

¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas

Por

Paula Siverino Bavio*

Sumario: 1. Introducción. 2. La sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en el caso 5003-2007. 3. Algunas cuestiones involucradas 3.1. Derechos reproductivos. 3.2. Infertilidad y fecundación in vitro. 3.3. Cuestiones éticas y legales derivadas de la fecundación in vitro. 3.4. La regulación legal en el Perú. 3.5. Fecundación heteróloga, identidad y filiación. 3.6. Algunas preguntas previas en relación con la filiación en este caso. 3.7. Identidad y filiación. 3.8. Derecho a la Identidad e identidad genética. 3.9. Caso C.M.S.E. c/ J.L.A. de O. y otro s/ impugnación de la maternidad. 4. Colofón.

1. Introducción

En el Perú, donde aún no han sido aprobadas leyes de salud sexual y reproductiva, educación sexual o aborto seguro, se han comenzado a hacer visibles las demandas por los derechos sexuales y reproductivos (DSYR). En los últimos dos años encontramos una serie de sentencias que impactan de manera directa en el reconocimiento, acceso y/o implementación de estos derechos. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional relativa a la anticoncepción oral de emergencia,¹ que comentamos en su momento,² y dos sentencias, una de enero del 2009³ y otra de

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Profesora titular de Derecho Civil I y de Bioética y Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú e Inca Garcilaso de la Vega.

¹ Expediente N° 02005-2009 PA/TC.

² Siverino Bavio, Paula. "El derrotero de la píldora del día después en el Perú. Algunos comentarios en torno de las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano sobre el particular", *Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia RAE Jurisprudencia*, T. 16, octubre de 2009, Año 2, ediciones Caballero Bustamante, Lima, Perú, p. 63-88.

³ Expediente 183515-2006-00113, sentencia del 6 de enero del 2009, Juzgado decimoquinto especializado de familia, Lima (impugnación de maternidad).

mediados del año 2008,⁴ que dirimen sendas impugnaciones de maternidad, han sentado pautas que creemos, vale la pena comentar.

Si bien las cuestiones actualmente más visibles relativas a los DSYR son aquellas vinculadas con el derecho a decidir sobre la propia capacidad reproductiva, la contracara del cuidado de la salud sexual y reproductiva de las mujeres obliga a reflexionar acerca del acceso a las técnicas de reproducción asistida. Y, si bien quizá aún menos debatido en nuestro medio, veremos que el camino hacia la maternidad no está exento de cuestionamientos y obstáculos legales. Muchos temas complejos subyacen a las sentencias bajo análisis, y, si bien las limitaciones de espacio no nos permitirán ahondar en ellas, intentaremos siquiera señalar cuestiones que percibimos como social, ética y legalmente relevantes, con cargo a profundizar algunos aspectos en trabajos posteriores.

2. La sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en el caso 5003-2007

El caso, una impugnación de maternidad, llega a la Corte vía recurso de casación, tras ser declarado improcedente en primera instancia, decisión refrendada por la Alzada. Ello por entender que la accionante (quien demanda en representación del supuesto interés legítimo de su hijo menor de edad, medio hermano de la menor cuya filiación es puesta en discusión) carece de legitimación procesal al no quedar acreditada la afectación sufrida por este menor por la maternidad cuestionada en relación con su media hermana (a quien no consta que conozca y con quien no convive). La Sala acepta el recurso por entender afectado el derecho a un debido proceso, interpretando que no es preciso probar afectación o daño, sino el interés en el esclarecimiento de la verdad biológica que tendría el medio hermano; y luego revierte el fallo, haciendo lugar a la pretensión con un decisorio breve (tres páginas), el cual, como veremos, genera una serie de cuestionamientos que vale la pena considerar.

Reproduciremos los hechos a fin de esclarecer si existe un interés legítimo para accionar.

La Sra. M.C.O.C., actuando en representación de su hijo O.F.Q.O., e invocando los artículos 45 y 399 del Código Civil, impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por la Sra. M.A.A.D. respecto de la menor A.B.A.D., argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta, para lo cual se utilizó el espermatozoide del esposo de la recurrente, el Sr. C.O.Q.C.,

⁴ Casación N° 5003-2007- Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, sentencia del 8 de mayo del 2008.

sin el consentimiento de este. Por ende, el menor O.F.O.Q. sería medio hermano por vía paterna de la menor A.B.A.D. La Sala de la Corte considera que la acreditación del vínculo filiatorio (en términos estrictamente genéticos) es elemento suficiente *“así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca sus intereses”* (considerando noveno) para dar por acreditada la legitimación del menor. Así, declara nula la resolución que declara improcedente la demanda y ordena que el juez de la causa expida nueva resolución estando a los considerandos precedentes, considerando acreditados los siguientes hechos:

- La Sra. M.A.A.D. se ha sometido a un proceso de fecundación in vitro, utilizando óvulos de una donante anónima y el espermatozoides del Sr. C.O.Q.C. (su anterior pareja sentimental), sin contar su consentimiento. Gestó y dio a luz a la niña A.B.A.D., la cual no es su *“hija biológica”*, lo cual queda en evidencia con la prueba del ADN.
- La maternidad es impugnada por la Sra. M.C.O.C. (actual esposa del Sr. C.O.Q.C.) en representación de su hijo menor de edad, por entender que la realidad biológica no coincide con la atribución de filiación materna de orden registral, afectando los derechos del menor, que de lo que intentaría es esclarecer la identidad de su media hermana;
- Que la fecundación heteróloga estaría vedada por el artículo 7 de la Ley General de Salud y que *“se vulnerarían los derechos fundamentales de la menor, entre ellos el derecho a la identidad”*.
- Habría una afectación evidente moral y psicológica del menor O.F.O.Q. *“a corto o largo plazo ocurrido por la misma realización del acto impugnado”*;
- La prueba del ADN vuelve evidente *“la falsedad de la relación materno filial”* siendo esta considerada *“ilegal, pues tal reconocimiento de maternidad le concede a la demandada derechos de patria potestad, tenencia y demás derechos inherentes a la sociedad paterno filial...”*

A su vez, es posible deducir

- Dado que la niña tiene un código genético que no coincide con el de la Sra. M.A.A.D. la gestación se produjo mediante fecundación in vitro, utilizando el espermatozoides del Sr. C.O.Q.C.;
- La donación de espermatozoides no fue anónima, ya que ello volvería virtualmente imposible identificar al donante del material genético;

- Si como se alega, el espermatozoides del Sr. C.O.Q.C. fue utilizado sin su consentimiento, ello pone en evidencia una grave falta ética y legal por parte de la clínica donde se realizó el procedimiento, el cual requiere consentimiento expreso de los progenitores, y de una conducta abusiva por parte de la Sra. M.A.A.D;
- En algún momento la Sra. M.A.A.D. contactó al Sr. C.O.Q.C. comunicándole que había dado luz a una niña y que ella sería genéticamente su hija, quizás con la finalidad de reclamar auxilio económico, revelando así su gestación a través de fecundación asistida;
- En algún momento previo al proceso, el Sr. C.O.Q.C. reconoce la filiación de la niña A.B.A.D., lo que permite luego a su esposa iniciar el reclamo respectivo a través del hijo de ambos;
- La condición de infértil de la Sra. M.A.A.D. fue conocida por la Sra. M.C.O.Q. gracias al Sr. C.O.Q.C., originando la denuncia, la que no hubiera sucedido si la Sra. M.C.O.Q. hubiera asumido, como era más plausible, que la niña fue producto de una relación sexual extramarital y no en cambio consecuencia de una fecundación heteróloga.

Al hacerse lugar al recurso, y sostener que se trataría de una “maternidad ilegal”, se abre un gran interrogante sobre el destino de la pequeña, la cual, al carecer de todo vínculo genético y jurídico con quien buscó su gestación, la prohijó y dio a luz (a nuestro entender, sin dudas, su madre), queda huérfana y vinculada legalmente solamente con su padre biológico y con la esposa de este, promotora de su desvinculación materna.

Entonces, ¿qué podría deducirse respecto de la legitimación procesal reclamada? Ello estaría directamente vinculado con cómo se responde a una pregunta esencial: ¿cuál es el fin valioso que persigue esta presentación judicial? Y por ende: ¿El interés invocado, es realmente el de un niño menor de edad, o es quizás el de quien lo representa? ¿Por qué no demanda el padre biológico? Indudablemente hubiera sido más sencillo acreditar el interés legítimo en ese supuesto.

Al respecto, por un lado se ha sostenido que: *“su interés es que ella (la menor) quede sin madre, y eso obviamente no la favorece, más aún si es que el óvulo a través del cual fue procreada la media hermana es de desconocido origen genético (...) si se demuestra que (el menor) tiene el interés de que su hermana se quede sin madre porque quiere realmente atribuirle la maternidad que le corresponde, allí sí se configura un interés legítimo, pero en el presente caso vemos que el fin es dejar a su hermana sin ningún tipo de relación maternal”*.⁵

⁵ Entrevista al Dr. Varsi Rospigliosi, Enrique, “La primera casación en materia de procreación asistida”, *Revista Jurídica del Perú*, N° 93, Normas Legales, Lima, noviembre de 2008, p. 16-17.

Desde la orilla contraria se ha dicho: *“se nos planteó la difícil tarea de recuperar la verdadera identidad y reunir en el legítimo seno familiar a una criatura, víctima de la ovodonación y ansias de maternidad ha sido apartada injustamente de sus derechos constitucionales a la identidad, a su integridad moral, física y psíquica y a su libre desarrollo y bienestar so pretexto de una maternidad no concedida por la naturaleza o a muy cuestionables derechos sexuales y reproductivos”*.⁶

Hemos descrito los hechos, que nos parecen bastante elocuentes, de modo que quien lea pueda formarse su opinión al respecto. Sin embargo, rescatamos la última línea de la opinión citada, representativa de una postura clara en torno de los derechos sexuales y reproductivos⁷ en general, y de las técnicas de fecundación asistida en particular. Estas posturas únicamente aprueban la maternidad “natural”,⁸ lo cual llevará en la demanda a sostener una imputación, que será luego acogida por el Colegiado: el que se estaría frente a una maternidad “ilegal”.

La lectura de esta breve pero compleja sentencia, nos obliga a preguntarnos acerca de en qué medida resultan respetados y protegidos los derechos de las mujeres en este tipo de casos.

3. Algunas cuestiones involucradas

En una enunciación no taxativa podemos mencionar a: la configuración de los derechos sexuales y reproductivos, y el derecho a acudir a técnicas de fecundación asistida para remediar la infertilidad; la valoración de estas técnicas; los problemas derivados de la fecundación heteróloga; la configuración de la maternidad en el contexto de las nuevas tecnologías reproductivas; el derecho a la identidad, la identidad genética y los peligros del reduccionismo genético; la necesidad de reconsiderar los patrones de evaluación de la prueba de ADN en los procesos filiatorios donde la gestación se logra mediante técnicas de fecundación asistida (particularmente la heteróloga).

Intentaremos simplemente dejar establecidos algunos puntos para la reflexión en torno de los aspectos que consideramos más ligados a las sentencia bajo examen.

⁶ González Cáceres, Alberto. “Cuando mi madre es un número, identidad genética e interés superior del niño, *Revista Jurídica del Perú*, N° 93, Normas Legales, Lima, noviembre 2008, p.25-6.

⁷ Reconocidos por el Tribunal Constitucional Peruano como derechos fundamentales que se desprenden del libre desarrollo de la personalidad

⁸ Cfr. Mujica, Jaris. *Economía política del cuerpo*, Lima, Centro de Promoción de los Derechos Sexuales y Reproductivos, 2007.

3.1. Derechos reproductivos

En orden a la brevedad nos remitimos a lo señalado en trabajos anteriores sobre la fundamentación y alcances de los derechos sexuales y reproductivos,⁹ repasando brevemente el contenido y concepto de los derechos reproductivos.

El derecho a la salud comprende la tutela y promoción de la salud sexual y reproductiva. No se concibe el logro de la salud integral de las personas sin el desarrollo pleno y armónico de su sexualidad. El humanismo laico asume que el mundo no tiene un orden preestablecido y son los hombres quienes pueden y deben dárselo mediante actos de voluntad que constantemente renuevan para mejorar el orden. Desde una óptica civil, laica y pluralista la procreación es un acto consciente y voluntario donde una persona o dos personas de manera conjunta deciden cambiar su vida para siempre y afrontar la maternidad/paternidad. Ser padre o madre forma parte de un proyecto de vida porque modifica la autobiografía. Y un acto tan esencial a la conformación de una persona como sujeto - en el marco de una sociedad civil y laica- no debiera, por imperativos formales u obstáculos materiales, ser decidido por el orden natural de las cosas (a menos que una persona, por sus respetables convicciones religiosas decida someterse a dicho orden).¹⁰

Los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número, espaciamiento y ocasión de tener hijos y de acceder a la información y los medios para hacerlo, así como el derecho de gozar del más alto estándar de salud sexual y reproductiva posible. Así también comprende el derecho a recibir orientación, atención integral y tratamiento técnico profesional durante el embarazo, parto, puerperio y lactancia; el derecho de las mujeres a no ser discriminadas en el trabajo o el estudio por razón de embarazo o maternidad; el derecho a acceder a orientación, consejería y tratamiento sobre cuestiones de infertilidad y enfermedades de transmisión sexual.

Básicamente implica el derecho de tomar decisiones concernientes a la reproducción libres de discriminación, coerción y violencia, pero debe tenerse presente que, en la discusión sobre el acceso a las técnicas de reproducción asistida, amén del derecho a la salud, también está involucrado el derecho

⁹ Siverino Bavio, Paula. "El derrotero de la píldora del día después en el Perú. Algunos comentarios..."; "*Apuntes sobre los derechos sexuales y reproductivos en el ordenamiento jurídico argentino*". *Bioética y derechos. Dilemas y paradigmas en el siglo XXI*, Arribere, Roberto (coord.), Buenos Aires, Cátedra Jurídica, 2008.

¹⁰ Gil Domínguez, Andrés. "Los derechos reproductivos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. En Bidart Campos y Gil Domínguez (dir.), Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 155.

a la intimidad, a formar una familia, y a beneficiarse de los adelantos de la tecnología.

