

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

From the Selected Works of Marco Andrei Torres Maldonado

October, 2013

¿Mi papá es un donante?: El eufemismo del interés superior y la identidad del menor derivada de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Marco Andrei Torres Maldonado, *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*



Available at: <https://works.bepress.com/marcoandreitorresmaldonado/5/>

¿MI PAPÁ ES UN DONANTE?*

El eufemismo del interés superior y la identidad del menor derivada de las técnicas de reproducción humana asistida

Marco Andrei

Torres Maldonado**

REFERENCIAS LEGALES:

- **Código de los Niños y Adolescentes:** art. IX TP.
- **Código Civil:** arts. 376, 396, 402 y 404.
- **Ley General de Salud, Ley N° 26842 (20/7/1997):** arts. IX TP y 7.

El autor acepta la inseminación con dación de esperma y propone la creación de un Registro de Dadores y Receptores, supervisados por el Estado y con regulación de la capacidad del dador con relación a la edad y ausencia de enfermedades hereditarias. El conocimiento de la información, deberá excluir cualquier acción de filiación en el futuro, pero podría, excepcionalmente, revelarse la identidad del dador, por razones debidamente fundadas y evaluadas por la autoridad judicial, y es que no se puede privar a una persona del conocimiento de sus raíces biológicas.

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

“El debate social generado en torno a la genética humana y a sus múltiples aspectos no es patrimonio exclusivo de los investigadores

y profesionales relacionados con la aplicación de estas cuestiones, ni tampoco de los legisladores que adecuan esos conceptos a un uso racional de ellos. Es a toda la sociedad a quien competen estos temas, que comprenden

* A propósito de la crónica “Mi papá es un donante de semen”, de Laura Fonseca Oviedo, que relata el caso de Alba, una niña fruto de una inseminación artificial y cuya madre, soltera y sin pareja, decide contarle cómo fue gestada, publicado por *El Comercio* (periódico digital de Asturias) el 15 de mayo de 2013. “No eres Todo. No eres yo. Porque aún poseo un cuerpo que me delimita. Porque tengo una identidad, y porque aún recuerdo mi nombre. Y sé que tú desearías poder acordarte del tuyo”. Laura Gallego García (1977 - actualidad).

** Asistente Legal del Estudio Mario Castillo Freyre. Colaborador de la revista *Persona*. Universidad de Buenos Aires. Miembro principal de la revista *Codex*. Asistente de cátedra de Derecho Civil, en los cursos de Derecho de las Personas, Acto Jurídico y Derecho de las Obligaciones en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Universidad San Ignacio de Loyola y Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán de la UNMSM.

múltiples facetas, todas ellas objeto de discusión bajo diferentes ámbitos”¹. Si bien es cierto, la investigación científica (biomedicina) en beneficio del hombre representa ser una esperanza para la humanidad cuando esta tiende a buscar remedio a las enfermedades, a aliviar el sufrimiento, etc., muchas veces en su aplicación colisiona con escenarios que afectan, directa o indirectamente, a la persona.

En ese contexto el reconocimiento de los derechos de la personalidad constituye el cimiento base para el planteamiento de la presente problemática. Sabido es que practicada la inseminación artificial surgen algunas interrogantes, como si se debe suministrar la identidad del cedente a la receptora, o en su caso, al hijo, si así lo requieren o, por lo contrario, debe imponerse la reserva de ello. La doctrina ante dicha cuestión no ha sido unánime existiendo por un lado quienes sostienen el derecho de la madre, a conocer el origen genético de la célula germinal de su hijo, el derecho de este a conocer su origen genético y la necesidad que, por razones de salud, en el futuro pueden tener la madre y el hijo de rastrear en las características biofísicas del cedente. En sentido contrario, se destaca que, partiendo de que nos encontramos frente a elementos extraños a la pareja, debe buscarse un sistema que asegure al cedente la protección de su derecho a la intimidad y con ello mantener los vínculos estables y el orden general de la filiación y la familia.

Evidentemente la respuesta a esta cuestión no es sencilla porque estamos ante dos derechos constitucionalizados y de igual rango jerárquico. En ese sentido, y consciente de la trascendencia de dicha cuestión, la presente investigación tiene como fin esclarecer el panorama y brindar lineamientos de solución. Como decía una máxima de Carl Friedrich Gauss “La

dignidad de la ciencia misma parece exigir que todos los medios sean explorados para la solución de un problema se dé en forma elegante y célebre”.

I. LA ESTERILIDAD: LA GÉNESIS DE UNA (RENUENTE) REALIDAD

Aunque el logro de un embarazo aparezca para muchos como un hecho simple, en realidad la fecundidad es un complejo fenómeno donde múltiples factores deben interactuar armónicamente entre sí para culminar en el logro de la concepción. En esto se incluyen diversos procesos biológicos que deben producirse tanto en la mujer y el hombre como en la relación entre ambos. La existencia de alteraciones en algunos de estos mecanismos puede resultar en una disminución parcial o total de la capacidad reproductiva. Esto —evidentemente— va a generar efectos en el propio desarrollo del proyecto de vida que posea una pareja en nuestro país.

En tal sentido, “La esterilidad se define como la incapacidad de una pareja para conseguir un embarazo en un plazo de tiempo razonable. La American Fertility Society considera estéril a aquella pareja que no consigue un embarazo después de un año de coitos normales sin usar métodos anticonceptivos, mientras que otras sociedades científicas como la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), la Sociedad Europea de Embriología y Reproducción Humana (ESHRE) o la propia Organización Mundial de la Salud (OMS) consideran que tienen que haber transcurrido al menos 24 meses. De todos modos, muchas de estas parejas supuestamente estériles acabarán concibiendo sin necesidad de tratamiento”². Así, para nosotros, siguiendo lo señalado anteriormente, la esterilidad³ es la incapacidad

1 HIDALGO ORDÁS, María Cristina. *Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente: En el marco de la experimentación génica*. Bosch, Barcelona, 2002, p. 15.

2 LEMA AÑÓN, Carlos. *Reproducción, poder y Derecho: Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Trotta, Madrid, 1999, p. 159.

3 “Con relación a la esterilidad se ha debatido si es o no una enfermedad (...). Para unos la esterilidad no es una enfermedad, por lo que no tendrían justificación los tratamientos médicos intentando paliarla, mientras que para otros sí que se trata de una

para lograr gestación tras dos años de relaciones sexuales con frecuencia normal y sin uso de ningún método anticonceptivo.

Es necesario precisar que el concepto de “tiempo razonable” es discutible⁴; pues la Organización Mundial de la Salud así como la Sociedad Europea de Reproducción y Embriología Humana en su recomendación menciona un plazo mínimo de dos años para desarrollar el embarazo; si este no ocurre después de ese tiempo, la pareja es considerada estéril. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, la mayoría de los médicos inician los estudios de una pareja estéril luego de un año de haber fracasado los intentos de embarazo.

