y jurisprudencia sobre problemas biojurídicos”. En: Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2^a. Madrid: Asociación Española de Bioética y Ética Médica, AEBI.
- Chunga Lamonja, Fermín, Carmen Chunga Chávez y Lucía Chunga Chávez (2012). Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos. Lima: Editorial Grijley.
- De Freitas Drumond, José Geraldo (2012). “Ética, bioética y los desafíos del siglo XXI”. En: Derecho No. 69, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: PUCP.
- Díaz Alderete, Elmina Rosa (2013). “El derecho a la identidad de los niños nacidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto 2012”. En: Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año V. No. 1. Buenos Aires: La Ley Sociedad Anónima, enero/febrero 2013.
- Díaz de Terán Velasco y Ma. Cruz Díaz (2005). Derecho y nueva eugenesia. Un estudio desde la Ley 35/88, de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A.
- Espinoza Espinoza, Juan (2012). Derecho de las Personas. Concebido y Personas Naturales. Tomo I. 6^a. Edición Lima: Grijley.
- Faiella, Rocío Liliana (2009). “El ADN pone en jaque la

inmutabilidad de la cosa juzgada”. En: Revista Jurídica Aequitas. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. 3^a. Etapa. Año III. Número III.

- Fama María, Víctor (2012). “El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en: Lecciones y Ensayos, No. 90. En: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/fama.pdf>.
- Fernández Sessarego, Carlos (1992). Derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Astrea.
- Figueroa Yáñez con la colaboración de Carolina Collantes Schaale (2000). “Identidad genética y derecho a la identidad personal”. En: Bergel, Salvador Darío y José María Cantú. Bioética y genética. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Flach, Karl-Hermann (1986). El Futuro de la libertad. La nueva oportunidad de los liberales. Bogotá: Fundación Friedrich Naumann.
- García Villaluenga, Leticia y Linacero de la Fuente, María. “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho Comparado”. En: <http://www.fmyv.es/ci/es/Infancia/lgpi/13.pdf> (consultada el 10.03.13).
- Ghersi. Carlos A (Director) (2004). Prueba de ADN. Genoma Humano. Buenos Aires: Editorial Universidad.

- Golombok, S. ; Brewaeys, A.; Cook, R.; Giavazzi, M.T., Guerra, D., Mantovani, A.; Van Hall, E., Crosignani, P.G. y S. Dexeus (1996). “The European study of assisted reproduction families: family functioning and child's development”. En: Human Reproduction vol.11 no.10 pp 2324-2331.
- Gómez Alvarez, José Enrique (2009). “La dignidad de la persona humana como marco de referencia de la bioética”. En: Porter, K. y otros (2009), Introducción a la Bioética 3ª. Edición. México: Méndez Editores.
- Gros Espiel, Héctor (2005). Etica, bioética y Derecho. Bogotá: Editorial Temis, p. 291.
- Guevara Pezo, Víctor (2002). “Vacíos en el sistema legal en materia de biojurídica”. En : Varios autores. Bioética y Biojurídica. La Unidad de la Vida. Lima: Ediciones Jurídicas UNIFE.
- Gunby, Joanne; Bissonnette, Francois; Librach, Clifford and Lisa Cowan (2010). “Assisted reproductive technologies (ART) in Canadá: 2006 results from the Canadian ART Register”. En: Fertility and Sterility; Vol. 93; p. 1312-1316.
- Gunby, Joanne; Bissonnette, Francois; Librach, Clifford and Lisa Cowan (2011). “Assisted reproductive technologies (ART) in Canada: 2007 results from the Canadian ART Register”. En: Fertility and Sterility. Vol. 95, No. 2; February 2011; p. 542-547.
- Guzmán García, María de los Ángeles (2012). El derecho a la protección de los datos personales en el Perú. Lima: Jurado Nacional de Elecciones.