3.2. Infertilidad y Fecundación in vitro

Las cuestiones en torno de la infertilidad son variadas y complejas. En la actualidad se estima que afecta a entre el 16 y el 20% de las parejas, alrededor de noventa y cuatro millones de personas en el mundo,¹¹ considerando que: “la infertilidad de pareja es la imposibilidad de lograr un embarazo después de un año de vida sexual activa, sin uso de anticonceptivos; incluyendo también el concepto la imposibilidad de concebir, la imposibilidad para albergar el feto y la de dar a luz a un niño vivo”.¹²

La infertilidad tiene causas y consecuencias múltiples según el género, los antecedentes sexuales, el estilo de vida, la sociedad y los antecedentes culturales de las personas involucradas.¹³ Las causas de la aumento de la prevalencia de la infertilidad son difíciles de determinar, pero hay autores que estiman que puede deberse hasta por cuatro factores: postergación del momento en el que se decide tener hijos; alteraciones de la calidad del semen debido al alcohol, el tabaquismo y factores ambientales; cambios en la conducta sexual¹⁴ y eliminación de la mayoría de los tabúes sobre la fertilidad, lo cual lleva a consultar más que antaño.¹⁵ En el caso de las mujeres, la infertilidad se presenta aproximadamente en un tercio de las mujeres que postergan la gestación hasta la tercera parte de los 30 años y la mitad de las mujeres que postergan la maternidad hasta después de los 40 años.¹⁶ Coinciden los autores en que la edad promedio a la cual la mujer busca quedar embarazada ha aumentado considerablemente en las últimas décadas; y es que el acceso a la educación superior, la necesidad e inquietudes vinculadas con el avance profesional y las

¹¹ Roa Meggo, Ysis. *La infertilidad en el Perú: nuevos criterios para un enfoque preventivo en salud pública*, Lima, Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres, 2009, p. 54.

¹² Op. cit., p. 57.

¹³ “Definición de Infertilidad”, *Revista Network*, Family Health International, Vol. 23, N° 2, 2004. <http://www.fhi.org/NR/rdonlyres/efcmawdspokjurnk44hgxdw7e3mikejre3euoibuddtpvwxbdb5wc4k6d2tjrvb3cmzlr7qc3cnoe/Snet233.pdf>, página visitada el 5 de febrero de 2010.

¹⁴ Las enfermedades de transmisión sexual son una de las principales causas prevenibles de infertilidad.

¹⁵ Bruno Olmedo, Santiago; Chilek, Claudio y Kopelman, Susana. “Definición y causas de la infertilidad”, *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, Vol. 54, N° 4, 2003, p.228. http://www.fecolsog.org/userfiles/file/revista/Revista_Vol54No4_Octubre_Diciembre_2003/v54n4a03.PDF, (acceso, 7 de febrero de 2010)

¹⁶ Roa Meggo, op. cit. p. 54.

exigencias laborales han llevado a postergar la maternidad hasta el momento en que la fertilidad empieza a declinar (pasados los 35 años); asimismo, el divorcio y la búsqueda de estabilidad con nuevas parejas implican esperar más tiempo antes de tomar la decisión de tener hijos.¹⁷

Sin embargo, en América Latina, el esquema de la mujer de clase media alta o alta que por motivos laborales o profesionales posterga la maternidad es el prevalente. Aquí, por el contrario, todavía se registran altos índices de infertilidad secundaria debido a malas condiciones de salud sexual y reproductiva (infecciones por abortos clandestinos y enfermedades de transmisión sexual) y a una actitud discriminadora hacia las mujeres en general y las mujeres pobres en situación de vulnerabilidad, en particular.¹⁸

Una opción frente a la infertilidad son las técnicas de reproducción asistida. Estas sin embargo tienen un alto costo emocional y económico, aunado a un porcentaje relativo de éxito y no son accesibles para todas las mujeres y/o parejas infértiles.¹⁹

Se denominan de manera genérica "reproducción asistida" a los diferentes procedimientos que en menor o mayor medida, pueden reemplazar o colaborar con uno o más pasos naturales del proceso de reproducción,²⁰ distinguiendo entre ellas técnicas de mediana y alta complejidad. Dentro de los procedimientos de alta complejidad, las más difundidas y a la vez, controvertidas, son la fertilización in Vitro (FIV), ICSI (inyección intracitoplasmática de gametos), y TOMI (transferencia de ovocitos microinyectados).²¹ Estos procedimientos serán de carácter homólogo, cuando el/los gametos utilizados pertenecen a la pareja. La fertilización será heteróloga cuando el material genético utilizado (óvulos o espermatozoides) provengan de un/a donante, que generalmente será anónimo/a. Las tasas de éxito de estos procedimientos son equiparables y oscilan entre un 40 a 45%, en las mejores condiciones.²²

¹⁷ Bruno Olmedo, Santiago; Chiliek, Claudio y Kopelman, Susana, p. 229

¹⁸ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. "Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina", Costa Rica, IIDH, 2008, p. 60.

¹⁹ Conforme Roa Meggo, un tratamiento de fecundación in vitro cuesta en torno de los \$3.500 y \$5.000 en el Perú, precio inaccesible para la mayoría de la población ya que un sueldo mínimo anual ronda los \$2.400 al año.

²⁰ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, "Reproducción asistida, género y derechos humanos" Documento redactado por Luna, Florencia, San José de Costa Rica, 2008, p. 12.

²¹ Celis, Alfredo (Presidente de la Sociedad Peruana de Fertilidad). "Fertilización asistida", comunicación personal del 23 de febrero de 2010.

²² Entendiéndose por mejores condiciones a una mujer infértil por debajo de los 30 años ya que las tasas de éxito dependen básicamente de la edad de la mujer, a mayor edad menos probabilidad de embarazo.

3.3. Cuestiones éticas y legales derivadas de la fecundación *in vitro*

Reflexionar sobre las técnicas de reproducción asistida implica estar dispuesto a tocar fibras sensibles en torno de situaciones generadoras de una cada vez más amplia gama de problemas de orden ético y legal, pero que también abren cuestionamientos de tipo social, los cuales, entre otros, plantean la aceptación de nuevos tipos en categorías antes indiscutibles y profundamente ligadas a la historicidad del sujeto, como son la maternidad y la paternidad, que ahora se ha fragmentado en genética, gestacional, social, legal; así como lleva a preguntarse por los límites de la intervención en la prefiguración, identidad y tendencias en la comprensión del ser humano como especie. A esto deben aunarse *“acendradas actitudes sociales (estereotipos de la maternidad y la virilidad), visiones divergentes sobre el rol de la mujer, la percepción positiva o negativa de la medicalización de ciertos procesos naturales. Se trata de un terreno con diferentes aristas de difícil abordaje”*.²³

Muchos conflictos y divergencias legislativas y jurisprudenciales en torno de este tema parten de la imposibilidad de conciliar las diferentes visiones relativas al estatuto ontológico del embrión,²⁴ y las derivaciones relativas a: la consideración de la legalidad o no de las técnicas, la crioconservación de embriones; la donación de gametas y las cuestiones en torno de la identidad de los niños nacidos por fecundación heteróloga; el diagnóstico preimplantatorio; la gestación de embriones histocompatibles con hermanos enfermos; el destino de los embriones supernumerarios; la cesión de embriones, entre otros problemas.

Se debate si la infertilidad debe o no ser considerada una enfermedad. Esto tiene consecuencias muy concretas, tales como la posibilidad de demandar del Estado o de servicios de medicina privada la cobertura de los tratamientos, que son altos, y privativos, por sus costos, para muchas personas. A las consideraciones técnicas deben sumarse las tensiones que se generan en torno de la pregunta de si en los países en vías de desarrollo debe considerarse que la fertilización asistida responde a necesidades particulares o debiera más bien ser admitida como una prioridad social, en el difícil contexto de las carencias de los sistemas públicos de salud y la lucha contra la desnutrición, la violencia y enfermedades relacionadas con la pobreza, así como las marcadas disparidades sociales.

La Asociación Médica Mundial ha dicho que *“la concepción asistida es distinta del tratamiento de una enfermedad, ya que la imposibilidad de ser padres, sin intervención médica no siempre es considerada una enfermedad. Aunque puede*

²³ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Reproducción asistida, género y derechos humanos”, Documento redactado por Luna, Florencia, San José de Costa Rica, 2008, p. 18.

²⁴ Siverino Bavio, Paula. “El derrotero de la anticoncepción...”.

tener profundas consecuencias psicosociales y médicas no es en sí limitante de la vida. Sin embargo es una importante causa de una enfermedad psicológica y su tratamiento es evidentemente médico".²⁵ Señala Luna que debe dirimirse si se estaría frente a personas que padecen una enfermedad o discapacidad, o por el contrario, de personas que funcionan como clientes y demandan un servicio.²⁶ Desde otro enfoque, una reciente y completa investigación en el medio peruano deduce que habría motivos suficientes para considerar a la infertilidad no solo una enfermedad, sino una que debería ser entendida como problema de salud pública.²⁷ Asimismo, análisis y estadísticas actuales han llevado a sostener que la infertilidad es una dolencia cuya tasa de prevalencia e incidencia creciente la han vuelto un problema de salud pública, especialmente en Europa y paulatinamente en algunos países centro y latinoamericanos.²⁸

3.3.1. Apuntes jurisprudenciales

En Argentina se ha ido perfilando una jurisprudencia que no solo ha considerado a la infertilidad una dolencia, sino que entiende que, dada la protección constitucional de la salud, el derecho a formar una familia y hasta la protección del interés superior del niño, los tratamientos respectivos deben ser cubiertos en su totalidad por los servicios de medicina prepaga y las obras sociales o mutuales, pese a que el Plan Médico Obligatorio no incluye a la fertilización asistida.

Un fallo de primera instancia de fines del año 2007 consideró que: *"La infertilidad debería ser considerada una enfermedad, porque puede originar depresión, ansiedad y angustia, que contaminan la vida de relación de la pareja". "Negarle el derecho a fundar una familia a esta pareja importa una discriminación para quien padece esta enfermedad. El hecho de que la infertilidad no figure como prestación reconocida por la obra social responde al hecho de no ser considerada como una enfermedad. Ello deriva de un concepto hoy holgadamente superado, que considera la salud como ausencia de enfermedad..."*²⁹

²⁵ Asociación Médica Mundial, "Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre las Técnicas de Reproducción Asistida", (Sudáfrica, octubre de 2006), artículo 6, disponible en <http://www.wma.net/s/policy/r3htm>, citado por IIDH, "Reproducción asistida, género y derechos humanos... p. 18)

²⁶ IIDH, op. cit., p. 18.

²⁷ Así, sostiene Roa Meggo que ya no sería suficiente utilizar solo los indicadores tradicionales para designar a una enfermedad como problema de salud pública, sino que deben estudiarse nuevos criterios como son: incidencia, cronicidad, impacto económico y psicosocial, condicionamientos culturales, proyección y tendencia de crecimiento.

²⁸ Roa Meggo, op. cit., p. 59.

²⁹ Sentencia del fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, jueza López Vergara, en *La Nación on line*, Información General, "Una obra social deberá pagar un tratamiento de fecundación", del martes 4 de diciembre de 2007, en <http://www.lanacion.com>.

La sentencia fue ratificada en segunda instancia.³⁰ Asimismo en Córdoba se condenó a dos obras sociales a la cobertura de los tratamientos considerando que la infertilidad es una enfermedad y más específicamente, una discapacidad. En otra sentencia del año 2008 ordenó a una obra social cubrir los gastos de “todos los intentos que sean necesarios hasta lograr un embarazo” de una pareja que había gastado todos sus ahorros en dos tratamientos previos fallidos.³¹ Este derecho se les ha reconocido recientemente a parejas del mismo sexo.³² Actualmente en Argentina, que no cuenta con una ley de reproducción asistida, se está haciendo una fuerte campaña para recolectar las 300.000 mil firmas a fin de que el Congreso apruebe la inclusión del tratamiento de la infertilidad en el Plan Médico Obligatorio.

Merece un comentario aparte una sentencia de fines del 2008. Aquí se trata de una pareja que tiene un hijo enfermo y solicitan la obra social le cubra el tratamiento de fertilización in vitro hasta lograr un embrión histocompatible que pueda ser donante de células progenitoras.³³ La Cámara Civil confirma el fallo de primera instancia que ordena a la obra social a cubrir la prestación y agrega que dado que habrán embriones sobrantes, debe garantizárseles sus derechos humanos, nombrándoseles un tutor ad hoc a tal efecto, y decretando que cualquier medida que se tome respecto de los embriones debe ser expresamente autorizada por el Poder Judicial, previa notificación al Ministerio Público. El Colegiado llega a una particular comprensión de la situación al entender que los embriones in vitro son sujetos de derecho, que el derecho a la salud del niño enfermo justifica plenamente la búsqueda de un embrión histocompatible y que esto, lejos de arrojar dudas sobre el procedimiento lo hace aún más imperativo; y que lo adecuado es preservar los embriones no compatibles mediante la crioconservación.

Debe tenerse presente que las técnicas de fertilización asistida han sido desde el inicio muy cuestionadas, ya que mientras para algunos representa un hito en la lucha contra la infertilidad, posibilitando a miles de personas acceder a formar una familia, para otras es una práctica inmoral, que desnaturaliza el acto unitivo conyugal y que instrumentaliza al ser humano, propiciando por

30 *La Nación on line*. <http://www.lanacion.com> noticia del 30 de mayo de 2008. “Ordenó la justicia tratar la infertilidad”. También ha habido sentencias positivas en Mar del Plata y Mendoza.

31 Noticia del 14 de junio de 2008, “Inédito fallo a favor de pareja que no puede tener hijos”, *Clarín digital*, <http://www.clarin.com> sección sociedad.

32 Noticia en <http://www.rpp.com>, el 28 de noviembre de 2009, “Lesbianas acceden a tratamiento de fertilización en Argentina”; se trató de una fertilización in vitro con ovodonación.

33 Sentencia de 1º instancia del Juzgado Federal N° 2, Secretaría 1, Mar del Plata (exp. 78.002), sentencia de alzada de fecha 29 de diciembre de 2008, Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata “...y otra c/ IOMA y/otra s/amparo”.

otra parte el aniquilamiento de miles de “pequeños seres humanos”. Ilustra este debate una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica que declaró inconstitucional el Reglamento para las Técnicas de Reproducción Asistida aprobado por Decreto 24029-S de 1995.

El Colegiado, al resolver el amparo que se le presenta, entiende que las técnicas de reproducción asistida atentan contra la vida y la dignidad del ser humano, dado que el embrión es persona desde la fecundación y estos procedimientos lo exponen a un riesgo desproporcionadamente alto de muerte. La técnica atenta en sí misma contra el derecho a la vida y no puede ser regulada ni mediante norma de rango legal.³⁴ Este pronunciamiento motivó una presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,³⁵ la cual en el año 2004 acogió parcialmente la pretensión al entender que esta disposición violaba el derecho a la intimidad, la salud, el derecho a formar una familia, y a no ser discriminado.

Se ha sostenido incluso que en el caso de la sentencia de la Corte Costarricense se estaría aplicando un doble estándar, priorizando evitar riesgos a los óvulos fecundados en detrimento de la situación de personas a las que se les impide la posibilidad de formar una familia.³⁶ Así y todo, no obstante los términos aparentemente terminantes de la sentencia de la Sala Constitucional, un Tribunal en lo Contencioso Administrativo ampara en octubre de 2008 una petición que obliga a la Caja Costarricense de Seguro Social a cubrir un tratamiento de fertilidad, por considerar a la infertilidad una “discapacidad reproductiva”, entendiéndolo que en la medida en que se propone fecundar en cada intento solo un óvulo, no se dan las condiciones de riesgo consideradas inadmisibles por la sentencia de la Sala Constitucional.³⁷

3.4. La regulación legal en el Perú

En el Perú, al igual que en la Argentina, no hay aún una ley de reproducción asistida. Sin embargo, existen numerosos centros privados que ofrecen tratamientos de reproducción asistida de alta y baja complejidad y se rigen básicamente mediante autorregulación, difiriendo en los tipos de tratamiento, los

³⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, Sentencia del 15 de marzo del 2000. Exp. 95-001734-0007-C0.

³⁵ Caso Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros c/ Costa Rica, petición 12.361.

³⁶ IIDH, “Reproducción asistida, género...”, p.78.

³⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, San José de Costa Rica, Proceso de Conocimiento, expediente N° 08-000178-1027-CA, “Ileana Henchoz Bolaños c/ Caja Costarricense de Seguro Social”, Sentencia del 15 de octubre de 2008.

costos y el enfoque de prácticas problemáticas. Se atiende a parejas casadas, unidas de hecho o a mujeres solas. Las clínicas que ofrecen tratamientos de alta complejidad incluyen tanto la posibilidad de acudir a la ovodonación, el diagnóstico preimplantatorio y la crioconservación de embriones. El sistema público de salud solamente brinda acceso a tratamientos de baja complejidad a parejas casadas o unidas de hecho.

La Ley General de Salud contiene un cuestionado artículo relativo a la reproducción asistida,³⁸ que dispone: *“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”*.

La norma considera que el recurrir a técnicas de reproducción asistida es un derecho (lo cual tiene importantes consecuencias). Asimismo, admite la fecundación heteróloga, con material genético masculino, pero exige que la condición de madre gestante y madre genética coincidan, excluyendo en principio la ovodonación. Lo que en un momento podía encontrar algún justificativo en las dificultades técnicas de la crioconservación de ovocitos, al haber sido estas superadas mediante la vitrificación y la crioconservación de tejido ovárico, pierde legitimidad.

Esta distinción, permitir utilizar material genético masculino y prohibir el uso de material genético femenino originaría una discriminación por razón de género, sobre todo teniendo en cuenta que en los casos de deficiencia ovárica el índice de éxitos de fertilizaciones con óvulos propios ronda el 20% mientras que con óvulos de donante este alcanza hasta un 70%; con lo cual prohibir la ovodonación equivale a negar la posibilidad de acceder a la maternidad. Por otro lado, si se pretende evitar los conflictos en torno de la identidad de un futuro infante la prohibición debería ser total, no justificándose la donación de espermatozoides.

Se ha alegado que la disposición pretende proscribir la maternidad subrogada. Si esa fuera la razón, la medida es ineficiente, ya que pueden coincidir madre genética y gestante en la subrogante, utilizando espermatozoides de un donante anónimo o del varón de la pareja. Más propio en todo caso sería establecer, de un lado, una clara prohibición de la maternidad subrogada, y por otro,

³⁸ Varsi Rospigliosi, Enrique; entrevista citada.

la determinación de la maternidad por el parto. Hay sin embargo, reciente jurisprudencia, que comentaremos, que considera perfectamente legal la maternidad subrogada.³⁹ Este artículo impide además la embriodonación, la cual puede dar alternativas a la adopción a parejas infértiles mediante tratamientos menos costos y que permitan la experiencia de la gestación, consolidando el vínculo filial y utilizando embriones congelados, evitando la generación de nuevos embriones supernumerarios.

Además, es muy cuestionable el requerimiento del consentimiento expreso de "los padres biológicos", ya que al admitir la donación de esperma (siendo este varón el padre biológico) se estaría exigiendo la presencia de un donante anónimo, que asumiría entonces, ¿obligaciones? en un curioso cuadro jurídico, que solo se entiende merced una errónea técnica legislativa, resultando conflictiva e inadecuada su aplicación literal.

En relación con la jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Constitucional peruano que prohibió la distribución gratuita de la píldora del día siguiente podría generar serias limitaciones al desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, ya que al interpretar que el óvulo fecundado es sujeto de derecho, ello impediría la crioconservación, el diagnóstico preimplantatorio y la producción de embriones supranumerarios.

3.5. Fecundación heteróloga, identidad y filiación

Como hemos explicado, la fecundación será heteróloga cuando se utilice material genético de sujetos ajenos a la pareja o de la mujer que busca el embarazo.

A ello se llega luego de un largo proceso con diferentes hitos, ya que si bien el deseo de controlar la natalidad mediante medidas contraceptivas está presente desde la antigüedad,⁴⁰ la aparición de los anticonceptivos orales en la década del sesenta permite por primera vez contar con un alto grado de certeza en este objetivo, provocando así la disociación del acto sexual de la procreación (sexualidad-procreación). Posteriormente se admitirá abiertamente el ejercicio de sexualidad fuera del matrimonio (considerado hasta entonces único espacio legítimo y legitimante de la sexualidad, sobre todo de la femenina) (sexualidad-matrimonio). Luego, las técnicas de reproducción asistida permitirán escindir la sexualidad de la corporeidad y originarán rupturas en el hasta entonces inevitable ligamen

³⁹ "C.M.S.A. c/ L.A.U.O. y otro s/ impugnación de maternidad", Decimoquinto Juzgado Especializado de Familia, sentencia del 6 de enero del 2009.

⁴⁰ Mc Laren, Angus. *Historia de los anticonceptivos*. Viviana Samudio (trad.), Madrid, Minerva Ediciones, 1993.

procreación-filiación, al introducir la donación de esperma y de óvulos; y escindirán además la gestación de la procreación y la filiación en el caso de la subrogación de vientres.

Esta disociación de conceptos hasta hace pocas décadas inseparables, que por otra parte involucran cuestiones profundas relativas a la historicidad e identidad humanas, así como de orden social, como son la definición de la maternidad, la paternidad y la determinación de la filiación, han llevado a establecer distinciones en categorías donde antes no se admitía esos matices: así hoy se habla de madre genética, madre gestante, madre social/legal.; padre genético, padre social/legal. Esto conllevará además situaciones complejas relativas a la tutela de la identidad del niño/a concebido producto de la fecundación heteróloga. Esta es una de las cuestiones principales respecto de la cual la Casación bajo examen nos interroga.

3.6. Algunas preguntas previas en relación con la filiación en este caso

En el contexto de los hechos del caso, y a los efectos de la determinación de la filiación paterna, cabría preguntarse si el Sr. C.O.Q.C podría haberse negado a reconocer a la niña, alegando que fue una inseminación que no contó con su consentimiento. Creemos que en favor de la identidad de la menor, al Sr. C.O.Q.C. en todo caso, podría habersele constreñido a reconocer la filiación, pero sin exigírsele las obligaciones económicas derivadas de la misma. Este razonamiento solo sería aplicable en casos de fecundación asistida, donde tratándose de una técnica que requiere para su consumación del expreso consentimiento procreacional y de actos humanos de orden técnico (a diferencia de la fecundación in vivo donde esta queda determinada por el azar y está implícita en la relación sexual, pero no es consecuencia necesaria de la misma). Al concretar una fecundación asistida no hay otro objetivo más allá de procrear un nuevo ser.

A su vez, la clínica podría haber sido encontrada responsable por haber realizado el procedimiento sin consentimiento del donante, el que se vio seriamente afectado al quedar ligado a una paternidad no buscada, y sujeta a multa por realizar procedimientos de ovodonación cuando de la lectura de la norma no parece deducirse que esta esté permitida.

Asimismo la Sra. M.A.A.D. podría haber sido condenada a reparar el daño producido por haber utilizado el semen de su ex pareja sin autorización para una fecundación asistida, porque se trató como mínimo de un acto abusivo. Pese a lo cual, entendemos que estas conductas no interfieren con la construcción de la maternidad y la tutela del bienestar de la menor. ¿Puede "anularse" la maternidad en el caso de una fertilización heteróloga

que se reputa irregular? ¿Es suficiente esta circunstancia para negar la maternidad hasta entonces buscada, ostentada y ejercida?⁴¹

Una observación adicional es que, curiosamente, el principio de interés superior del niño es invocado a favor del menor bajo cuya representación se inicia el proceso, pero no se contempla este principio como criterio para determinar la situación jurídica de la niña cuya maternidad se impugna, y quien es, sin duda, el sujeto más vulnerable del cuadro bajo examen. ¿Cómo se logra compatibilizar la defensa de los derechos de la niña con la impugnación de la maternidad?. Tal vez analizar la cuestión en a las normas referidas a la identidad ayude a la reflexión.

3.7. *Identidad y filiación*

Sin duda, pocos temas son tan actuales y capaces de despertar profundas reflexiones y polémicas, como los relacionados con la identidad. El derecho a la identidad conlleva el respeto a la autoconstrucción personal y al reconocimiento de dicha autoconstrucción. Es ser quien se es, un derecho a la verdad personal.⁴²

La Constitución del Perú contempla expresamente el derecho a la identidad en el artículo 2 inciso 1: *“ Toda persona tiene derecho: inciso 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar...”*. El Código de los Niños y Adolescentes estipula en su artículo 6: *“ El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a llevar sus apellidos. Tienen también el derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso que se produjera dicha alteración, sustitución o privación el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes, o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación”*.

41 Una referencia útil podría ser dada por la ley alemana de protección al embrión, la cual es bastante estricta en términos tutelares del embrión y, sin embargo, al contemplar las penas para las infracciones a la ley exime a la mujer sobre quien se practicaran las técnicas prohibidas de cualquier sanción.

42 Siverino Bavio, Paula. “Derecho a la identidad: aportes de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires a la reflexión peruana sobre el tema”, en AAVV, Calderón Puertas; Zapata Jaén, Agurto González (coord.). *Persona, Derecho y libertad. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009, pp. 157-186.

¿Es posible hablar en el caso bajo examen de una “maternidad ilegal”? Tal vez se perciba con más claridad la gravedad de esta imputación si la contrastamos con la situación de los niños sustraídos en la dictadura militar argentina (1976-82). Se trata de niños, hoy ya jóvenes treintañeros, que fueron secuestrados con sus madres o bien nacidos en cautiverio; se les suprimió su identidad y fueron entregados en adopción a personas en ocasiones cercanas al régimen militar responsable de la desaparición, tortura y muerte de sus verdaderos padres. Mientras que algunos fueron recuperados en la infancia, otros muchos descubrieron ya adultos su historia y su real identidad y en algunos casos, hasta se constituyeron en querellantes en las causas penales contra sus apropiadores. Fuera de toda duda, en estos casos estamos frente a una pretendida maternidad y paternidad ilegales, falsas y que además continuaron la perpetuación de un delito. ¿Es esta situación en algo comparable a la de una mujer que recurre a un óvulo donado para procurar un embarazo?

De vital importancia es, entonces, establecer quiénes son los padres de la menor.

El Sr. C.O.Q.C. es víctima del uso de su material genético sin autorización. En su caso no hubo voluntad procreacional, ni paternidad social, pero al haber un vínculo genético pudo ser reclamado y emplazado en su status legal.

La Sra. M.A.A.D. desencadena la situación. Es infértil, desea tener un hijo, recurre a la fertilización in vitro con óvulo de donante; gesta, alumbró, nutre y cría a la niña. Posee la voluntad procreacional, es la mujer gestante, asume la maternidad social y al dar a luz es emplazada legalmente como la madre. Solo carece del vínculo genético por no ser fértil. Para algunos, esto la excluye como madre. Contrario sensu, ¿debería asumirse que la madre de la pequeña sería la mujer que anónimamente, y con ánimo solidario y no procreacional, donó esos óvulos? En tal caso, ¿habría que contactarla para exigirle que asuma la maternidad de su “hija” abandonada? Esta pretensión es irracional. ¿Cómo sostener entonces la legitimidad de la maternidad por adopción, donde no hay ningún vínculo genético, biológico (gestacional) e inclusive social en muchos casos, hasta que se establezca el vínculo legal? En el caso de la Sra. M.A.A.D. el vínculo legal se determinó con el parto y posterior reconocimiento de la menor.

Si la “madre” genética es anónima y carente completamente al momento de donar óvulos de la intención de hacerse cargo del producto resultante de la fertilización (que desconoce si finalmente se concreta o no), y la madre gestante, que es además quien asume la maternidad social no es reconocida como la madre de la niña, ella quedará en una situación de orfandad irresoluble, que solo se superaría al ser adoptada. No comprendemos cómo esta situación ampara el interés superior de la niña, quien vivía al momento de la demanda en un entorno familiar que será desbaratado.

Más allá de las respetables opiniones de quienes rechazan la legitimidad de las técnicas de reproducción asistida (aceptadas por la ley peruana), en la actualidad hay consenso a nivel de doctrina, jurisprudencia y legislación en el Derecho Comparado, que los conceptos de “maternidad” y “paternidad” deben ser deconstruidos y reconstruidos, ya no bajo la luz de categorías normativas del siglo diecinueve, sino en atención a las nuevas y plurales formas de establecer lazos afectivos en las sociedades modernas, lo que incluye variados modelos de organización familiar y formas diferentes, más complejas, de determinación de la filiación, en una ampliada esfera de libertad para constituir relaciones familiares. En este esquema resulta vital para establecer la filiación, en el caso de la fecundación heteróloga la presencia de la voluntad procreacional y social: es decir, preguntarse quién decide buscar y asumir la maternidad, máxime cuando ha sido además la madre gestante, vínculo emocional y físico que en esta situación resulta determinante para emplazar la maternidad. Especialmente cuando no hay en el esquema otra mujer que reclame para sí la maternidad de la niña. Recordemos que la acción de impugnación de la maternidad surge para permitir desenmascarar suplantación del infante o simulación del parto, situaciones que no se dan aquí.

3.8. Derecho a la Identidad e identidad genética

La noción de “identidad genética” ha cobrado vital importancia con la decodificación del genoma humano. Se vincula de manera estrechísima con las nociones de integridad, confidencialidad y autodeterminación informativa, en la medida que nuestra “identidad genética” consiste en un conglomerado de información (datos genéticos) sensibles y valiosos, que deben ser protegidos, sea del conocimiento, acceso o utilización sin consentimiento por parte de terceros (para evitar el riesgo de la discriminación laboral, del sistema de salud, ventajas patrimoniales indebidas, etcétera). Cada individuo posee una configuración genética característica. Sin embargo, la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y conlleva además una dimensión de libertad.⁴³

Hablar de derecho a la identidad genética incluye situaciones de diversa índole,⁴⁴ entre ellas la determinación de la identidad de los nacidos como resultado de una fertilización heteróloga o bien de embriodonación.

⁴³ Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, artículo 3, UNESCO, 2003.

⁴⁴ La identificación del recién nacido y del binomio madre-hijo; b) el derecho a contar con una identificación legal (partida de nacimiento, documento nacional de identidad/pasaporte); c) el esclarecimiento de la filiación extramatrimonial y el derecho al nombre del niño; d) la tutela de la identidad genética en relación con la integridad, la confidencialidad y la autodeterminación//

Algunos autores han propuesto distinguir entre “identidad genética” e “identidad filiatoria”. La primera “se conformaría con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos, o sea, su genoma, a través del cual se establece la identidad propia e irrepetible de la persona. La identidad filiatoria en cambio, es un concepto jurídico. Es la que resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia con relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres”.⁴⁵

En países que han legislado las técnicas de fecundación asistida (no es el caso del Perú) se ha generado la controversia relativa a la tensión existente entre el derecho al anonimato del donante de material genético, y el derecho del niño(a) producto de una fecundación heteróloga a conocer su identidad genética, su origen. Mientras que el momento inicial de las regulaciones sobre el tema, en los años ochenta, la mayoría de las legislaciones vedaban la posibilidad de averiguar la identidad del donante de material genético, salvo casos excepcionales donde esta información sea vital para conservar la vida o la salud del niño(a), en la actualidad esta posición se está revertiendo. Así pues, legislaciones como las de Suecia (1985), Austria (1992), Holanda (2004), o el Reino Unido (2006), incluyeron normas que permiten el acceso a esta información al llegar a la mayoría de edad. Según se reseña, hasta el año 2007 eran 18 los países con estas legislaciones; mientras que Noruega (1985) y España (1996) legislaron el anonimato. En los países sin regulación prima el total anonimato.

En los países que permiten el acceso a la información, esto ha llevado a la drástica disminución de los donantes de gametas sexuales, generando que muchas mujeres viajen al extranjero a realizarse procedimientos así como a optar por la importación de esperma.⁴⁶ Pero además ha dado lugar a otro tipo de consecuencias legales, tales como derechos de visita, deberes alimentarios, etc.⁴⁷

///informativa, la cual incluiría las prohibiciones relacionadas con las modificaciones no consentidas o no seguras del patrimonio genético; d) la identidad genética relacionada con la definición del ser humano y la tutela de las instancias tempranas del desarrollo embrionario; e) la manipulación genética relacionada con la clonación reproductiva; f) el derecho a la identidad del menor nacido de una inseminación artificial heteróloga; g) la identidad genética y el derecho a la verdad.

⁴⁵ Zannoni, Eduardo. *Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 320, citado por Levy, Lea e Iñigo, Delia, “Identidad, filiación y reproducción humana asistida” en *Bioética y Derecho*, Bergel-Minsky (coord.). Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 260.

⁴⁶ Noticia “Disminuyen drásticamente los donantes de esperma en Gran Bretaña” <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/donacion-de-ovulos-y-espermatozoides/embarazada/donaciones-de-semen-reino-unido/> (acceso: 15 de febrero de 2010)

⁴⁷ Noticia “La falta de anonimato de las donaciones de semen en Irlanda permite a un donante///

En estas legislaciones, la fertilización heteróloga (y entendemos que eventualmente la muy reciente donación de embriones) es manejada bajo similares principios que rigen la adopción, donde al alcanzar la mayoría de edad, el/la joven tiene el derecho de tener acceso a los datos de sus progenitores genéticos, en resguardo de su derecho a conocer su origen biológico. Pero, a diferencia del caso de la adopción, en la casi totalidad de los embarazos logrados mediante fertilización heteróloga, este dato es mantenido en secreto por la pareja. Según Luna, esta tendencia se explica por provenir de un modelo medicalizado,⁴⁸ y la existencia de ciertos prejuicios y temores.

Este manejo de la situación, si bien humanamente comprensible, es discutible, más aún considerando que en el contexto la proliferación y fácil acceso a las pruebas de ADN puede resultar una actitud anacrónica, y posiblemente deba ser reconsiderada.^{49 50} Si bien, como en el caso de la adopción, la revelación del origen biológico es un delicado tema a manejar en el seno familiar, creemos que en el caso de embriodonación y donación de gametas debiera reflexionarse sobre la pertinencia de utilizar parámetros semejantes, dado que implican la revelación de una verdad relativa al origen biológico que puede ser importante para la consolidación de la identidad del/la involucrada. Brindar la información adecuada conlleva respetar el derecho a identidad y a la verdad biológica de aquel/la concebido a través de técnicas como las mencionadas.

//tener derecho a visitar a su hijo biológico", <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida-donacion-de-ovulos-y-espermatozoides/embarazada/la-falta-de-anonimato-de-las-donaciones-de-semen-en-irlanda-permite-a-un-donante-tener-derecho-a-visitar-a-su-hijo-biologico/> (acceso: 13 de marzo de 2010). El Tribunal Supremo irlandés autorizó a un hombre que donó su semen a una pareja de lesbianas a que pueda visitar a su hijo de forma regular; el hombre había donado su semen a un par de conocidas con la condición de estar integrado a su vida familiar, con el tratamiento de "fío", al año del nacimiento la pareja decidió mudarse a Australia y él inició una batalla legal para conseguir derecho de visita. Esta decisión se basó en que según los magistrados, una pareja del mismo sexo no formar una familia en Irlanda y la influencia del padre podría ser benéfica para el hijo. Noticia "Un donante de esperma obligado a mantener a su hijo biológico" citado por Varsi, Enrique, "Persona, genética y Derecho", p. 199 en <http://issuu.com/evarsi/docs/varsicap7> (acceso: 20 de febrero de 2010).

⁴⁸ IIDH, "Reproducción asistida...", p. 40.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Noticia "Por internet, un chico inglés encontró a su padre, un donante de esperma". En <http://www.xenealoxia.org/xenetica/647-localiza%20al%20donante%20de%20esperma> (acceso el 10 de diciembre de 2009). El adolescente mandó a hacer análisis genéticos de una muestra de su saliva, que tomó del interior de su mejilla y recurrió luego a sitios de Internet que rastrean la genealogía de las personas en base a sus datos genéticos para poder así dar con su padre biológico.

Este enfoque demandará una profunda reflexión en la administración de las técnicas, donde debiera ponerse a disposición acompañamiento psicológico para los involucrados, ya que la opción por la donación de material genético o la embriodonación implicará la elaboración de un duelo en la mujer y/o la pareja similar al que atraviesan las personas que buscan adoptar, al aceptar que el hijo a buscar no será biológicamente propio y que esto deberá ser enfrentado en algún momento, con los lógicos temores de los efectos que dicha revelación puede generar en el menor y el entorno familiar.

Dos palabras finalmente sobre las pruebas genéticas. Sin duda la incorporación de las pruebas de ADN en los procesos filiatorios significó un gran avance respecto de la posibilidad de determinar la filiación (y resguardar la identidad), particularmente en casos donde, generalmente el varón, pretendía eludir su responsabilidad en el reconocimiento y manutención de sus hijos extramatrimoniales. En el caso argentino ha permitido el esclarecimiento de delitos de lesa humanidad y el acceso de la verdad de más cien menores que fueron apropiados y a los que se suprimió su identidad. Pero, como se advierte, la biologización judicial de la paternidad no debe tomarse como premisa fundamental ni única.⁵¹ Ante el avance de las tecnologías reproductivas es preciso contemplar las particularidades que pueden generarse en un proceso como el que hemos estado analizando; y si estamos ante el caso de esclarecer la filiación de una menor que fue generada mediando una fertilización heteróloga, no debiera valorarse la prueba de ADN como determinante para atribuir una maternidad o paternidad, construida como vimos sobre otras bases, y donde confluyen elementos diversos, ya que este resultado si bien aportaría un dato de orden genético, no equivaldría a esclarecer la verdadera identidad.