“La probabilidad de gestación espontánea es claramente dependiente del tiempo. El 85% de las parejas logran espontáneamente una gestación en el transcurso del primer año, y un tercio de estos embarazos ocurre en los tres primeros meses de ese periodo. En los doce meses siguientes, conseguirá la gestación espontáneamente un 5% adicional de parejas. Por tanto, y según establece la simple observación, la mayoría de las parejas que no han

logrado una gestación tras un año de intentos estarán afectadas por alguna limitación de la capacidad reproductiva”⁵. Aunque su incidencia presenta variaciones de acuerdo a las características de los estudios realizados y de las poblaciones estudiadas, en términos generales se estima que aproximadamente un 15% de las parejas presentan este problema. Estudios recientes refieren también un leve incremento durante los últimos años en la proporción de matrimonios con problemas de esterilidad⁶.

“Es posible que sentimientos encontrados de ansiedad, frustración, desesperanza o culpa suelen a veces invadir a los cónyuges que no ven realizado su deseo de procreación. Afortunadamente, en los últimos años se han producido grandes avances en el conocimiento de los mecanismos que intervienen en la fertilidad y existen cada vez mayores posibilidades de ayudar a estas parejas”⁷. Por otra parte, la aparición de nuevos medicamentos, metodologías quirúrgicas y técnicas de reproducción asistida ofrecen posibilidades concretas de tratamiento –hasta hace poco tiempo– no imaginadas.

enfermedad, lo que justificaría su tratamiento y el dedicar una parte de los recursos sanitarios a su cuidado. También hay posturas intermedias que consideran la esterilidad como una especie de minusvalía (*disability*), o como una disfunción”. LEMAÑÓN, Carlos. Ob. cit., p. 171.

4 Con la ocasión de la presentación del Proyecto de Ley de Infertilidad y Esterilidad, la Comisión uruguaya sostuvo en la exposición de motivos lo siguiente: “La Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Comité Internacional para la Supervisión de las Técnicas de Reproducción Asistida (ICMART) han clasificado a la Infertilidad/Esterilidad como una enfermedad en el sistema reproductivo, padecimiento que provoca en las personas la incapacidad de lograr concebir o llevar a término un embarazo. (...) La esterilidad es definida como la incapacidad para concebir un hijo y la infertilidad es la imposibilidad de llevar a término un embarazo; el presente proyecto, en consonancia con la Organización Mundial de la Salud, considera ambas hipótesis y sus distintos tipos, como una enfermedad. Nuestro país, en la actualidad, no se encuentra alineado con las definiciones de la OMS respecto de la infertilidad/esterilidad; ello implica que su estudio, diagnóstico y tratamiento no se encuentren dentro de las prestaciones obligatorias que deben brindar las entidades públicas y privadas que componen el Sistema Integrado de Salud. Las parejas que sufren esta enfermedad deben afrontar el pago de los tratamientos necesarios, circunstancia que muchas veces les resulta económicamente irrealizable. La infertilidad/esterilidad impacta negativamente en la salud psíquica de las parejas que la padecen, y afecta en forma real y efectiva su calidad de vida; el procrear, además de ser un derecho, es parte de la salud psicofísica de la pareja. Repetimos que en el caso que nos ocupa estamos frente a una enfermedad, reversible en la mayoría de los casos, razón por la cual consideramos necesaria la aprobación de la presente iniciativa a los efectos de que quienes padecen la infertilidad/esterilidad tengan a su alcance la cobertura médica que les asegure su derecho a procrear”. Luis Alberto Lacalle Pou: Representante por Canelones. Montevideo, 27 de diciembre de 2010.

5 Sociedad Española de Fertilidad. *Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida*. MSH Impresores, Madrid, 2011, p. 17.

6 “Una pareja enfrenta el problema de la infertilidad cuando ya agotó todos los medios mencionados. Los sentimientos de frustración, cólera, dolor, celos y confusión son probablemente abundantes. Resulta común la posibilidad de que un matrimonio se separe cuando ambos cónyuges se culpan o alguno no acepta la realidad de que el esposo (a) sea estéril. Es en este momento cuando muchas parejas empiezan a interesarse en la FIV y buscan una salida desesperada para el problema”. RÁEZ, Luis E. “La infertilidad en el matrimonio y cómo asumirla”. En: *Aciprensa* [<http://www.aciprensa.com/vida/infertilidad.htm>] Consultado: Julio de 2013.

7 MARTÍNEZ, Antonio R. “Esterilidad conyugal: ¿Qué es y cuáles son sus causas”. En: *Instituto de medicina reproductiva*. Vide: [<http://www.imreproductiva.com/imagenes/esterilidad%20conyugal.pdf>] Consultado: Julio de 2013.

II. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: LA BÚSQUEDA DE UNA SOLUCIÓN

En la actualidad, se observa un aumento en la demanda de los servicios médicos para el estudio y tratamiento de la esterilidad. Frente a este escenario, las técnicas de reproducción asistida humana surgen con el objetivo principal de maximizar las posibilidades de fertilización y de embarazo viable.

“Se llama técnicas de reproducción asistida (TRA) a los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción”⁸. Las técnicas de reproducción asistida forman parte de los recursos de tratamiento de los trastornos de la fertilidad, en tal sentido, son un conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina.

“Al comienzo estas técnicas se denominaron reproducción artificial, pero a medida que se han incorporado a la asistencia sanitaria han sido consideradas como reproducción asistida o asistencia a parejas con problemas médicos

“ No se concibe el tráfico de semen, ni gametos, y por ello no se admite la compraventa. Pero la dación y la compraventa coinciden en algo verdaderamente esencial: ambas implican una enajenación.”

específicos, causa de infertilidad. Se entiende como TRA cualquier manipulación de los elementos reproductores humanos sean células germinales, gametos, cigotos o embriones, con el fin de conseguir un embarazo”⁹. Aunque las técnicas son actualmente admitidas como una parte del arsenal terapéutico del médico, continúan existiendo en ellas elementos que son objeto de discusión y,

en algunos casos, de oposición radical por una parte considerable de los profesionales de la sanidad.

Las denominadas Teras datan de muchos años atrás, incluso en la antigüedad se usaban hierbas y especias con fines reproductivos (y abortivos) aunque de una efectividad pobre, sin margen de comparación con las técnicas modernas, las mismas que han evolucionado notablemente desde su invención. En las últimas décadas han ido mejorando, evolucionando mucho.

La esterilidad es un problema muy común actualmente y las Teras buscan suplir las deficiencias de las parejas con este problema permitiéndoles tener descendencia y logrando alcanzar uno de los más importantes deseos del ser humano que es el de formar una familia¹⁰. Estas técnicas, cabe recalcar, deben ser

8 LUNA, Florencia. *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2008, p. 11.

9 RIAÑO GALÁN, Isolina y NÚÑEZ CUBERO, María Pilar. “Técnicas de reproducción asistida. Dilemas éticos”. En: *Boletín de la Sociedad de Pediatría de Asturias*. Nº 44, 2004, p. 186.

10 Pese a ello han surgido posturas contrarias a la instauración de las técnicas de reproducción humana asistida, así pues, se ha sostenido el **argumento de la opresión de las mujeres**, al respecto se indica que: “Desde todas las posiciones feministas que ven en la capacidad reproductora de la mujer una fuente potencial de poder, expropiada por los varones en la sociedad patriarcal y en el libre ejercicio de la maternidad una posibilidad de construir y afirmar una nueva identidad femenina, las nuevas tecnologías de reproducción fueron acogidas con un rechazo frontal. (...) tanto las feministas de la diferencia como las ecofeministas compartían una visión de la ciencia y la tecnología como instrumentos inherentemente patriarcales utilizados por los hombres para someter a las mujeres”. MARTÍ GUAL, Ana. *Maternidad y técnicas de reproducción asistida: Un análisis, desde la perspectiva de género, de los conflictos y experiencias de las mujeres usuarias*. Tesis doctoral presentada en la Universitat Jaume. Castelló, 2011, p. 73. De igual manera, se ha sostenido que: “Los tratamientos cuestan mucho dinero y la mayoría de los centros que las ofertan son privados; pocos centros públicos las ofrecen y las listas de espera son notables, además, ello solo ocurre en los países que disponen de sistemas de salud estatales o subsidiados por el Estado, en países que carecen de ellos como, por ejemplo, Estados Unidos, la disparidad en las posibilidades de acceso en función de los recursos económicos es mucho más notable”. THOMPSON, Charis. *Making parents: The Ontological Choreography of reproductive technologies*. MIT Press, Cambridge, 2005, p. 62.

usadas de manera supletoria, en el caso que no se pueda de ninguna manera procrear de forma natural.

Las técnicas de reproducción humana asistida, a decir de Varsi Rospigliosi¹¹, “son aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia”. Estas técnicas de fecundación asistida deben ser receptadas por el ordenamiento jurídico como técnicas que ayudan a solucionar un problema que podría catalogarse como enfermedad que limita el normal desarrollo del proyecto de vida de las personas.

III. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL COMO UNA TIPOLOGÍA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

En la actualidad, los problemas de esterilidad han aumentado debido a una mayor edad de las parejas al buscar su primer hijo, uso de anticonceptivos, y aumento en las enfermedades de transmisión sexual (promiscuidad sexual). Esto aunado al avance científico que intenta ofrecer una solución a las parejas con problemas de esterilidad, hace necesario analizar las diferentes técnicas no solo tomando en cuenta su eficacia para lograr el embarazo sino

también las diversas implicaciones éticas y jurídicas, entre estas, tiene una enorme trascendencia la inseminación artificial, que representa ser un tipo de las técnicas de reproducción humana asistida.

“Inseminación” es según la Real Academia Española: 1. *f. Biol. y Med.* Procedimiento para hacer llegar el semen al óvulo empleando técnicas adecuadas; y el vocablo “artificial” significa: *Del lat. artificiālis*. 1. *Adj.* Hecho por mano o arte del hombre. En tal sentido, “Por inseminación artificial se entiende la intervención médica, mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través de un acto sexual normal, sino de una manera artificial, a fin de producir la fecundación. No es exacto el nombre de ‘fecundación artificial’, es preferible hablar de ‘inseminación’, ya que se trata de una manipulación técnica para introducir el espermatozoide en la vagina o útero de la mujer”¹². En mi opinión, es el procedimiento médico por el cual se introduce espermatozoide humano en el interior de los órganos genitales femeninos, prescindiendo de la relación sexual, con el fin de lograr el encuentro del espermatozoide con el óvulo y obtener la fecundación de este.

Indica Valverde Morante¹³ que “La inseminación artificial, ya aceptada mundialmente por

11 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho genético: Principios generales*. Editora Normas Legales, Trujillo, 1995, p. 62.

12 RODRÍGUEZ, María del Rosario y PONCE, Cadilla. *Derecho Genético: Técnicas de reproducción humana asistida. Su trascendencia jurídica en el Perú*. 1ª edición, Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 23 y ss. Las autoras señalan que: “El proceder a la inseminación solo es indicado cuando la mujer es fecunda, pero existen dificultades para realizar normalmente el acto sexual. En el hombre pueden darse dos anomalías del pene, ya sean congénitas o de origen traumático: todas las formas de impotencia nerviosa y psíquica o alteraciones en el semen que lo tornan inhábil para la fecundación. En la mujer, las causas pueden ser nerviosas (vaginismo) o anatómicas, tocante a la vagina, la cervix o el útero”. RODRÍGUEZ, María del Rosario y PONCE, Cadilla. Ob. cit., p. 24. Zannoni describe esta técnica con las palabras siguientes: “Salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer. En muchos casos, la pareja es infecunda debido a causas que atañen exclusivamente a la mujer, sin ser esta estéril. No superándose estos trastornos mediante tratamiento terapéutico puede recurrirse a la inseminación artificial con semen del marido. Pero puede ocurrir que frente a la esterilidad del marido la pareja decidiese recurrir a la inseminación artificial utilizando el espermatozoide fértil de un tercero. En ese caso la inseminación no es solo una técnica o método para permitir la fecundación genéticamente conyugal, sino que, además aporta un componente genético ausente en la pareja para fecundar. En otras palabras, en el primer caso planteado (inseminación homóloga, con semen del marido) los componentes genéticos –óvulo y espermatozoide fértil– existen en el marido y la mujer: la inseminación artificial facilita su encuentro apto para lograr la fecundación. En el segundo caso uno de los componentes genéticos de la fecundación –espermatozoide fértil– está ausente, falta. La inseminación lo aporta, lo introduce ‘desde fuera’ (inseminación heteróloga). Ahora bien, tanto la inseminación artificial homóloga como la heteróloga participan de un carácter común: la fecundación se obtiene sin cópula o coito. El semen es inoculado mediante jeringas o catéteres y depositado en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino”. ZANNONI, Eduardo A. *Inseminación artificial y fecundación extrauterina: Proyecciones jurídicas*. Astrea, Buenos Aires, 1978, pp. 43 y 44.

13 VALVERDE MORANTE, Ricardo. *Derecho Genético: Reflexiones jurídicas planteadas por las técnicas de reproducción humana asistida*. Gráfica Horizonte, Lima, 2001, p. 39. De manera muy similar, se ha señalado que: “Es una técnica que consiste en

lo menos desde el punto de vista clínico, constituye en casos específicos una real ayuda para la pareja con problemas de esterilidad, donde la causa fundamental radica en el factor masculino”. Consiste pues, en el depósito instrumental de semen del cónyuge, procesado en el laboratorio con técnicas encaminadas a mejorar su calidad, en el aparato genital femenino, de preferencia, en la cavidad uterina. Evidentemente, este procedimiento no da la posibilidad de realizar experimentación alguna, es por eso que es un proceso de baja tecnología médica.

IV. ¿DONACIÓN O DACIÓN DE GAMETOS?: A PROPOSITO DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA (SUPRACONYUGAL)

La inseminación artificial heteróloga es la que se hace si el cónyuge o pareja varón es estéril, por ende, se utiliza semen que se obtiene de un tercero, fresco o congelado y almacenado en un banco de semen. “Consiste en llevar el semen del marido o del donante a la vagina, útero o cérvix de la mujer receptora”¹⁴.

“La inseminación artificial heteróloga nos plantea serios problemas de orden ético y jurídico. Desde el punto de vista ético, la principal observación nace de la aceptación de los cónyuges, para que intervenga en la fecundación el gameto sexual de una tercera persona, quien cede el elemento concedido por la naturaleza

para procrear a una nueva persona, sin ningún tipo de responsabilidad sobre el nuevo ser que contribuye a crear”¹⁵. Ahora bien, se ha señalado que la inseminación artificial heteróloga está estrictamente ligada con la utilización de gametos de terceras personas extrañas al matrimonio que recurre a las técnicas de reproducción humana asistida, la cuestión –por antonomasia, compleja– es identificar cuál es la naturaleza jurídica que da origen a esa utilización de gametos de un tercero.

El artículo 5 de la Ley de Reproducción Humana Asistida española prescribe que “La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el Centro autorizado. (...)”. Al respecto, la doctrina que ha interpretado el estudio de esta materia parte del presupuesto de su configuración como una donación. Romeo Casabona¹⁶ indica que la donación de gametos y embriones es un acto jurídico personalísimo y que debe ser siempre voluntario. No cabe sustituir esa voluntad, a no ser que los usuarios cedan expresamente los gametos sobrantes para que estos puedan disponer de ellos.

“La donación constituye un acto a título gratuito que adquiere la forma contractual como vía de realización, tomando además en cuenta que una persona realiza con respecto a otra una liberalidad, introduciendo el elemento de aceptación por esta última”¹⁷. En mi opinión,

introducir el semen del varón, previamente recolectado, en el tracto reproductor de su pareja o cónyuge, sin que medie una relación sexual”. MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara. “La genética en los tribunales peruanos”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 121. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 21.

14 HIDALGO ORDÁS, María Cristina. Ob. cit., p. 27. La misma autora sostiene que: “El semen se obtiene por masturbación del varón o bien por biopsia testicular. Posteriormente este semen sufre un proceso de preparación que consiste en el incremento de la concentración de espermatozoides utilizando técnicas de centrifugación. Posteriormente el esperma es colocado mediante una jeringuilla en el interior de la vagina del útero o del Endocervix. Las diferencias están en que mientras la colocación en la vagina lo realiza la propia mujer, en el caso del depósito en el útero y en el Endocervix se tiene que realizar a través de un catéter o jeringuilla”. HIDALGO ORDÁS, María Cristina. Ob. cit., p. 27.

15 VALVERDE MORANTE, Ricardo. Ob. cit., p. 44.

16 ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 245.

17 ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil español: Obligaciones y contratos*. Volumen 3. 4ª edición revisada y ampliada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 517. De igual manera, De Ruggiero refiere la necesidad de que la donación integre elementos como la atribución patrimonial, que origina el acrecentamiento en el donatario y, por lo tanto, perjuicio en el donante; el propósito de beneficiar o *animus donandi*, que se debe corresponder con la recepción por parte del donatario; la privación que se hace al donante de la cosa; y también la imposibilidad de revocación arbitraria por voluntad del donante. DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Volumen 1, 4ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1929, p. 145 y ss.

la donación es un contrato por el cual una parte, denominada donante, atribuye bienes a otra, nombrada donatario, sin contraprestación por parte de este, trayendo consigo el enriquecimiento del patrimonio del donatario a costa del empobrecimiento del donante. Resulta crucial resaltar “sin contraprestación por parte de este”, pues es lo que excluye que –técnicamente y en sentido estricto– se pueda expresar “donación de gametos”, en realidad, implica una retribución patrimonial –absurdamente– oculta bajo una compensación de los gastos del tercero, con relación a traslados, molestias físicas y laborales.

Considero que lo adecuado en nuestro país¹⁸, en estos términos, es entenderlo como una dación de gametos, así pues es un acto de transferencia por el que se dispone de un bien, sin necesariamente mediar contrato alguno.

V. EL EUFEMISMO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: SOBRE SU APARENTE FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

Usualmente se ha señalado que el principio del interés superior del menor es uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño. Este principio aparece consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código

de los Niños y Adolescentes, a su vez, también se encuentra en el artículo tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Quienes difunden el dogma de “un interés superior” arguyen que estamos viviendo una revalorización social, así como legislativa de valores personales, en concreto, de valores pertenecientes al menor. Se trata, según Rivero Hernández¹⁹, de un verdadero proceso de “revalorización del menor en su calidad de persona”. La doctrina, al respecto, absurdamente, ha sostenido que “la concepción de dicho principio va a variar significativamente la consideración del menor, es decir, mediante este principio el menor ya no será visto solo como objeto de protección, sino que también se convierte en un sujeto de derechos”²⁰. Este ejercicio del aparato tutelar –es necesario precisar– se fundó en todo momento en el “interés del menor”, o sea, en beneficio del propio niño. Hoy en día es tal la hipocresía que bajo este sistema se adoptan políticas y medidas intensamente restrictivas de los derechos de los niños, de su autonomía personal, bajo el halo –y excusa– de su protección o tutela.

¿Qué es el interés superior del menor? Todo y nada²¹, generalmente su aproximación conceptual ha estado vinculada a los lineamientos generales que se han establecido en convenios

18 En el Perú el uso de las técnicas de reproducción humana asistida ha originado muchos problemas a nivel jurídico. El Derecho Genético no ahonda mucho en este tema, motivo por el que se necesita un encuadre legislativo que garantice la debida aplicación de estos procedimientos. Nuestro Código Civil no regula de manera expresa esta materia, no obstante, “diversas manifestaciones de Derecho comparado han aprobado la fertilización humana y la embriología con una posición amplia y abierta”. CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2ª edición. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 248. En nuestro medio existe una precaria regulación en el artículo 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, norma de orden público conforme su artículo IX de su Título Preliminar, sin embargo, urge un tratamiento mucho más especial, técnico y sistemático al respecto.

19 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del menor*. Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 37.

20 MARTÍNEZ RUIZ, Analía. “El interés superior”. En: *Convención sobre los derechos del niño*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 99.

21 La doctrina alemana considera, incluso, temerario todo intento definitorio en materia de interés del menor por lo que la ciencia jurídica alemana no solo no aporta ninguna definición de lo que pudiera entenderse por el interés del menor sino que, además, entiende que se trata de un concepto que no debería siquiera intentar ser definido. Es decir, la ciencia jurídica alemana se niega a aportar una definición de este concepto porque lo contempla, en sí mismo, como un instrumento adecuado para dar solución a los distintos conflictos de intereses que pueden afectar al menor. Si no media conflicto, no da lugar a aplicarlo. Por tanto, los autores alemanes se ciñen a recoger los distintos supuestos en los que pueda existir un conflicto entre el menor y su entorno para ofrecer una simple pauta: por muy legítimos que sean otros intereses ha de prevalecer el interés del menor, el bien del niño, y ello teniendo en cuenta que cada infante, en cada conflicto, merecerá una solución específica y distinta, por ello no es posible buscar conceptos abstractos, sino concretos, y centrarnos en cada caso particular. CARBONELL BENITO, Gabriela. “El interés del menor: Criterios para su concepción y defensa a través de las figuras del Defensor del menor y del Ministerio Fiscal”. En: *La protección del menor*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 133.

y pactos supranacionales. Es conocido que en la Convención de las Naciones Unidas relativa a los derechos del niño, existen algunas disposiciones fundamentales que fijan los principios ineludibles, primordiales y que rigen la aplicación de toda la Convención.

El interés superior del menor –suele decirse– se encuentra consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el mismo prescribe que. “En todas las decisiones que conciernen a los niños, que sean el hecho de instituciones públicas o privadas de protección social, de los tribunales, de las autoridades administrativas o de los órganos legislativos, el interés superior del niño debe ser una consideración primordial”. Esta disposición no muestra ninguna explicación particular sobre la manera de aplicarla, ni fija ningún deber particular, ni tampoco enuncia reglas precisas, pues establece un principio de por sí vago e impreciso. De modo que, la norma jurídica del sistema tutelar del “interés superior” es de tal amplitud, que poco se diferencia de la voluntad omnimoda y todopoderosa del juez, que en el caso concreto tiene la plena libertad para crear la norma jurídica individual navegando cómoda –y arbitrariamente– en la laguna de vaguedad irresponsablemente establecida por el legislador.

De ahí que tal discrecionalidad²² en la aplicación se convierte en arbitrariedad e inseguridad jurídica.

Por otro lado, en función del derecho a la identidad, “La filosofía de la existencia, recepcionada por la jusfilosofía, ha permitido en tiempos recientes poner en evidencia un importante modo de ser de la persona, el mismo que, como interés existencial exige ser jurídicamente tutelado. Se trata de la identidad del sujeto consigo mismo”²³. Es un derecho nuevo, surgido de la jurisprudencia italiana y alemana, que es entendido como la prerrogativa que le permite al titular de una determinada situación jurídica diferenciarse de otras, es el conjunto de circunstancias que distinguen a un sujeto de derecho de los demás. En el caso de los menores –aunque no exclusivamente– la identidad se relaciona con la información sobre los progenitores, es decir, a conocer sus orígenes genéticos.

Es claro que el derecho a la identidad²⁴ en estos casos debe ir más allá que los meros derechos vinculados con la filiación, pues de lo contrario no habría un derecho a la identidad propiamente dicho, sino un conjunto de derechos y obligaciones que, en todo caso, deberían ser garantizados por cualquier medio²⁵.

La identidad es una prerrogativa que ha sido respaldada a nivel supranacional. Ante ello, ya lo han indicado Fernando Abellán y Javier Sánchez-Caro, al señalar que entre los problemas que suscita el tener un acceso limitado a los datos de nuestros padres biológicos

22 Sin embargo, se ha señalado que se podría reducir la discrecionalidad fijando unos mínimos criterios objetivos que contribuirían a su objetivación y serían guía para su aplicación, por ejemplo podemos tomar como guía a el Reino Unido que en relación al interés superior del niño estableció en *Children Act* de 1984 se estipula que el juez debe tener en cuenta: a) La opinión del niño; b) Sus necesidades físicas, afectivas, educativas; c) Su edad, sexo y su personalidad; d) Los males que ya ha padecido o en que puede incurrir; y e) La posibilidad de que cada uno de sus padres responda a sus necesidades. CAMPS MIRABET, Nuria. “El principio del interés superior del menor: Marco normativo Internacional y aplicación en el Derecho interno”. En: *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 17 y ss.

23 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El derecho a la identidad personal”. En: *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*. Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 60.

24 La Convención de los Derechos del Niño consagra el derecho a la identidad de los menores a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos (artículo 7) y a preservar su identidad y las relaciones familiares (artículo 8).

25 GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. *Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010, p. 8. La autora sostiene que: “El derecho a conocer el origen biológico tiene como fundamento varios derechos reconocidos en la legislación nacional y en tratados internacionales; los más relevantes son el derecho a la identidad y el derecho a la salud. Estos dos derechos son independientes de otros vinculados con la filiación, como podrían ser el llevar el apellido del padre, los alimentos y los derechos sucesorios, pues aunque pueden actualizarse ambos, no se presentan necesariamente juntos. Esto se percibe con claridad en los casos de reproducción asistida, en los que puede alegarse un derecho a la identidad para conocer el origen biológico, pero no reclamarse los derechos vinculados con la filiación”. GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. Ob. cit., p. 8.

“destacaría el relativo al libre desarrollo de la personalidad y al respeto a la dignidad humana, como fundamento del orden político y la paz social. En este sentido, se ha destacado la importancia del conocimiento del propio origen como exigencia de afirmación de la personalidad como una necesidad para evitar problemas psicológicos y psiquiátricos, así como crisis de identidad del hijo. Desde esta perspectiva, el anonimato resultaría peligroso porque hace imposible poner de acuerdo al individuo biológico y social”²⁶.

La identidad no solo abarca el ámbito de lo que se ve o se sabe, vale decir, por ejemplo: identidad en su concepto de nombre, edad, dirección, aspecto físico (con el cual se identifica el niño), etc. Sino también esta engloba aquel aspecto más retrospectivo como puede ser el derecho a la identidad genética, que es “la conciencia de ser uno mismo, diferente a los demás, circunstancia que, a su vez, surge de la posesión de un ADN original”²⁷.

VI. EL ANONIMATO DEL DADOR Y LA RUPTURA DE LA PATERNIDAD: ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

Las técnicas de reproducción humana asistida ha introducido la figura de los dadores –mal llamados “donantes”– anónimos. Los dadores desaparecen absolutamente de la vida del ser que posteriormente puede resultar engendrado. En estos casos los dadores se autoexcluyen de las obligaciones y derechos inherentes a la paternidad y renuncian a su carácter referencial.

“ El dador se desprende de algo que deja de ser suyo y pasa a estar a disposición de otros, quienes darán el destino que consideren oportuno, ergo, el dador pierde toda relación con lo cedido. ”

En el Perú existen dos posturas muy incisivas al respecto; por un lado está la posición a favor de que el niño nacido por inseminación heteróloga conozca a su padre biológico por ser un derecho personalísimo el derecho a la identidad. Esta postura es defendida por Rubio Correa, quien considera que “la Constitución dice que toda persona tiene derecho a su identidad, y

la identidad no es solo el nombre sino es saber quién es él, porque allí está indudablemente su raíz biológica. Yo creo que por supuesto tiene derecho” y por otro lado; la postura a contrario sensu –y con mayor acogida– la cual es defendida por Espinoza Espinoza quien menciona que si bien es cierto que es un derecho del niño el conocer su identidad (entendido en su amplia dimensión, abarcando el conocer sus datos de origen), esta identidad estaría limitada ya que solo podrá conocer los datos genéticos de quien vendría a ser su padre biológico mas no los datos personales, como puede ser el nombre, la dirección, u otros elementos que permitan identificar de una manera precisa al sujeto donante de esperma²⁸.

Dicha cuestión se resume en la antagonica que existe entre el derecho a la identidad que tiene el niño con el derecho a la intimidad cuyo titular es el dador de los espermatozoides para la inseminación artificial, derechos que tienen igual rango de jerarquía ya que son derechos personalísimos y con un respaldo constitucional.

Históricamente, el anonimato ha sido una pieza importante en la organización de los bancos de semen que inauguraron esta costumbre. Los propios bancos de semen adoptaron la

26 ABELLÁN, Fernando y SÁNCHEZ-CARO, Javier. *Bioética y ley en reproducción humana asistida: Manual de casos clínicos*. Editorial Comares, Granada, 2009, p. 90.

27 BERIAIN, Iñigo de Miguel. “¿Existe un derecho a la identidad genética?”. En: *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*. CLXXXIV 730, marzo-abril, 2008, p. 261 y ss.

28 RODRÍGUEZ, María del Rosario y PONCE, Cadilla. Ob. cit., p. 163.

prohibición de revelar la identidad del dador, a no ser que fuera preciso hacer frente a un riesgo muy grave para la vida del nacido de semen cedido que requiriese conocer la identidad del padre genético para poder tratar la enfermedad²⁹. Tanto los médicos como los centros tenían el mayor interés en preservar en secreto la identidad del titular de los gametos, dada la dificultad de reclutar donantes a los que, además, según la nueva regulación que se iba instaurando en la mayoría de los países europeos no se les podía pagar.

En España³⁰, se ha indicado que al hablar de anonimato del donante (dador) debemos comenzar por preguntarnos quién es el padre jurídico-formal y social del ser nacido mediante técnicas de reproducción asistida con intervención de donante (dador), y también qué papel desempeña este último en cuanto transmisor de tal herencia genética, ya que es su relación con el así nacido lo que ahora nos preocupa.

¿Es posible que el dador tenga la paternidad del menor? Trabucchi³¹ considera que “la derivación biológica respecto de los autores de la vida no agota la complejidad de las relaciones de paternidad y de maternidad, que tienen para el Derecho un valor, no puramente cognoscitivo, sino en cuanto que acompañan al hombre en el tiempo posterior al nacimiento. (...) Para la relación de paternidad, se requiere, junto y

además de la presencia del factor físico, un elemento de autorresponsabilidad (que llamaremos de ‘responsabilidad’). Así pues para el mencionado autor, “si el productor del semen permanece ajeno al empleo que otro le dé, no se convierte en padre, (...) no es suficiente el control del origen del semen: no basta una producción genérica de esperma para crear hipotéticas paternidades”. Ergo, para Trabucchi, faltaría el elemento de autorresponsabilidad de los actos socialmente relevantes.

Para Lledó Yagüe³² la dación de semen no comporta la responsabilidad natural del acto sexual, ni tampoco es procreativo, *iure proprio*, en ese momento, sino que es un acto que per se, es solo idóneo para la generación, pero no la provoca. Así pues, no es aquella donación (dación) un medio autosuficiente individualmente considerado para desencadenar, por sí misma, por la propia naturaleza de las cosas, ninguna fecundación, sino que, por el contrario, se requiere una instrumentalización y manipulación humana exterior en el curso del proceso generativo, de modo y manera que la intervención del tercero sea quien decida, tanto la finalidad procreativa o no de aquella aportación (procediendo a la efectiva inseminación), como la propia elección de la receptora idónea desconocida para el donante (dador) de gametos en todo momento.

29 ALKORTA IDIAKEZ, Itziar. *Regulación jurídica de la medicina reproductiva: Derecho español y comparado*. Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 35. La misma autora ha sostenido que “El anonimato del donante es, pues, una costumbre proveniente de la praxis médica que acabó imponiéndose en el resto de los ámbitos y en la propia administración sanitaria”. ALKORTA IDIAKEZ, Itziar. Ob. cit., p. 35.

30 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”. En: *La filiación a finales del siglo XX: Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Editorial Trivium, Madrid, 1988, p. 145.

31 TRABUCCHI, Alberto. “Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista”. En: *Rivista di Diritto civile*. Vol. 1. N° 5, 1986, p. 495 y ss. De igual manera, “Parece por tanto coherente, en la investigación acerca de los criterios de atribución de la paternidad en los casos de fecundación artificial, considerar, como esencial para la atribución, nuevamente un elemento de voluntariedad por parte del hombre. (...) Es padre aquel cuyo semen ha sido utilizado para la fecundación de una mujer, pero solo si ha querido que su semen fuese utilizado precisamente para la fecundación de esa mujer”. VERCELLONE, Paolo. “La fecondazione artificiale”. En: *Politica del Diritto*. Anno XVII, N° 3, 1986, p. 383 y ss.

32 LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *Fecundación artificial y Derecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 53. De manera muy similar se ha señalado que: “Hay que retener que la donación de semen, o de óvulo, no crea por sí una relación que comprenda que quien hace tal aportación traerá la vida. Aunque es incuestionable que facilita los medios insustituibles para que alguna relación de ese tipo pueda darse. El donante ofrece los medios para que un hijo sea procreado, pero no es él quien pone en marcha las intervenciones con las que la procreación del hijo directamente se produce”. MORO ALMARAZ, María Jesús. *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación “in vitro”*. Bosch, Barcelona, 1988, p. 218.

En mi opinión el hijo debe poder conocer la identidad del dador sin que quepa en ningún caso determinar la filiación respecto de él³³. Ergo, existe derecho a conocer la identidad del dador aun cuando ello no determina la filiación. En tal sentido, diagnosticada una esterilidad irreversible masculina, la inseminación deberá ser heteróloga, en tanto requiere la dación de gametos masculinos de un tercero que posibiliten la fecundación de la mujer, no obstante, esta información no es identificatoria, salvo excepciones, menos aún filiatoria.

Aunque prohibida en algunos países, como es el caso de Italia³⁴, la dación de gametos masculinos ha encontrado una amplia receptación jurídica y se encuentra permitida en tantos otros, como por ejemplo Australia, Dinamarca, Estados Unidos, España, Francia³⁵, Gran Bretaña, Suiza³⁶, Noruega, México³⁷ y Suecia. Aunque los requisitos que se exigen a tal efecto varían de una legislación a la otra.

No parece justo negar a ciertos seres humanos el derecho a conocer quién es su padre

33 "El derecho a conocer el origen biológico del nacido por IAD, la investigación de esa relación genética, es un derecho inalienable innegable a quien tenga aquel origen, el primero y más natural por el mero hecho de haber nacido y uno de los derechos fundamentales de la persona. (...) Mas la determinación de esa relación genética, el conocimiento de la identidad –no solo meros datos fenotípicos o genotípicos– del donante de gameto responsable de la herencia genética del hijo, no significará ninguna relación jurídica. El donante de gameto identificado por este procedimiento, debe quedar desvinculado jurídicamente del ser que nazca de él, no solo en el sentido de que no se le pueda hacer reclamación alguna de paternidad/maternidad formal, y sus consecuencias jurídicas (alimentos, derechos sucesorios y demás), sino de cualquier otra reclamación o indemnización (por ejemplo, por haber contribuido causal y biológicamente al nacimiento y a una vida desgraciada), ni responsabilidad, salvo por ocultación dolosa o culpable de datos sobre su propia herencia biológica o taras similares (en cuyo caso operarían las reglas generales de responsabilidad)". RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Ob. cit., p. 161.

34 La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en esta parte del continente europeo se encuentra determinada por la ley de fecha 19 de febrero de 2004 denominada *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* (Normas en materia de reproducción asistida) la cual orienta –en esencia– la aplicación de las mismas como un medio terapéutico a las personas con problemas de fertilidad. En este país, la misma ley señala de manera explícita que la procreación medicamente asistida no es un método procreativo alternativo al natural, sino que es el último recurso terapéutico contra la esterilidad. Cabe hacer hincapié que en este país está prohibida la reproducción mediante fecundación heteróloga, tal y como lo dispone el artículo 4.3 de la misma ley: "Es prohibido el recurso a técnicas de procreación medicamente asistido de tipo heteróloga". En la actualidad Italia es uno de los países considerados más rígidos en materia de técnicas de reproducción. Un país que se adapta al continuo cambio en la legislación, que a tenor señala que: "Tras la aprobación de la ley las protestas fueron múltiples, tanto por los centros de RA como por los usuarios de estas técnicas. Se convocó un referéndum en el 2005 en el cual se hicieron 4 propuestas al pueblo italiano: permitir la investigación en células madre embrionarias, permitir la generación de más de tres embriones por ciclo de RA y su posterior crioconservación, permitir el DGP en casos medicamente indicados y finalmente permitir la donación de gametos. El voto a favor para estas propuestas eliminaría efectivamente la Ley 40 de los estatutos. Sin embargo, solamente se pronunció el 26% del electorado, no se alcanzó el quórum y el referéndum fue declarado inválido. En la investigación del fracaso del referéndum se evidencio no solamente el papel de los dirigentes políticos (manifiesta y públicamente en contra) sino también el papel de la Iglesia Católica Romana, que semanas antes de la convocatoria promulgo el eslogan 'no se vota sobre la vida', incitando al electorado a no acudir al referéndum". LOMBARDI RICCI, M. "La fecondazione eterologa". En: *Rivista de teologia morale*. N° 146, 2005, p. 183 y ss.

35 Francia cuenta con una legislación propia en el tema, el cual se encuentra ubicado en el título VII, sección IV del Código Civil francés, y que dispone de dos artículos. La legislación francesa no hace diferenciación entre la donación de gametos masculinos de los femeninos, ya que como dispone su artículo 311-20 "Los cónyuges o concubinos que, para procrear, recurrieran a una asistencia médica que necesite la intervención de un tercero donante, deberán previamente dar, en condiciones que garanticen el secreto, su consentimiento al juez o al notario, que les informara de las consecuencias de su acto con respeto a la filiación". En tal sentido, "En caso de reproducción asistida con un tercero donante, no podrá establecerse ningún vínculo de filiación entre el donante y el hijo nacido de la procreación", artículo 311-19 del Código Civil de ese país.

36 La Constitución suiza, tras la reforma de 1992, garantiza a toda persona el conocimiento de su origen, y esto se refleja en la Ley de Reproducción Asistida, que permite al nacido por IAD, a su mayoría de edad, obtener los datos sobre la identidad del donante. Así, el artículo 119 de la Constitución de la Confederación Helvética, garantiza el acceso de todas las personas a los datos relativos a su ascendencia. Esta previsión constitucional ha sido desarrollada por los artículos 24 y siguientes de Ley federal sobre Procreación medicamente asistida. La norma citada ordena al médico encargado de la fecundación asistida que transmita los datos del donante al Registro Civil tan pronto como tenga noticia de que ha tenido lugar el nacimiento, o en defecto de conocimiento, cuando haya transcurrido el plazo del periodo normal del embarazo. A la mayoría de edad, el nacido de semen donado puede obtener los datos relativos a la identidad del donante y de su aspecto físico.

37 En este país el instrumento legal que sirve para regular el tema de las técnicas de reproducción humana asistida es el Código Civil, en el cual, sobre la fecundación heteróloga señalan que no se dará a conocer la identidad del donante de gametos (no se especifica para qué casos; si varón o mujer) así como tampoco ello abrirá paso a la investigación de la paternidad. Así se dispone en su artículo 4.115 que: "En los casos en que la inseminación artificial se efectúe con esperma proveniente de bancos o instituciones legalmente autorizadas, no se dará a conocer el nombre del donante ni habrá lugar a investigación de la paternidad".

biológico. Un anonimato absoluto discrimina a los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida respecto de los nacidos por procreación natural³⁸. Estudios recientes en el campo de la genética humana muestran que la herencia biológica contribuye al menos tanto como la crianza a conformar los rasgos psíquicos de una persona y no solo sus rasgos físicos. En tales condiciones el anonimato del dador implica una fuerte restricción para el libre desarrollo de la personalidad del hijo.

Considero que lo más adecuado, sería que se expida una información no identificatoria, es decir, aquella que permite conocer simples datos genéticos sobre el dador. Cuando se trate de información identificatoria del dador esta debería tener más limitaciones, ameritando el presupuesto de una intervención judicial. “En suma, no se priva a la persona nacida mediante técnicas de reproducción humana asistida del derecho a conocer su origen genético; tiene la posibilidad de acceder a esa información, pero mediante un trámite judicial en el que deben encontrar protección los otros intereses involucrados –los del dador– todo a la luz del principio de proporcionalidad”³⁹.

En un plano estrictamente jurídico, el anonimato del dador es una construcción ad hoc que trata de salvaguardar intereses de las personas que intervienen en las actuaciones médico-biológicas de la reproducción asistida pero que impiden el ejercicio de derechos básicos del hijo, entre los mismos el Derecho a conocer su origen. En síntesis, 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, individual y socialmente; por tanto, también con su propia personalidad, a cuya definición y desarrollo contribuye desde sus primeros estadios y en el futuro.

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. No puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los dadores ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos, con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de estos.

Desde mi punto de vista, son muchas las razones que justifican este anonimato, y ello coincide con la postura adoptada, que establece una paternidad formal, confiere y legitima un vínculo de filiación basado en el consentimiento, en la voluntad, postergando el elemento biológico. Si se le considera padre a aquel que prestó su consentimiento, aunque no provenga de él el material genético, entonces, ¿Por qué querer establecer vínculos con quién, por un acto altruista, cedió su semen sin ninguna intención de tener un hijo?

¿Qué tiene mayor importancia? ¿Que el nacido tenga por padre a aquel con quien comparte

38 MORO ALMARAZ, María Jesús. Ob. cit., p. 109.

39 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora. “Filiación derivada de la reproducción asistida: Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”. En: *La Ley*. Año LXXVI, Buenos Aires, N° 189, octubre de 2012, p. 2. Las autoras se preguntan refiriéndose a la información identificatoria del dador “¿Por qué las mayores restricciones de la segunda? La razón es sencilla: si la donación no fuese anónima (el anonimato es la consecuencia de la restricción al acceso a la información identificatoria) no habría donantes. La limitación del derecho individual a conocer es, entonces, constitucionalmente válida a la luz del principio de proporcionalidad, dado que tiene en miras otro derecho que no solo ha permitido que esa persona pueda nacer, sino también que lo hagan otras personas. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora. Ob. cit., p. 2.

su genética? ¿Que el padre del nacido sea quien simplemente (digo simplemente porque no hay voluntad) aportó el elemento genético, o que el nacido tenga por padre a quien quiso traerlo al mundo no obstante sus impedimentos? Quien lo deseó y lo buscó a pesar de que genéticamente no pudiera concebirlo. ¿Debemos respetar y hacer predominar el vínculo genético por sobre todo, o debemos darle prioridad y relevancia a la voluntad? Además, y conforme a lo anterior, debemos preguntarnos: ¿Cómo se satisface “mejor” el fetiche del interés superior del niño? ¿Estableciendo el vínculo de filiación con quienes aportan el material genético, o con quienes lo han querido y buscado?

En nuestra realidad, el Código Civil mantiene algunas limitaciones legales para la determinación o investigación de la paternidad, por ejemplo, inimpugnabilidad de la filiación matrimonial (artículo 376), imposibilidad de reconocer al hijo de mujer casada (artículo 396), imposibilidad de investigar la paternidad de hijo de mujer casada (artículos 402-6 y 404) y otras limitaciones han sido derogadas, como las contenidas en los artículos 403 y 416.

No obstante, jurisprudencialmente⁴⁰ ya existen insinuaciones al reconocimiento del derecho a la identidad del menor y la enorme trascendencia que –potencialmente– podría tener en los supuestos de las técnicas de reproducción humana asistida para que el menor pueda –como considero– conocer sus propios orígenes genéticos.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

“El uso de las técnicas de reproducción asistida obliga a reformular los criterios tradicionales. La falta total o parcial de nexo biológico entre el nacido y “sus padres” no será óbice para considerarlos legalmente tales, si tuvieron voluntad procreacional”⁴¹. Dentro de un sistema jurídico, es la ley, artificial producto de los hombres, la que niega a la relación entre el dador y el nacido el carácter de relación-paterno filial, pues para la ciencia el dador es un progenitor. Ciertamente no al estilo clásico, pero progenitor. Es su semen, depositado tiempo atrás, el que puso en marcha la fecundación y con ella el embarazo y el parto. No obstante, cada día se va dejando de lado un criterio netamente biológico y se apertura –válidamente– a un aspecto social o voluntario de la filiación. La paternidad biológica derivada de la inseminación artificial heteróloga no debe confundirse –en ese sentido– con la paternidad socioafectiva.

No se concibe el tráfico de semen, ni gametos, y por ello no se admite la compraventa. Pero la dación y la compraventa coinciden en algo verdaderamente esencial: ambas implican una enajenación. El dador se desprende de algo que deja de ser suyo y pasa a estar a disposición de otros, quienes darán el destino que consideren oportuno, ergo, luego el dador pierde toda relación con lo cedido. Sin embargo, esta puede relativizarse para aspectos estrictamente necesarios.

El dador es un sujeto ajeno al proceso reproductor. Respecto a él, la paternidad ni siquiera

40 Caso especial es la declaración judicial de la paternidad del hijo de mujer casada. Ante esta situación se considera legalmente como requisitos previos para ello que el marido haya contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable lo cual impide el ejercicio del derecho constitucional a la identidad (artículo 2, inciso 1) cuya finalidad es buscar privilegiar en el menor el derecho a conocer sus propios orígenes biológicos y de llevar sus apellidos, de manera que probado el vínculo genético la verdad material debe dar paso a la verdad real, de allí el criterio de la Corte Suprema en el sentido que: “No existe razón objetiva y razonable que justifique en el presente caso la necesidad de se obtenga una sentencia previa en un proceso de negación de paternidad matrimonial, si se tiene en consideración lo irrefutable de la verdad biológica que establece la filiación extramatrimonial del demandado” (Exp. N° 1388-2010, Arequipa, Consulta. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República). Así las cosas, el derecho a la identidad se sobrepone a la presunción *pater est*, al principio de reserva de la paternidad matrimonial y al principio de la integridad familiar.

41 LEVY, Lea M. y IÑIGO, Delia B. “Identidad, filiación y reproducción humana asistida”. En: *Bioética y Derecho*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003, p. 270.

debería llegar a plantearse. De ahí que la equiparación subliminal dador-padre implica una confusión mayor debida a la conformación científica de la cultura. Tales circunstancias han de ser apreciadas siempre en el caso concreto.

Debemos aceptar la inseminación con dación de esperma y crear un Registro de Dadores y Receptores, supervisados por el Estado. De igual manera, regular la capacidad del dador con relación a la edad y ausencia de enfermedades hereditarias. Evidentemente, el conocimiento de la información, deberá

excluir cualquier acción de filiación en el futuro. Por ende, podría —excepcionalmente— revelarse la identidad del dador, por razones debidamente fundadas y evaluadas por la autoridad judicial.

Si se admite —y legitima— el dador, la sociedad no puede investirse de autoridad suficiente para privar a una persona del conocimiento de sus raíces biológicas y, lo que es más grave todavía, valiéndose de un engaño. Nada sólido es posible construir si yace en el cimiento de dichas uniones la ignorancia consciente de la verdad; vale decir, la ficción y la hipocresía.