- Hansen, M. Bower, C.; Millne, E.; de Klerk, N. y Kurinczuk, J.J. (2005) “Assisted reproductive technologies and the risk of birth defects – a systematic review”. En: Human Reproduction. 20, 328-338.
- Hansen, M.; Kurinczuk, J.J.; Bower, C. y Webb, S. (2002) “The risk of major birth defects after intracytoplasmic sperm injection and in vitro fertilization”. En: New England Journal of Medicine, 346, 725-730.
- Hernández Ibáñez, Carmen (1992). “Consecuencias jurídicas en torno a la fecundación asistida”. En: Varios autores. Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética. Madrid: Eudema, S.A. (Ediciones de la Universidad Complutense S.A.).
- Highton, Federico (2013). “Supresión de la identidad de la persona nacida mediante Fertilización Humana Asistida con tercero aportante”. En: Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año V. No. 7. Buenos Aires: agosto 2013.
- Huamancayo Pierrend, Juan Carlos (2009).”El Derecho a la Identidad vs. el Derecho a la Verdad Biológica. ¿Se está aplicando correctamente el control difuso en el caso de los artículos 364 y 400 del Código Civil”. En: Calderón Puertas, Carlos, María Elisa Zapata J. y Carlos Agurto G. (Coordinadores) Persona, Derecho y Libertad. Nuevas Perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. Lima: Editora Jurídica Motivensa.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (2010). El nuevo Derecho de Familia. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Grupo Editorial Ibáñez.

- Kemelmajer de Carlucci, Aída (2003). “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso “Odièvre c/France”. En: www.jusmendoza.gov.ar/informacion/novedades/AIDA_KEMELMAJER.htm
- Kemelmajer de Carlucci, Aída; Marisa Herrera y Eleadora Lamm (2013). “Con el impulso de la ciencia”. En: <http://www.lanacion.com.ar/1511918-con-el-impulso-de-la-ciencia>. (Consultada el 22.02.2013).
- Klein, Renate (2014). “Baby Gammy has shown the need for debate on surrogacy”. En: The Camberra Times. Camberra: edición del 20.08.2014. En: <http://www.canberratimes.com.au/comment/baby-gammy-has-shown-the-need-for-debate-on-surrogacy-20140819-105pfx.html> (Consultada el 30.08.2014).
- Krasnow, Adriana N. (2007). “El derecho de acceso a la verdad genética”. En: www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/KRASNOW.HTM (Consultada el 18.10.2013)
- Junquera de Estéfani, Rafael (1998). Reproducción Asistida, Filosofía Ética y Filosofía Jurídica. Madrid: Editorial Tecnos.
- La Gaceta. Tucumán, Argentina. “La filiación y el derecho a la identidad”. Síntesis de trabajo de la Dra. María Silvia Apud Ahualli, edición del 2 de octubre de 2007; en: www.Lagaceta.com.ar/nota/238069/tribunales. (Consultada el

05.03.2013).

- Lacalle Noriega, María (2013). La persona como sujeto de derecho. Madrid: Dykinson.
- López Barahona, Mónica y José Carlos Abellán (2009). Los Códigos de la Vida. Madrid: Homolegens.
- López Guzmán, José y Angela Aparisi (2012). “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”. En: Cuadernos de Bioética, N° 78, vol XXIII, mayo-agosto 2012.
- López Quintás, Alfonso (2003). El secreto de una vida lograda. Madrid: Palabra.
- Lütticke, Marcus y Cristina Papaleo (2013). “Hijos de donantes de esperma exigen respuestas”. En: Deutsche Welle, edición digital:
<http://www.dw.de/hijos-de-donantes-de-esperma-exigen-respuestas/a-16584888> (consultada el 06.03.2013).
- Marías, Julián (1993). Razón de la Filosofía. Madrid: Alianza Editorial.
- Martínez Coco, Elvira (1998). “La filiación biológica y el artículo 402 del Código Civil”. En: Seijas de Jesús, Teresa (compiladora). Estudios sobre los aspectos jurídicos de la biotecnología reproductiva humana en el Perú. Lima: Editorial San Marcos.
- Marcó Bach, Francisco Javier y Martha Tarasco Michel (2009). “Fecundación in vitro y manipulación de embriones”. En: Porter, Kuthy y otros. Introducción a la Bioética. México D.F.: 3ª. Edición, Méndez Editores.

- Medina, Graciela (2013). “Las grandes reformas al Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial Argentino 2012”. En: Revista Persona y Familia No. 2. Lima: Instituto de la Familia – Facultad de Derecho - Universidad Femenina del Sagrado Corazón.
- Mendoza, Héctor (2011). La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva jurídica. México: Universidad Autónoma de Nuevo León y Editorial Fontamara.
- Merchante, Fermín Raúl (1997). La adopción. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Messineo, Francesco (1986). Doctrina General del Contrato. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Miró Quesada Cantuarias, Francisco (1992). Hombre, Sociedad y Política. Lima: Ariel-Comunicaciones para la Cultura.
- Mizrahi, Mauricio Luis (2004). Identidad filiatoria y prueba biológica. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Morales Godo, Juan (2006). “El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida”. En: Derecho. No. 58, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: PUCP.
- Morales Godo, Juan (2006). “¿Somos libres, seámoslo siempre? (A propósito de la autonomía de la voluntad y el orden público)”. En: Varios Autores. Libro Homenaje a Fernando Vidal Ramírez. Lima: Idemsa.