Lúcidamente se ha advertido sobre el riesgo del reduccionismo genético merced los mecanismos de construcción del biopoder en la sociedad posmoderna: *“Vemos ahora toda una mística ligada a los genes... así como la sangre en las sociedades medievales y el sexo en el mundo industrial, hoy cabe a los genes determinar “lo que es cada uno”, porque el código genético constituye la clave de la revelación “que trae todo la luz”... el rol de significante único y significado universal...”*⁵²

La prueba de ADN es un instrumento, una de las maneras de acreditar la filiación (que en la mayoría de los casos resultará ser la conclusiva) y el juez tiene libertad para poder otorgarle el valor que dicha prueba tendrá en el caso

⁵¹ Varsi Rospigliosi, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*, Lima, Grijley, 2004, p. 148.

⁵² Sibila, Paula. *El hombre postorgánico, cuerpo subjetividad y tecnologías digitales*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, p. 233-4.

concreto. Pero no es la única, ni “obliga” como un mandato inexorable. Un ser humano es una historia que incluye a sus genes pero no se reduce a estos. La identidad es ser quien uno es, contemplando las particulares circunstancias que rodearon nuestro origen, no negándolas. Una niña concebida mediante una fecundación heteróloga no es huérfana, ni es hija de una donante anónima: su verdad personal es que tiene una madre que la deseó, gestó y dio a luz, pero de quien no heredará sus ojos, ni su facilidad para la aritmética; y cuando tenga edad para procesarlo adecuadamente, tiene derecho a saber que no es su hija en términos biológicos.

3.9. Caso C.M.S.E. c/ J.L.A. de O. y otro s/ impugnación de la maternidad

Este caso, resuelto en primera instancia en enero de 2009 por el décimo quinto juzgado de familia de Lima,⁵³ da cuenta de una impugnación de maternidad que reconoce su origen en una subrogación de vientre.

Los hechos son los siguientes: la señora C.M.S.E. y su esposo desean tener hijos, pero cuando ella consulta a su médico este le informa que, debido a que la señora C.M.S.E. padece insuficiencia renal e hipertensión arterial, un embarazo pondría en riesgo su vida. Es en ese contexto que los esposos deciden recurrir a la fecundación in vitro, utilizando su propio material genético, y contando además con la madre de la señora C.M.S.E., la Sra. J.L.A. de O., quien lleva adelante la gestación de su nieta. Al nacer la niña D., es anotada en la Clínica Miraflores como hija de la Sra. J.L.A. de O. y su yerno, el padre de la pequeña. Debido a ello, la madre genética interpone una acción de impugnación de la maternidad. La jueza de la causa reconocerá entonces que si bien en principio la accionante no estaría legitimada, en la medida que la impugnación de la maternidad procedería en caso de suplantación del hijo o simulación del parto, considera que, dado que media una fecundación in vitro, el concepto tradicional de maternidad resulta obsoleto, y el derecho genético “*crea nuevos conceptos de maternidad y por ende representa un problema jurídico con diferentes matices, cuya regulación legal resulta insoslayable para armonizar las relaciones humanas en la sociedad*”.

Es en ese contexto que la jueza ordena, a fin de determinar con certeza la maternidad de la niña, una prueba de ADN. Siendo esta prueba favorable para la señora. C.S.M.E., la juzgadora responsable de este proceso se pregunta quién debe ser aquí emplazada como madre: la madre genética o la gestante. La magistrada considera que no existe prohibición respecto de la maternidad subrogada, y por ende, se trata de una conducta lícita; y además, que la

⁵³ Expediente N° 183515-2006-00113.

determinación de la filiación biológica, sumada al acto altruista y amoroso de la abuela de gestar a la nieta en favor de su hija y su yerno, se define a favor de la madre genética, la señora C.S.M.E. En mérito a ello, hace lugar a la acción.

En esta ocasión, recurrir como "criterio de verdad" a la prueba de ADN tuvo un final feliz, pero cabría preguntarse a qué solución se hubiese arribado si la señora C.S.M.E. hubiera padecido alguna patología que le impedía aportar el óvulo y hubiese recurrido tanto a la ovodonación o la embriodonación como a la maternidad subrogada.

Sin embargo, este caso tiene un giro inesperado. Enterada la jueza en el curso del proceso que de la fecundación in vitro se lograron seis embriones, de los cuales se implantaron tres y se crioconservaron los otros tres, interpreta que en el ordenamiento jurídico peruano la única solución válida, ética y legalmente -dado que estaríamos frente a sujetos de derecho desde la fecundación- dispondría el uso de los embriones por la propia mujer y su pareja. La defensa de la dignidad del embrión extrauterino como sujeto de derecho exige entonces en opinión de la jueza que se tomen las medidas adecuadas para "*hacer efectivo su derecho a la vida, que tiene todo concebido en su calidad de niño*". Por ello la magistrada ordena que, en el curso de dos años desde la sentencia, los justiciables hagan efectivo el derecho a la vida de los embriones congelados, gestándolos por sí o mediante subrogación de vientre sin fines de lucro. En caso de no cumplir lo antedicho, el Ministerio Público les iniciará un proceso de abandono de los embriones y dispondrá su adopción por padres sustitutos

Es difícil soslayar el impacto que nos provocó la lectura de la sentencia al llegar a esta parte. Hemos comentado en más de una oportunidad nuestra posición respecto a la vida embrionaria en sus etapas iniciales y la atribución de personalidad jurídica,⁵⁴ tema, somos conscientes, hartó complejo y polémico. Sin embargo, el obligar a una mujer enferma a gestar por sí o bien buscar quien geste por ella, a tres óvulos fecundados crioconservados, y poner a tal fin un plazo perentorio de dos años, bajo amenaza de iniciarle a ella y su esposo un proceso por abandono de menores es ir demasiado lejos... ¿Dónde queda el derecho a elegir el número y espacio entre los hijos? ¿Dónde su derecho a la integridad, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad? ¿De qué manera se respeta su dignidad al convertirla a ella a riesgo de su vida, o bien a una tercera mujer, con el coste físico y emocional que una maternidad subrogada conlleva, en una incubadora?

⁵⁴ Siverino Bavio, Paula. "El derrotero...", y en "El derecho a la identidad personal: manifestaciones y perspectivas", en AAVV. *Derechos fundamentales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2010.

Creemos que en este punto la sentencia abre un peligroso e indeseable camino, de muy dudosa constitucionalidad y que cosifica y vulnera la dignidad de las mujeres.

4. Colofón

Las cuestiones que hemos intentado delinear son complejas y susceptibles de generar polémica. Sin embargo, la realidad avanza, más allá de que contemos o no con instrumentos jurídicos adecuados para evaluar estas nuevas situaciones, que, lejos de pertenecer al reino de la ficción, ya han llegado a los tribunales.

Reiteramos entonces nuestra convicción acerca que temas tan sensibles como los relativos a las manifestaciones del derecho a la identidad exigen un abordaje interdisciplinario, recreador de la interpretación de normas que, en la mayoría de los casos, no fueron pensadas para regular supuestos como lo que nos imponen los actuales desarrollos tecnológicos o sociales.

Ojalá progresivamente puedan entonces irse consolidando posiciones que atiendan debidamente estas nuevas situaciones, sin descuidar el rol de las mujeres como plenos sujetos de derecho, protagonistas de la Historia y de sus propias vidas.