

quaestio iuris

Hacia la regulación del anonimato del
cedente de gametos en las técnicas de
reproducción humana asistida en el Perú



Hacia la regulación del anonimato del cedente de gametos en las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú

Towards the regulation of the anonymity of the gamete donor in assisted human reproduction techniques in Peru

ROMERO MENDOZA, Joel(*)

Recibido el 3.6.2024

Evaluado el 10.7.2024

Publicado el 26.8.2024

Sumario

I. Introducción. II. Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas y la filiación. III. Anonimato del cedente de gametos en las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas. 3.1. Razones a favor del anonimato del cedente de gametos. 3.2. Razones en contra del anonimato del cedente de gametos. IV. Derecho de las personas fecundadas mediante técnicas de reproducción humana asistida heterólogas a conocer su origen biológico. 4.1 Razones por las cuales debe primar el derecho del hijo a conocer su origen biológico. V. Anonimato relativo del cedente de gametos en las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas. VI. Conclusiones. VII. Lista de Referencias.

Resumen

El presente artículo busca reflexionar acerca de la necesidad de regular en el Perú las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y sobre todo las técnicas heterólogas, en donde interviene un tercero como cedente de gametos, con la finalidad de no vulnerar, por un lado, el derecho del hijo a conocer su origen biológico, y por otro lado, el derecho de dicho cedente a su intimidad personal; para lo cual es necesario establecer algunos lineamientos a nivel constitucional y legal como: determinación de la filiación, anonimato del cedente de gametos, condiciones para ser cedente de gametos, número de hijos por cada cedente de gametos, revelación al hijo sobre su origen biológico, entre otros. Consideramos que en nuestro país debe

(*) Abogado y Maestro en Ciencias con Mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca; Doctor en Derecho; Docente de pregrado y posgrado en la Universidad Nacional de Cajamarca. Cajamarca, República del Perú. Correo electrónico: jromerom@unc.edu.pe. Código ORCID n.º: 0000-0002-5303-3127.



regularse el anonimato relativo del cedente de gametos, con la finalidad de no vulnerar su derecho a la intimidad personal ni tampoco el derecho del hijo a conocer su origen biológico, teniendo la posibilidad de acceder a información general del mencionado cedente; siendo indispensable establecer, además, la obligatoriedad de los padres legales de revelar al hijo su origen biológico a determinada edad. Para ello, se va a tratar sobre las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas y la filiación; el anonimato del cedente de gametos, así como las razones a favor y en contra de dicho anonimato; el derecho de las personas fecundadas mediante técnicas heterólogas a conocer su origen biológico; y finalmente el anonimato relativo del cedente de gametos.

Palabras claves

Procreación asistida, fecundación humana heteróloga, derecho a la intimidad, derecho a la identidad personal, anonimato del cedente de gametos, derecho a conocer el origen biológico.

Abstract

This article seeks to reflect on the need to regulate Assisted Human Reproduction Techniques in Peru, and especially heterologous techniques, where a third party intervenes as transferor of genetic material, in order not to violate the right of the child to know his biological origin, or the right of the transferors to their personal privacy; for which constitutional and legal guidelines must be established such as: determination of filiation, anonymity of the transferor of gametes, conditions to be transferor of gametes, number of children for each transferor of gametes, disclosure to the child about his biological origin, among others. We consider that in our country the relative anonymity of the transferor of gametes should be regulated, in order not to violate their right to personal privacy, or the right of the child to know their biological origin, having the possibility of accessing general information about the aforementioned assignor; It is also necessary to establish the obligation of legal parents to reveal their biological origin to their child at a certain age. To do this we are going to study, heterologous assisted human reproduction techniques and parentage; the anonymity of the transfer of gametes, and within this topic the reasons in favor and against of the anonymity of gamete donors; the right of people to know their biological origin; and finally the relative anonymity of the gamete transferor in heterologous assisted human reproduction techniques.

Key words

Assisted procreation, heterologous human fertilization, right to privacy, right to personal identity, anonymity of the transferor of



gametes, right to know the biological origin.

I. Introducción

El progreso científico en el mundo hace imprescindible que los países regulen las distintas situaciones jurídicas que se presentan en la sociedad, siempre sobre la base de la protección de la vida y la dignidad de las personas humanas.

El alto porcentaje de infertilidad en el mundo justifica el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA); sin embargo, se hace necesario establecer principios rectores a nivel constitucional y una regulación especial de las mencionadas técnicas, con la finalidad de no desnaturalizar su uso ni vulnerar los derechos fundamentales de las personas involucradas en procedimientos de procreación humana asistida.

La Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) en el informe denominado: “Infertility prevalence estimates, 1990-2021”¹, estima que en el mundo 1 de cada 6 personas se ve afectada por la imposibilidad de tener un hijo en algún momento de su vida; y la prevalencia general agrupada de infertilidad de las personas adultas a lo largo de su vida fue del 17.5% (World Health Organization, 2023).

Las TRHA en sus dos modalidades: homóloga y heteróloga, son procedimientos médicos utilizados para facilitar el embarazo de las mujeres cuando las parejas tienen problemas de infertilidad; sin embargo, su uso no es exclusivo de parejas heterosexuales, sino también de personas homosexuales o solteras.

Cabe destacar que en el caso de las técnicas homólogas coincide la paternidad o maternidad biológica con la legal; sin embargo, no sucede lo mismo con las técnicas heterólogas en donde interviene un tercero como cedente de gametos (espermatozoide, en el caso del varón y, óvulo, en el caso de la mujer); de ahí que, se hace imprescindible una regulación de las TRHA que garantice el derecho del hijo fecundado mediante dichas técnicas a conocer su origen biológico.

En nuestro país, la Ley General de Salud, Ley n.º 26846, únicamente establece lineamientos básicos respecto al uso de las TRHA, que son insuficientes para garantizar el derecho del hijo a conocer su origen biológico. Así tenemos que, el artículo 7 de la citada ley señala:

¹La OMS indica que se desarrolló una estrategia de búsqueda para identificar estudios que informaran sobre la prevalencia de la infertilidad entre los años 1990 y 2021.



80

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

De manera que, la falta de una regulación adecuada en el Perú sobre el uso de las TRHA y sobre todo de las técnicas heterólogas, ocasiona un conflicto jurídico entre el derecho del hijo a conocer su origen biológico y el derecho del cedente de gametos a su intimidad personal, por lo cual, deben establecerse principios constitucionales rectores y una regulación especial con lineamientos claros para no vulnerar los derechos en mención, como por ejemplo, la Entidad que controla el uso de las TRHA, el registro de los cedentes de gametos, las condiciones para ser cedente de gametos, el anonimato o no de los cedentes de gametos, la determinación de la filiación, la obligatoriedad o no de los padres legales de informarle al hijo sobre su origen biológico, entre otros.

II. Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas y la filiación

Para empezar, debemos entender a las TRHA como procedimientos alternativos de reproducción humana con asistencia médica, que son utilizados para lograr el embarazo de una mujer cuando existe algún problema de infertilidad en una pareja, pudiendo utilizarse también para satisfacer el deseo de paternidad o maternidad de las personas, sin que exista necesariamente algún problema de infertilidad.

Consideramos que las TRHA deben ser utilizadas únicamente cuando una pareja tiene problemas de infertilidad y no en otros casos, ya que debe darse preferencia a los derechos del hijo fecundado que se encuentra en estado de vulnerabilidad.

Varsi (2010), señala: “La futura legislación debe tener en cuenta los siguientes principios: Proteger al concebido y a la persona y permitir la fecundación asistida solo como un remedio a la infertilidad. (...)” (p. 249)

Las TRHA pueden clasificarse en técnicas intracorpóreas² y extracorpóreas³.



81

La fecundación a través de TRHA puede ser homóloga (cuando la fecundación se realiza con gametos de los cónyuges, convivientes o parejas estables), o heteróloga (cuando la fecundación se realiza con gametos de terceros ajenos a los cónyuges, convivientes o parejas estables). El material genético que se puede utilizar para las mencionadas técnicas puede ser de los esposos, convivientes o parejas estables; de un tercero ajeno a estos; y mixta, en donde se utiliza material genético de dos o más varones.

Ahora bien, las TRHA homólogas pueden ayudar a parejas con problemas de infertilidad a formar una familia; sin embargo, las técnicas heterólogas han significado cambiar la noción tradicional en occidente de la familia clásica biparental compuesta por un hombre, una mujer y su descendencia biológica, al intervenir un tercero como cedente de gametos.

Bladilo, de la Torre y Herrera (2017) indican: "(...) la reproducción asistida coloca en crisis los ordenamientos jurídicos clásicos, fundados en la heteronormatividad y en el binarismo como ejes centrales del derecho filial." (p. 12)

Además, se debe evitar que el uso de las TRHA se convierta en un servicio libre utilizado por los centros de salud privados para beneficiarse económicamente, en perjuicio de los derechos de los hijos fecundados mediante dichas técnicas.

Luna (2008), señala:

(...) uno de los puntos en cuestión es si se trata de un "tratamiento médico" o de un "servicio", esto es, si estamos frente a personas padeciendo una enfermedad o discapacidad o de personas que funcionan como clientes y demandan un servicio para cumplir con el deseo de paternidad o maternidad. (p. 18)

En cuanto a la filiación, desde un punto de vista estricto puede definirse como aquel vínculo jurídico entre un hijo o hija con su padre o madre, del cual se generan derechos, deberes y obligaciones entre ellos.

²Estas técnicas abarcan a todos aquellos métodos en donde el proceso de fecundación o fertilización del óvulo u ovocito por el espermatozoide se efectúa en el interior del aparato reproductor femenino, y se clasifican en: 1) Inseminación artificial, 2) Inseminación intrauterina directa, 3) Inseminación intraperitoneal, y 4) Transferencia intraperitoneal de espermatozoides y ovocitos. (Santamaría, 2000)

³Estas técnicas abarcan a todas aquellas modalidades en las que la fecundación se produce en el exterior del tracto reproductor femenino, y se clasifican desde el punto de vista metodológico en: 1) Técnicas sin micromanipulación de gametos: Fecundación In-Vitro con transferencia de embriones, 2) Técnicas con micromanipulación de gametos: Inserción subzonal de espermatozoides, e Inyección intracitoplásmica de espermatozoides. (Santamaría, 2000)



82

La filiación puede derivarse de forma natural, cuando los padres tienen un vínculo biológico con sus hijos; y de forma no natural, cuando no existe un vínculo biológico entre ellos, sino la voluntad de los padres de tener esa condición como en el caso de la adopción y el uso de las TRHA heterólogas.

Es evidente que, en el caso de las TRHA heterólogas por la intervención de un tercero como cedente de gametos, existirá una filiación biológica y otra legal del hijo o hija con sus padres, por lo que es necesario regular la determinación de la filiación para este tipo de fecundación.

Varsi (2013), manifiesta:

El fin de las técnicas de reproducción asistida es permitir descendencia a las parejas estériles, por lo que debe estar acompañada de un sistema de atribución de la filiación eficiente, que no imponga sino que construya la filiación de los concebidos y nacidos por estos medios. (p. 567)

Respecto a la intervención de un tercero como cedente de gametos en las TRHA heterólogas, debemos entender que tiene como sustento los derechos reproductivos, así como el derecho a la igualdad y el derecho a la libertad.

Por su parte, Varsi (2013), indica que la cesión de material genético por parte del cedente de gametos encuentra su fundamento en la libre disposición de los derechos de las personas, el derecho de fundar una familia, el derecho a procrear, la libertad y la igualdad.

Si bien es cierto, el cedente de gametos tiene algunos derechos que le facultan a intervenir como tercero en un procedimiento de procreación humana asistida, estos derechos no son absolutos y tienen como límites los derechos de los hijos fecundados, que por su condición de vulnerabilidad deben ser protegidos por el Estado.

Además, debemos tener presente que no existe un derecho humano a ser padre o madre y como consecuencia a tener hijos, ya que se fecunda a otro ser humano que también tiene derechos que deben ser protegidos.

Marcó (2018), señala: "(...) No existe una necesidad vital de procrear, y nadie tiene un derecho absoluto e incondicionado a tener un hijo, ya que ninguna persona es debida a otra, como si fuese un bien instrumental." (p. 202)



83

El uso de las TRHA sin una regulación legal adecuada ocasiona problemas jurídicos referidos a la filiación, pues en algunos casos, se altera la condición de padre, madre o hijo biológico. Por consiguiente, El Estado debe establecer los mecanismos legales adecuados para la determinación de la filiación en las TRHA heterólogas, ya que el hijo fecundado tendrá una filiación legal y otra biológica.

Miranda y Rodríguez (2002), señalan: "(...) todo menor tiene derecho a conocer a sus padres, lo que exige establecer mecanismos legales de determinación de la filiación también para quien haya sido engendrado por medio de técnicas de reproducción asistida." (p. 294)

Otro aspecto para tener en cuenta es el uso de las TRHA con fines eugenésicos, que no se utilizan para superar problemas de infertilidad, sino para la creación de niños o niñas con características especiales a gusto de las personas humanas que desean ser padres o madres, como el color de la piel, sexo, color de ojos, altura, etc.

Luna (2008), indica que preocupa la práctica de la inseminación artificial y las nuevas técnicas reproductivas con donación de material genético, por la posible implementación de programas eugenésicos, utilizados con fines moralmente cuestionables.

Portanto, en nuestro país deben establecerse principios rectores a nivel constitucional y una regulación especial adecuada de las TRHA, con la finalidad de determinar la filiación, proteger el derecho del hijo a conocer su origen biológico, así como el derecho del cedente de gametos a su intimidad personal. Asimismo, debe evitarse y sancionarse drásticamente las malas prácticas de las mencionadas técnicas como su uso con fines eugenésicos.

III. Anonimato del cedente de gametos en las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas

La intervención de un tercero que aporta material genético cuando se utiliza las TRHA heterólogas, puede estar condicionada a un contrato de confidencialidad entre el cedente de gametos y el centro autorizado en donde se llevará a cabo el procedimiento médico; de modo que, será trascendental para la protección de los derechos del hijo fecundado con dichas técnicas la regulación del anonimato del cedente de gametos.

Existen dos posiciones en la doctrina acerca de la regulación legal del anonimato del tercero que interviene como cedente



84

de gametos en las TRHA heterólogas.

Una primera posición, considera que se debe regular el anonimato del cedente de gametos, ya sea absoluto o relativo, con la finalidad de proteger a los padres legales, al hijo (según esta posición es mejor para el hijo el ocultamiento de su filiación biológica), y del tercero que interviene como cedente de material genético.

Una segunda posición considera que no debe regularse el anonimato del cedente de gametos, con la finalidad de proteger el derecho del hijo fecundado mediante TRHA a conocer su origen biológico.

A continuación, vamos a estudiar cada una de estas posiciones y establecer qué posición es la más adecuada para que sea regulada en nuestro país.

3.1. Razones a favor del anonimato del cedente de gametos

Las razones para regular legalmente el anonimato de los cedentes de gametos en las TRHA heterólogas tienen como sustento la protección de los padres legales, del hijo, y del propio cedente que interviene como tercero.

En primer lugar, se tiene como argumento a favor del anonimato de los cedentes de gametos la protección de su derecho a la intimidad personal, así como de los padres legales, evitando que existan intromisiones en su vida íntima o familiar.

Igareda (2014), indica:

Otro de los argumentos más importantes que se esgrimen para sustentar la opción legal que garantiza una donación anónima de gametos es el derecho a la privacidad de los padres, como un derecho fundamental que no podría ser garantizado si se permite desvelar la identidad del donante de gametos. (p. 237)

En segundo lugar, el anonimato del cedente de gametos, según esta posición, protegería la relación familiar de los padres legales con el hijo, y además se garantizaría que las personas sean cedentes de gametos sin temor a que se revele su identidad personal, pues lo contrario, implicaría que las personas ya no deseen ceder material genético en procedimientos de procreación humana asistida.

Estos primeros argumentos para regular el anonimato del cedente de gametos nos parecen vacuos, por cuanto no se



85

está considerando que mediante las TRHA heterólogas se está fecundado a un ser humano que al igual que todos tienen derechos que deben ser protegidos por el Estado. El derecho a la intimidad personal de los padres legales y del cedente de gametos no implica que el hijo fecundado con el uso de dichas técnicas sea privado del derecho a conocer su origen biológico.

Por otro lado, el ocultamiento al hijo sobre su filiación biológica no protege la relación familiar con sus padres legales, ya que el hijo tiene el derecho a conocer su origen biológico como toda persona, y a decidir cómo mantiene sus relaciones familiares en el futuro.

Si bien es cierto, el anonimato de la identidad personal del tercero que interviene como cedente de gametos garantiza la existencia de más cedentes, ese no es un argumento válido para sobreponer la continuidad de las TRHA heterólogas sobre el bienestar del hijo fecundado mediante dichas técnicas.

En tercer lugar, se tiene como argumento que justificaría la regulación del anonimato del cedente de gametos un supuesto daño emocional al hijo, a sus familiares legales y biológicos. Según esta posición, es mejor el ocultamiento al hijo de su origen biológico para evitarle un daño emocional.

A nuestro parecer, el daño emocional al hijo fecundado mediante TRHA heterólogas se produce precisamente cuando se le oculta la verdad sobre su origen biológico y descubre la verdad por sus propios medios, ya que vivimos en una sociedad en donde habrá situaciones que hagan sospechar al hijo sobre su no filiación biológica con sus padres legales, como, por ejemplo, rasgos físicos totalmente diferentes.

En cuarto lugar, otro argumento a favor del anonimato del cedente de gametos es evitar posibles reclamaciones de paternidad o maternidad biológica.

Cuando existe una adecuada regulación de las TRHA en donde se determina la filiación biológica y legal, no existirán problemas de reclamación de paternidad o maternidad biológica.

Por tanto, consideramos que no existe justificación para negarle a un hijo fecundado mediante TRHA heterólogas el conocer su origen biológico, porque constituiría un acto de discriminación respecto a los demás seres humanos. Es evidente que el anonimato del cedente de gametos busca protegerlo a él, así como a los padres legales de no revelar su identidad personal, sin tenerse en cuenta los derechos del hijo fecundado mediante



86

las citadas técnicas.

Además, de lo señalado anteriormente, se hace necesario establecer también la obligatoriedad de los padres legales de informar a los hijos nacidos mediante el uso de las TRHA heterólogas cómo han sido fecundados.

Igareda (2014), señala:

También se utiliza como argumento para mantener el anonimato de los donantes de gametos, la constatación de que, aun en los países donde no existe anonimato de donantes, no hay ninguna provisión legal que obligue a los padres a informar a los hijos/as cómo han sido concebidos. (p. 237)

Debemos mencionar que, con la regulación legal del anonimato absoluto del cedente de gametos se vulnera el derecho del hijo fecundado mediante las TRHA heterólogas a conocer su origen biológico, existiendo un daño a su proyecto de vida. Es por ello, que consideramos que la regulación del anonimato relativo del mencionado cedente es la más adecuada y constituye un avance importante en la protección del derecho del hijo a conocer su origen biológico.

3.2. Razones en contra del anonimato del cedente de gametos

Un sector de la doctrina se encuentra en contra de la regulación del anonimato de los cedentes de material genético cuando se utiliza las TRHA heterólogas.

El argumento central de esta posición se basa en la protección del hijo fecundado mediante el uso de las TRHA heterólogas, a fin de no vulnerar, entre otros, el derecho a conocer su origen biológico como parte de su derecho a la identidad personal.

Igareda (2014), señala: "(...) la prioridad de la decisión política debería ser el bienestar de los niños/as concebidos con donantes de gametos, y por lo tanto, no se les debería negar su derecho a conocer sus orígenes genéticos." (p. 241)

En nuestro país, es urgente el establecimiento de principios rectores a nivel constitucional y la dación de una ley especial que regule el uso de las TRHA y sobre todo las heterólogas, con la finalidad de establecer algunos lineamientos que protejan el derecho de los hijos nacidos con el uso de dichas técnicas a conocer su origen biológico como toda persona humana.



Nosotros consideramos que debe regularse el anonimato del cedente de gametos en el caso de las TRHA heterólogas, pero el anonimato relativo, y establecerse, además, la obligatoriedad de revelarles al hijo fecundado, a una determinada edad (que deberá establecerse en la ley), que ha nacido con el uso de dichas técnicas y que puede conocer información general del cedente de gametos.

Muñoz y Vítola (2017), indican: “(...) no en todos los casos los padres informan a sus hijos que han nacido a través de TRHA con donante, por lo tanto, el ejercicio del derecho a conocer sus orígenes.” (p. 214)

Por otro lado, con la finalidad de proteger el bienestar emocional del hijo nacido mediante TRHA heterólogas, no es adecuado propiciar el secreto sobre su origen biológico, porque ello constituiría un acto de discriminación respecto a los hijos nacidos de manera natural o a través de técnicas homólogas. Además, en base al principio del interés superior del niño debe protegerse el derecho a su identidad personal.

Igareda (2014), indica: “El secreto que rodea las circunstancias del nacimiento del niño/a actúa en detrimento de las relaciones familiares, porque va en contra de los lazos de confianza inherentes en una estructura familiar, (...)” (p. 241)

En efecto, el anonimato absoluto del cedente de gametos vulnera el derecho del hijo a conocer su origen biológico como parte de su identidad personal, y ocasiona un daño en su proyecto de vida.

Rodríguez y Fernández-Arroyo (2022), señalan: “(...) el anonimato de terceros proveedores de gametos para TRA podría vulnerar el derecho a una identidad personal integral, biológica y social del niño.” (p. 47)

Creemos que en nuestro país debe regularse el anonimato relativo del cedente de gametos, con la finalidad de garantizar que el hijo fecundado conozca información general del cedente de gametos no identificatoria, que, si bien es cierto, puede ser insuficiente para algunas personas, debe considerarse que el cedente de gametos interviene bajo un contrato de confidencialidad que prohíbe que se revele su identidad personal.

IV. Derecho de las personas fecundadas mediante técnicas de reproducción humana asistida heterólogas a conocer su origen biológico



88

El derecho a conocer el origen biológico forma parte de un derecho más amplio como es el derecho fundamental a la identidad personal, y puede definirse como aquella facultad del ser humano de saber sobre su procedencia como elemento esencial de su bienestar (físico y mental), que comprende no solo el conocer el dato genético de su filiación, sino también la verdad sobre su fecundación (en el caso de TRHA heterólogas o la adopción), así como información sobre sus padres y familiares biológicos.

Varsi (2000), señala respecto al derecho a conocer el propio origen biológico:

El objetivo o ámbito de este derecho será: la investigación de la filiación natural o sanguínea, el derecho a conocer la identidad del progenitor del niño adoptado y el derecho a conocer la identidad del cedente de gametos en las técnicas de reproducción. (pp. 277-278)

El derecho a la identidad personal puede ser definido como aquel atributo de la persona humana que lo individualiza y lo hace único en la sociedad.

Mesía (2018), señala: “La identidad personal es la autoconciencia que el individuo tiene de sí mismo como un ser único, irrepetible y distinto de los demás. Lo que cada persona es en esencia al margen de su pertenencia a la especie humana.” (p. 125)

Cabe destacar que el derecho a la identidad tiene dos aspectos, uno estático (referido a los datos de identificación de la persona), y otro dinámico (relacionado con aspectos culturales, religiosos, políticos, ideológicos), los cuales delimitan su personalidad.

Por su parte, Plácido (2003), indica: “El dato biológico -identidad estática- del individuo se integra con connotaciones adquiridas por éste como un ser social –identidad dinámica- (...)” (p. 7)

Debemos precisar que el derecho a la identidad tiene protección constitucional en el numeral 1, del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, en donde se señala que toda persona tiene derecho a su identidad.

Asimismo, el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño, suscrita por el Perú el 26 enero de 1990, indica: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. (...)”



89

En el caso de la fecundación natural y el uso de TRHA homólogas, si bien es cierto existe la posibilidad de vulnerar el derecho del hijo fecundado a conocer su origen biológico al ocultársele su verdadera filiación, al coincidir la figura de padres legales y biológicos el hijo tiene la posibilidad de ejercer el derecho mencionado.

Ahora bien, en el caso de la fecundación mediante las TRHA heterólogas, cuando se regula el anonimato absoluto del cedente de gametos sí existe una vulneración al derecho del hijo a conocer su origen biológico, ya que se busca proteger la identidad del mencionado cedente.

Cabe destacar que cada persona humana decide el grado de importancia que tiene el conocer su origen biológico en el desarrollo de su identidad personal, en consecuencia, habrá personas que no tendrán interés en conocer su origen biológico y otras que sí lo tendrán, por lo que el Estado debe garantizar el ejercicio del mencionado derecho.

Muñoz y Vítola (2017), señalan:

Si bien no puede asegurarse a ciencia cierta el grado de importancia del dato genético en la construcción de la identidad personal, existe un consenso generalizado en que tal información no puede quedar a la libre disposición de los Estados o centros especializados. (p. 212)

No cabe duda que las TRHA heterólogas hacen realidad el deseo de paternidad o maternidad de parejas heterosexuales con problemas de infertilidad, parejas homosexuales, varones o mujeres solteras, no obstante, la práctica de dichas técnicas ocasiona un conflicto jurídico entre el derecho a la intimidad personal del cedente de gametos y el derecho del hijo a conocer su origen biológico, como parte de su derecho a la identidad personal.

Muñoz (2016), señala: "(...) el derecho a conocer el propio origen en caso de fecundación asistida con contribución de donante se ve sometido a límites que vienen dados, sobre todo, por el derecho a la intimidad del donante que quiere permanecer en el anonimato. (...)." (p. 234)

En cuanto a los motivos para que una persona busque conocer su origen biológico, estos pueden ser diversos, como el conocer y prevenir enfermedades genéticas, evitar relaciones incestuosas y razones emocionales.



4.1 Razones por las cuales debe primar el derecho del hijo a conocer su origen biológico.

Existen argumentos sólidos para afirmar que el derecho de los hijos fecundados mediante TRHA heterólogas a conocer su origen biológico tiene primacía sobre el derecho a la intimidad personal del cedente de gametos.

En primer lugar, debemos mencionar que los derechos reproductivos de los cedentes de gametos no justifican un ocultamiento al hijo fecundado sobre su origen biológico.

Toda persona tiene derechos reproductivos por su misma condición de ser humano; sin embargo, dichos derechos no son absolutos ya que se fecunda a otro ser humano que, entre otros derechos, tiene el derecho a conocer su origen biológico.

Varsi (2010), señala:

El interés individual (persona) o colectivo (pareja) de procrear no puede predominar sobre el interés superior del niño, el cual merece la más amplia protección, no solo por su estado biológico, sino sobre todo por el hecho de ser un humano. (p. 192)

En segundo lugar, se tiene que el derecho a conocer el origen biológico se sustenta en la protección de la dignidad humana como principio constitucional, operando como un derecho individual que sirve de límite a los derechos fundamentales.

Mesía (2018), señala: “Como valor supremo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución.” (p. 35)

En efecto, los adelantos de la ciencia en campos como la medicina hacen necesaria la intervención del Estado con la finalidad de garantizar el respeto de la dignidad humana. Es decir, es urgente establecer principios y lineamientos en la Constitución Política del Perú de 1993, además de la dación de una ley especial que regule las TRHA con la finalidad de proteger el derecho a la identidad personal del hijo concebido mediante dichas técnicas.

En tercer lugar, se debe priorizar el derecho del hijo a conocer su origen biológico sobre el derecho a la intimidad personal del cedente de gametos, teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño y el derecho a la autodeterminación



91

informativa que le faculta a ejercer control sobre su información personal que obre en alguna base de datos.

Cárdenas (2013), manifiesta:

Junto con el derecho a la identidad como sustento para que una persona pueda acceder al conocimiento de su origen biológico, puede agregarse también la consideración del principio del interés superior del niño, el respeto de la dignidad de la persona humana, el derecho a la información, el derecho a la salud y el derecho a la verdad. (p. 43)

Por su parte, Plácido (2003), señala: “Conocer cuál es su específica verdad personal es, sin duda, un requisito para la dignidad de la persona, para su autodeterminación, y está íntimamente vinculada a la libertad.” (p. 23)

En cuarto lugar, se tiene que el reconocimiento del derecho de las personas humanas a conocer su origen biológico garantiza que las mismas puedan ejercer su derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad tanto en su vida personal y social, que lo ayudará en su proyecto de vida.

Fernández (2005), señala: “Cada persona, en tanto libre, elabora su propio “proyecto de vida” y tiende a realizarlo, no obstante, los condicionamientos y determinismos que le son adversos.” (p. 19)

Un aspecto a tomar en cuenta en la identidad dinámica son los cambios que sufre la persona con el transcurso del tiempo, que podría afectarle en mayor o menor medida el ocultamiento de su origen biológico, dependiendo de su madurez y personalidad. Por ello, es necesario establecer una edad como límite en la cual los padres legales le revelen al hijo la verdad sobre su filiación biológica.

Fernández (2005), indica: “El ser humano se despliega en el tiempo, desde su concepción o fecundación hasta su muerte. En este devenir existencial la identidad se forja en el pasado y, desde el presente, se proyecta al futuro.” (p. 21)

Por su parte, Notaro (2020) indica: “(...) el niño, desde el mismo momento en que tiene la inquietud por conocer sus orígenes, debe poder ejercer su derecho conforme al principio de capacidad o autonomía progresiva”. (p. 183)

Dada la importancia que tiene para el hijo fecundado mediante



TRHA heterólogas el conocer su origen biológico⁴, se hace necesaria una regulación respecto al anonimato relativo del cedente de material genético, en donde se conozca únicamente información general que debe obrar en los centros de salud públicos o clínicas autorizadas que realizan procedimientos de procreación humana asistida. En efecto, debe precisarse qué información debe ser entendida como general a fin de evitar inconvenientes en su interpretación.

Ruiz y Flores (2018), señala:

El anonimato de los donantes debe ser atendido por la legislación; sin embargo, bajo ciertas circunstancias debe privilegiarse el derecho del Nacido bajo estas técnicas de reproducción asistida, a que tenga conocimiento de su origen, pero específicamente a que se le permita conocer las características genéticas del donante. (p. 70)

Ahora bien, las consecuencias familiares que podría ocasionar el revelar la identidad del cedente de gametos sin un control legal son amplias respecto al hijo fecundado mediante TRHA heterólogas y al propio cedente. Por un lado, respecto al hijo puede existir conflictos en las relaciones familiares con sus padres legales, y biológicos, abuelos y demás familiares; y, por otro lado, respecto al cedente de gametos, pueden existir conflictos con sus propios hijos biológicos, su esposa, sus padres biológicos.

Pensamos que la cesión de gametos debe darse únicamente por motivos altruistas (lo que debe establecerse en la ley especial que proponemos), por lo que debe existir un control a los establecimientos en donde se realizan los procedimientos médicos, a fin de evitar el beneficio económico con la realización de dichos procedimientos.

Rodríguez y Fernández-Arroyo (2022), señalan: “Los acuerdos o contratos, gratuitos u onerosos, relativos a un niño por concebir, gestar o entregar podrían ofender su dignidad de persona, sujeto de derechos, nunca objeto”. (p. 47)

Para finalizar, debemos señalar que el prohibirse a una persona nacida utilizando TRHA heterólogas de conocer su origen biológico, constituye un acto de discriminación respecto a otras personas concebidas en forma natural.

⁴Debemos precisar que nosotros asumimos que es muy importante para el hijo nacido mediante TRHA el conocer su origen biológico, como parte del derecho a su identidad personal; sin embargo, teniendo en cuenta factores sociales, familiares, culturales u otros, dicho derecho podría no ser tan importante para algunas personas.



Por su parte, Notaro (2020), señala: “No existe un argumento plausible para establecer diferencias en el acceso a la verdad biológica o genética en razón de la forma y la fuente de filiación (natural, adoptiva o mediante TRHA).” (p. 181)

El manejo de información de los cedentes de gametos en las TRHA heterólogas debe estar establecida en la ley, a fin de no vulnerar el derecho a la intimidad personal de dichos cedentes y los derechos del hijo nacido mediante el uso de las citadas técnicas.

V. Anonimato relativo del cedente de gametos en las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas.

Para empezar, debemos señalar que a diferencia del anonimato absoluto del cedente de gametos en las TRHA heterólogas, el anonimato relativo constituye una alternativa para no vulnerar el derecho a la intimidad personal del mencionado cedente, al regularse en favor del hijo fecundado el acceso a información general de dicho cedente.

En las legislaciones comparadas se han dado distintos tratamientos sobre la protección del anonimato del cedente de gametos. Así tenemos que, en España, Francia, Grecia y Noruega se regula el anonimato; en Austria y Suecia admiten el derecho de los hijos a conocer a su progenitor biológico; y en Alemania e Inglaterra, si bien no lo han regulado expresamente, lo han admitido a través de los tribunales. (Varsi, 2013)

La regulación del anonimato relativo del cedente de gametos debe contener: el registro del cedente de gametos, las condiciones para ser cedente, exámenes médicos previos del cedente, número de intervenciones para el cedente, consentimiento para que el hijo pueda acceder a información general del cedente, entre otras, que garanticen el bienestar físico y emocional del hijo fecundado.

La falta de una regulación especial en nuestro país sobre el uso de las TRHA, y sobre todo de las técnicas heterólogas, causa afectación física y emocional en los hijos nacidos mediante las citadas técnicas, ya que pueden sufrir de algunas enfermedades de carácter hereditario (al no existir un control médico riguroso de los terceros que intervienen como cedentes de material genético), y tener un daño psicológico (por el ocultamiento de su filiación biológica) que afecta su proyecto de vida.

Posadas (2017), indica: “(...) en el Perú se están vulnerando los derechos de los nacidos de las TERAS Heterólogas con donante anónimo al no haberse adoptado normas legales



que permitan garantizar el acceso al conocimiento del origen biológico”. (p. 140)

El Estado debe propugnar el bienestar de todas las personas involucradas en un procedimiento médico de procreación asistida, debiendo tener especial cuidado con la protección de los derechos de los hijos fecundados mediante TRHA heterólogas, que son los más vulnerables. Por ello, se hace imprescindible establecer el anonimato relativo del cedente de material genético en donde el hijo pueda acceder a información general de dicho cedente, y en caso de alguna necesidad urgente (por ejemplo, tratamientos médicos) se debe conocer datos identificatorios del mencionado cedente.

Posadas (2017), señala:

(...) el donante de material genético no puede ser visto solamente como un dador de espermatozoides u óvulo sin ninguna otra participación en la vida del nacido; sino que por su importancia en el desarrollo físico del nuevo ser debe garantizarse el acceso a su información si esta fuera necesaria. (p. 136)

Por otro lado, es importante en nuestro país que se regule la creación de una Comisión de Reproducción Humana Asistida, dependiente del Ministerio de Salud, que será la encargada de autorizar a los centros de salud públicos y privados en donde se realizarán los procedimientos de procreación humana asistida.

La comisión antes mencionada realizará un control del registro de cedentes de gametos, con la finalidad de evitar que, por ejemplo, sin saberlo, en el futuro puedan contraer matrimonio dos personas que fueron concebidas mediante TRHA heterólogas y que son hermanos, más aún, si dicha situación puede ocasionar problemas genéticos en los hijos concebidos.

Otro aspecto importante es establecer la obligatoriedad de los padres legales a revelar al hijo cómo fue concebido y la verdad sobre su filiación biológica, estableciéndose un límite de edad. Asimismo, debe facilitarse al hijo el acceso a la información general del cedente de gametos, que no incluya su identidad personal, a través de un procedimiento administrativo.

El anonimato relativo propiciaría que las personas altruistas sean cedentes de gametos y no se convierta dicha cesión en medios para la obtención de dinero y beneficio económico para clínicas de tratamiento de fertilidad.



Finalmente, consideramos que en nuestro país no debe regularse un anonimato absoluto del cedente de gametos, ni tampoco un acceso total a la identidad personal de dicho cedente, siendo el camino más adecuado una posición intermedia como es el anonimato relativo del cedente de gametos, con la finalidad de no vulnerar el derecho a la intimidad personal del cedente de gametos y el derecho del hijo fecundado a conocer su origen biológico.

Además, debe establecerse dos vías para el acceso a la información del mencionado cedente en favor del hijo, una administrativa (en donde se pueda acceder a información general no identificatoria del cedente), y una vía judicial (para acceder a información sobre la identidad personal del cedente, cuando la situación lo amerite).

VI. Conclusiones

- Es nuestro país urge establecer principios rectores y lineamientos en la Constitución Política del Perú de 1993 sobre el uso de las TRHA, además, de la dación de una ley especial que regule sobre todo las técnicas heterólogas, con la finalidad de proteger el derecho del hijo fecundado a conocer su origen biológico y el derecho a la intimidad personal del cedente de gametos.

- Existen argumentos sólidos para afirmar que el derecho de los hijos fecundados mediante TRHA heterólogas, a conocer su origen biológico, tiene primacía sobre el derecho a la intimidad personal del cedente de gametos, en base a la protección de la dignidad humana; el principio del interés superior del niño; el derecho a la autodeterminación informativa; el derecho al libre desarrollo de su personalidad tanto en su vida personal y social; y el derecho a no ser discriminado.

- Debe regularse en nuestro país para el uso de las TRHA heterólogas el anonimato relativo del cedente de material genético, con la finalidad de proteger su intimidad personal, así como garantizar que el hijo fecundado conozca su origen biológico a través del acceso a información general del citado cedente que no incluya su identidad personal. Asimismo, debe establecerse la obligatoriedad de los padres legales de revelar al hijo (a una determinada edad como límite) cuál es su origen biológico, con la finalidad de no perjudicar su proyecto de vida.

- El hijo fecundado mediante las TRHA heterólogas debe tener la posibilidad de acudir a dos vías para el acceso a



la información del cedente de gametos, una administrativa (en donde se pueda acceder a información general no identificatoria del cedente de gametos), y otra judicial (para acceder a información sobre la identidad personal del cedente de gametos, cuando la situación lo amerite).

VII. Lista de referencias

Bladilo, A., de la Torre, N., y Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México - IUS*, 11(39), pp. 7-30.

Cárdenas, R. (2013). La información sobre el origen biológico como derecho fundamental de la persona. *Lumen*, (9), pp. 39-48.

Fernández, C. (2005). Artículo 2. Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar. En: *Gaceta Jurídica. La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo* (pp. 13-41). Tomo I. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Igareda, N. (2014). El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos. *Derechos y Libertades*, (31), pp. 227-249

Luna, F. (2008). *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Marcó, J. (2018). Reproducción asistida. En: *Bioética, aporte para un debate necesario* (pp. 183-217). Ciudad de México, México: Fundación Rafael Preciado Hernández.

Mesía, C. (2018). *Los derechos fundamentales. Dogmática y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Miranda, R.E. y Rodríguez, R.E. (2002). Bioética y Derecho de Familia: Problemas actuales sobre filiación y responsabilidad. En: *Universidad Externado de Colombia. Familia Tecnología y Derecho*. (pp. 285-310). Bogotá, Colombia: Editorial Cordillera S.A.C.

Muñoz, R. y Vítola, L. R. (2017). El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo. *Revista*



del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México - IUS, 11(39), pp. 207-228.

Muñoz, L. (2016). La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, (14), pp. 219–256.

Notaro, P.A. (2020). Derecho a la identidad de origen y técnicas de reproducción humana asistida en Argentina. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 5(14), pp. 151-187.

Plácido, A. (2003). Filiación y patria potestad. En la doctrina y en la jurisprudencia. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Posadas (2017). El Derecho a la identidad y el Registro Nacional de Cedentes de gametos y embriones. *Persona y Familia*, 1(6), pp. 123–144. Recuperado de <https://doi.org/10.33539/peryfa.2017.n6.473>

Rodríguez y Fernández-Arroyo (2022). La intención de procrear y el interés superior del niño en el contexto de la reproducción asistida. *Revista chilena de derecho*, 49(1), pp. 27-53.

Ruiz, J.G., & Flores, R.J. (2018). Las técnicas de reproducción asistida y sus efectos en la conceptualización legal de la maternidad, paternidad y filiación. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 3(8), pp. 49-72.

Santamaría, L. (2000). Aspectos bioéticos de las técnicas de reproducción asistida. *Cuadernos de Bioética*, 11 (41), pp. 37-47.

Varsi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia. Derecho de la Filiación*. Tomo IV. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

Varsi, E. (2010). *Derecho genético: principios generales (versión electrónica de la 5ta. ed.)*. Recuperado de <https://hdl.handle.net/20.500.12724/5088>

Varsi, E. (2000). Bioética, Genoma y Derechos Humanos: efectivizando la protección de la humanidad. *IUS ET VERITAS*, 10(21), pp. 264-280

World Health Organization. (2023). *Infertility prevalence estimates 1990-2021*. Geneva: World Health Organization. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.

Tratados y Legislación Nacional



98

Constitución Política del Perú de 1993.

Convención de los Derechos del Niño.

Ley General de Salud, Ley n.° 26846.