- Morán de Vicenzi, Claudia (2008). “La Filiación y la Fecundación Artificial”. En: Varios autores. Temas de Bioética y Derecho. Lima: Cátedra Unesco de Bioética y Biojurídica-Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

- Moro Alvaraz, María Jesús (1988). Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación “in vitro”. Barcelona: Bosch.

- Mroz, Jacqueline (2011). “One Sperm Donor, 150 Offspringhttp”. En: The New York Times, edición del 05.09.2011. Disponible en: [://www.nytimes.com/2011/09/06/health/06donor.html?pagewanted=all&_r=0](http://www.nytimes.com/2011/09/06/health/06donor.html?pagewanted=all&_r=0) (Consultada el 23.08.2014).

- Mosquera Vásquez, Clara (2010). Las técnicas de procreación asistida en los tribunales peruanos. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia No. 147. Lima: Gaceta Jurídica.

- Olguín Britto, Ana María (2007). “Los derechos de filiación en las técnicas de fecundación artificial”. En: La Familia: Naturaleza y Régimen Jurídico en el Siglo XX. Jornadas Internacionales de Derecho de Familia. Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

- Palacios, Marcelo (1992). “Biotecnología: Reflexiones éticas y legales”. En: Varios autores. Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética. Madrid: Eudema, S.A. (Ediciones de la Universidad Complutense S.A.).

- Perelman, Ch. (1988). La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1ª. Reimpresión.

- Pérez de Pablos, Susana (2008). “Quiero saber quién es mi padre”. En: Diario El País, edición digital. http://elpais.com/diario/2008/03/17/sociedad/1205708402_850215.html. (Consultada el 19.10.2013).
- Pérez Monge, Marina (1995). Cuadernos de Bioética 1995/1º. Madrid: Asociación Española de Bioética y Ética Médica, AEBI.
- Pierri Alfonsín, Milagros (2008). “Filiación y cosa juzgada”. En: Revista Aequitas. Año II. Número II. Buenos Aires: Universidad del Salvador.
- Plácido Vilcachagua, Alex (2010). “La Evidencia Biológica y la presunción de paternidad matrimonial”. En: Iuris Consulto, No. 2. Lima: Universidad San Ignacio de Loyola, enero 2010.
- Polaino-Lorente, Aquilino (2000). Manual de Bioética General. 4ª. Edición. Madrid: Ediciones Rialp, S.A
- Porter, Kuthy y otros (2009). Introducción a la Bioética. 3ª. Edición. México: Méndez Editores.
- Revista Actualidad Jurídica. Tomo 211. Lima: Gaceta Jurídica, edición de junio 2011.
- Rincón Castellanos. Ximena (2012). “¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia”. En: Derecho No. 69, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: PUCP.
- Rodríguez-Cadilla Ponce, Rosario (1997). Derecho Genético: Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Su trascendencia

jurídica en el Perú. Lima: Editorial San Marcos.

- Romeo Casabona, Carlo María (2002). Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano. Bilbao-Granada: Editorial Comares – Fundación BBVA.
- Romeo Casabona, Carlos María (2003), “El tratamiento y la protección de los datos genéticos”. En: Mayor Zaragoza, Federico y Carlos Alfonso Bedate (coordinadores). Gen-Etica. Barcelona: Ariel.
- Sambrizzi, Eduardo (2012). Apuntes varios sobre distintos aspectos de la procreación asistida en el Proyecto de reformas. En: Revista de Derecho de Familia y de las Personas. No, 11. Buenos Aires: La Ley.
- Serrano Ruiz Calderón, José Miguel (2004). “Bioética, genética y derecho”. En: Varios autores. Genética y Derecho. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Serie: Cuadernos de Derecho Judicial.
- Serrano, Rafael (2006). Conflictos que genera la reproducción asistida. En: Aceprensa 031/06 (15.03.2006), tomado de: [http://www.ceb.lorg/tvho6/Evans htm](http://www.ceb.lorg/tvho6/Evans.htm) (Consultada el 01.06.2013).
- Sgreccia, Elio (2008). A favor de la vida. Temas actuales de Bioética. Buenos Aires: Agape Libros.
- Siverino, Paola (2013). “Cuestionamiento de la filiación matrimonial por la esposa”. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia No. 179. Lima: Gaceta Jurídica, agosto 2013.

- Sojo, Lorenzo A. “Maternidad anónima y adopción” (2012). En: Revista de Derecho de Familia y de la Persona. Año IV. No. 11. Diciembre 2012. Buenos Aires: La Ley.
- Stilerman, Martha N. y Silvia E. Sepliarsky (1999). Adopción. Integración Familiar. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Sunderam, Sasawati; Kissin, Dmitry M.; Crawford, Sara; Anderson, John, E; Folger, Suzanne G.; Jamieson, Denise J. y Wanda D. Barfield (2013). “Assisted Reproductive Technology Surveillance — United States, 2010”. En: Morbidity and Mortality Weekly Report (MMWR) / December 6, 2013 / Vol. 62 / No. 9. Atlanta: Centers for Disease Control and Prevention (CDC).
- Symons, Xavier (2013). “Birth defects more likely in IVF children”. En: BioEdge. Australia, edición del 09.03.2013 (Boletín que se reparte vía correo electrónico).
- Tafur Gopioc, Esperanza y Rita E. Ajalcriña Cabezudo. “Negación de la paternidad en la inseminación artificial”. En: APECC Revista de Derecho.
- Testart, Jacques y Christian Godin (2001). El racismo del gen. Biología, medicina y bioética bajo la férula liberal. México: Fondo de Cultura Económica.
- Torlone, Gaetano (2010). “La familia y Bioética”. En: Apuntes de Bioética, Año 1, No. 1, setiembre 2010.
- Torres Maldonado, Marco Andrei (2013). “¿Mi papá es un donante? El eufemismo del interés superior y la identidad del menor derivada de las técnicas de reproducción humana

asistida”. En: Gaceta Civil y Registral, Tomo 152. Lima: octubre 2013.

- UNESCO. Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos. 2003.
- Urdapilleta, Leticia (2004) “Derecho a la identidad en personas nacidas por donación de gametos. Aspectos legales y psicológicos”. En: Reproducción Humana, revista de la Federación Latinoamericana de Sociedades de Esterilidad y Fertilidad. Vol. 4. Número 2. Julio 2004.
- Valverde Morante, Ricardo (2001). Derecho Genético. Reflexiones jurídicas planteadas por las técnicas de reproducción humana asistida. Lima: Gráfica Horizonte.
- Varsi Rospigliosi, Enrique (1999). Filiación, derecho y genética. Lima: Fondo de Cultura Económica-Universidad de Lima.
- Vásquez, Rodolfo (2004). Del aborto a la clonación. Principios de una Bioética Liberal. México: Fondo de Cultura Económica.
- Vásquez, Rodolfo (1993). “Ética, Derecho y Fecundación Asistida”. En: Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, No.19. Alicante: Universidad de Alicante.
- Vega, Ana María. “El derecho a un hijo”. En: <http://www.aceprensa.com/articles/el-derecho-a-un-hijo/> (Consultada el 12.12.2013)
- Vila-Coro, María Dolores (2010). La vida humana en la encrucijada. Madrid: Ediciones Encuentro.

- Vila- Coro, María Dolores (1997). Huérfanos biológicos. El hombre y la mujer ante la reproducción artificial. Madrid: Ediciones San Pablo.
- Vila-Coro, Maria (1995) “El derecho a la identidad personal”. En: Cuadernos de Bioética 1995/4. Madrid: Asociación Española de Bioética y Ética Médica, AEBI.
- Vila-Coro, María Dolores (1995). Introducción a la Biojurídica. Madrid: Universidad Complutense.
- Vila-Coro, María Dolores (1992). “Los límites de la Bioética”. En: Varios autores. Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética. Madrid: Eudema, S.A. (Ediciones de la Universidad Complutense S.A.).
- Warnock, Mary (2004). Fabricando bebés. ¿Existe un derecho a tener hijos? Barcelona: Gedisa.
- Wen, Juan; Jiang, Jie; Ding, Chenuye; Dai, Juncheng; Liu, Yao. Xia, Yankai; Liu, Jiayin y Zhibin Hu. (2012) “Birth defects in children conceived by in vitro fertilization and intracytoplasmic sperm injection: a meta-analysis”. En: Fertility and Sterility. Volume 97, Issue 6, p. 1331–1337.e4, Junio 2012.
- Wisburg, K. Ingerslev H.J., Henriksen T.B. “IVF and stillbirth: a prospective follow-up study”. En: Human Reproduction 2010; 25.
- Zannoni, Eduardo A. (1993). Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 2. 2ª. Edición actualizada y ampliada. 2ª. Reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea.