



CUANDO MI MADRE ES UN NÚMERO, Identidad genética e Interés Superior del Niño.¹

Alberto González Cáceres, Abogado

Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Médico

Asesor Legal del Colegio Odontológico del Perú

Asesor Legal del Colegio Médico Veterinario Departamental de Lima

I. INTRODUCCIÓN

Días atrás tuve la oportunidad de ver un documental de la Deutsche Welle Internacional denominado “cuando mi padre es un número”. En el referido documental, propalado por un canal de cable local, la televisión alemana entrevistaba a una serie de personas a los que, ya adultos, se les revelaba su origen oculto: hijos de gametos masculinos (espermatozoides) o femeninos (óvulos) donados. Hijos cuya identidad - filiación había sido desplazada por una ansiada y negada “maternidad” o “paternidad”.

La diferencia en los relatos de todos ellos gravitaba en que unos eran más lamentables que otros: abandono inmediato del hogar “familiar”, crisis de identidad, resentimiento con los “padres”. Por otro lado, la semejanza en los relatos de todos los entrevistados era la misma: ¿Por qué a mí?, ¿Quién soy yo realmente?, ¿De dónde vengo?, ¿Quién es mi verdadero padre?, ¿Quién es mi verdadera madre?

Estos relatos no son ajenos a nuestra sociedad. En efecto hace más de dos años se nos planteó la difícil tarea de recuperar la verdadera identidad y reunir en el legítimo seno familiar a una criatura, que víctima de la “ovodonación”² y las ansias de “maternidad”

¹ Artículo publicado en Revista Jurídica del Perú, derecho privado y público. Número 93, Noviembre 2,008, p. 25; Normas Legales.

² **Ovodonación: otra opción para ser madre:** domingo, 16 de Octubre 2005 - 03:17:39 (RPP Noticias) Hay mujeres que carecen de ovarios, pero a pesar de esto pueden engendrar un hijo de su pareja y vivir la experiencia de dar a luz gracias a la fertilidad asistida y la adopción de óvulos. Este procedimiento se realiza desde hace algunos años en el Perú, pero para muchos es prácticamente desconocido. Hasta hace algunos años, una mujer que no contaba con células reproductoras, ya fuese por ausencia de ovarios o porque alguna enfermedad destruyó sus óvulos, estaba condenada a no ser madre jamás, aunque su útero fuese capaz de albergar un embrión. En estos casos, la fecundación in vitro (FIV) tampoco servía de ayuda. Hoy por hoy, las parejas que sufren este problema cuentan con la alternativa de la Ovodonación, es decir, la ciencia médica les brinda la posibilidad de ser padres adoptando los ovocitos de otra mujer.

Las causas de una maternidad frustrada

Existen varios factores que pueden frustrar la maternidad debido a una carencia de óvulos. Entre ellos deben considerarse la menopausia prematura (cuando aparece antes de los 40 años), los tratamientos de quimioterapia o radioterapia a los que son sometidas las mujeres para curar diversos tipos de cáncer, el síndrome de Turner (ovarios atrofiados); además pasar de los 40 años, edad en la que aún teniendo una



ha sido apartada injustamente de sus derechos constitucionales a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar³, so pretexto del derecho a una maternidad no concedida por la naturaleza o a muy cuestionables “derechos sexuales y reproductivos”.

Ciertamente la tarea es difícil, no solo por el hecho de que nos enfrentamos al fuerte peso de la arcaica tradición jurídica romana⁴ que atribuye la maternidad al sólo hecho del parto⁵; sino también porque nos enfrentamos al mayor peso que existe de la primera reacción psicológica general favorable que se genera en torno a toda relación materno – filial.

menstruación normal la cantidad y calidad de los óvulos en los ovarios disminuye lo que dificulta la fertilización y la implantación.

Los óvulos donados generalmente provienen de mujeres que están siendo sometidas a técnicas de FIV y que tienen un excedente de los mismos. En estos casos, se pide la autorización, informada y por escrito, de ella y su pareja, para donar dicho remanente a quienes no cuentan con células reproductivas femeninas. O en otros casos, provienen de mujeres jóvenes sin problemas reproductivos que en forma desinteresada desean ayudar a estas parejas. La receptora y la donante no se conocen entre sí y, a su vez, la donante jamás sabrá si sus óvulos llegaron a procrear un nuevo ser.

Tratamiento de la donante

Todo procedimiento de Fecundación in vitro se inicia con la inducción de la ovulación. Esta consiste en la administración de la hormona folículo-estimulante (FSH) que tiene la función de sobre-estimular los ovarios. Se administra durante aproximadamente 10 días. El objetivo es obtener una cantidad elevada de óvulos, aumentando las posibilidades de éxito. A partir del quinto día se inician los controles ecográficos del desarrollo folicular. Mediante la ecografía endovaginal se observa el crecimiento de pequeños quistes llamados folículos, cada uno de ellos contiene un óvulo dentro. Una vez que estos llegan a medir entre 17 y 21 mm se programa la recuperación de óvulos. Esta etapa del tratamiento dura aproximadamente 30 minutos, se realiza por vía vaginal y bajo una anestesia endovenosa muy suave. Aquí concluye la etapa de donación de óvulos. La recuperación posterior es inmediata y completa.

Tratamiento de la receptora

Una vez obtenidos los óvulos, estos serán llevados al laboratorio de Reproducción Asistida y colocados en medios especiales junto a los espermatozoides de la pareja en tratamiento (inseminación in vitro). Pasan a incubadoras especiales donde ocurrirá la fecundación y el desarrollo de los embriones. Luego de 3 días (ó 5 a 6 días si se desea transferir blastocistos) se procede a la transferencia embrionaria, es decir a la introducción de los embriones dentro de la matriz uterina. Esta etapa del procedimiento dura 15 minutos aproximadamente y no requiere anestesia. Luego de 14 días se determinará el éxito del tratamiento mediante el test de embarazo.

³ Artículo 2.1° de la Constitución Política del Perú.

⁴ “Mater semper certa est”.

⁵ Tradición jurídica que ha evolucionado en gran parte de las legislaciones modernas, incluyendo nuestra propia legislación; así tenemos que para la impugnación de la maternidad matrimonial (artículo 371° del C.C.) se debe demostrar no solo el hecho del parto, sino también la identidad del hijo con la madre; y para el caso de la maternidad extramatrimonial (artículo 409° del C.C.) además del hecho del parto, se exige la identidad del hijo con la madre.



La causa materia de proceso es de impugnación de maternidad al amparo de lo dispuesto por el artículo 399° del Código Civil⁶, propuesta por la representante legal del medio hermano, quien fue cuestionado en su legitimidad para obrar el proceso de impugnación, en razón a que el Juzgado y la Sala estimaron la inexistencia de afectación del interesado; situación que rápida y lucidamente fue corregida por el Ministerio Público⁷ y la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Sin embargo consideramos que el fondo del asunto puesto en cuestión, va más allá de determinar la legitimidad para obrar en el proceso de impugnación de maternidad o de resolver las posibles incidencias de cualquier otro remedio de naturaleza procesal. Se trata más bien de ponderar la importancia de Instituciones, principios, valores, derechos y determinados conceptos para la conformación de criterios orientados a la toma de decisiones, teniendo en consideración que son los jueces quienes por medio de la aplicación de sus sentencias, tornan tangible el derecho y por ende el pacto social de la nación.

II. LA OVODONACIÓN Y EL DERECHO

1. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida:

A decir del reconocido profesor de derecho genético Enrique Varsi: *“Las técnicas de reproducción asistida son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. En ningún caso podemos decir que representan una terapia puesto que nada curan, solamente palian los efectos de la esterilidad. De esta manera se dice que las TERAS son métodos supletorios, no alternativos. Supletorios pues buscan superar una deficiencia biológica*

⁶ Artículo 399.- Impugnación del reconocimiento:

El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395.

⁷ **Dictamen N° 011-2008-MP-FN-FSC:** “Al respecto, como lo señala el doctor Plácido Vilcachagua, la previsión legislativa que recoge el art. 399° del Código Civil, esto es, la impugnación del reconocimiento, **“tiende a atacar el reconocimiento,** no por vicios del acto, sino por no concordar con la realidad biológica, es decir, por no ser el reconociente en verdad el padre o madre del reconocido”, como tal, el supuesto que recoge la norma implica una legitimidad para obrar basada, entre otros, en la existencia del vínculo de parentesco consanguíneo al que alude el art. 236° del Código Civil, que se ve directamente afectado con un reconocimiento de paternidad o maternidad no acorde con la realidad del vínculo biológico, subyaciendo, por tanto el interés moral a que se refiere el art. VI del Título Preliminar del Código Civil, como resulta ser el alegado en la demanda sub análisis, por ende, al negarse el acceso a la tutela judicial efectiva consagrada por el numeral 3ro. del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, entendida como *“(…) un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio, es de concluirse que la causal in procedendo debe ser amparada.”* Dra. Gladys M. Echaíz Ramos. Fiscal Suprema Titular. Fiscalía Suprema en lo Civil.



o síquica que impide tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o resultado ineficaces de manera tal que, como acto médico, robustecen el derecho a la salud reproductiva positiva (poder tener descendencia). No es alternativo, pues siendo la finalidad directa la procreación ésta no puede estar supeditada a la mera voluntad de la persona.⁸

Varsi refiere que “Las TERAS se clasifican en:

Inseminación artificial (IA) y fecundación extracorpórea (FEC). La Inseminación artificial: tiene como fin esencial la procreación pues el semen se inyecta, de manera directa pero asistida, en la vagina de la mujer, y no da la posibilidad de realizar experimentación alguna (salvo en lo que respecta a la selección de gametos masculinos). Como tal es un proceso de baja tecnología médica. La Fecundación extracorpórea: busca la unión del espermatozoide y óvulo en una probeta y tiene entre sus objetivos (además) la investigación humana científica.. Esta técnica sí implica procesos de alta tecnología médica, sobretodo considerando sus innumerables derivaciones.

Los avances biotecnológicos permiten que estas técnicas pueden realizarse estando en vida la pareja o el cedente, o después de producida la muerte pues la crioconservación de gametos y del embrión permiten la transferencia en cualquier momento. (...)

Formas utilizadas:

Tanto la IA como la FEC pueden ser interconyugal, con material genético (óvulo y semen) del cónyuge o conviviente; supraconyugal, con material de tercero o cedente; o mixta, realizada con la mezcla de componentes genéticos de dos o más varones.

A. Interconyugal

La fecundación interconyugal, también llamada homóloga, no crea mayor problema puesto que existe un vínculo matrimonial que le otorga seguridad jurídica a dicha práctica y sus consecuencias; asimismo, la unión de hecho que le ofrece una presunción legal de paternidad al producto de la concepción.

B. Supraconyugal

*La fecundación supraconyugal, también llamada heteróloga, **crea situaciones en parte nada seguras puesto que con el cedente se carece de una relación jurídica reconocida para exigirle el cumplimiento de obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria), deberes naturales (reconocimiento) negación de vínculos filiales (impugnación de paternidad o maternidad), entre otros.** Los casos más comunes que han sido discutidos en la jurisprudencia comparada, que cita y estudia de manera exhaustiva Aida Kemelmajer*

⁸ Enrique Varsi Rospigliosi, Derecho Genético, 4ta. Edición, Editorial Grijley, Lima 2001, p. 253.



*Se dice que la reproducción asistida interconyugal es una TERA aceptable, **mientras que la supraconyugal ofrece dificultades y crea conflictos**⁹. A pesar de ello vemos que en determinadas situaciones es necesaria por tanto debe dársele márgenes de permisibilidad, pero resulta también ineludible necesario fijar una posición legal a fin que, como dice Corral Talciani comentando la reforma del Código civil chileno, “la pareja heterosexual que acude a estas técnicas de reproducción mediante la utilización de gametos provenientes de terceros, no se vea perturbada por las posibles pretensiones de éstos de reclamar la paternidad o maternidad del hijo mediante la utilización de las pruebas biológicas”.*

A efectos de la permisibilidad indicada, Luigi Lombardi señala que debe verificarse: (a) la infecundidad de la pareja (no superable ni siquiera con la FEC),

(b) la existencia de un grave riesgo de transmisión de tara hereditaria,

(c) que la pareja sea capaz de adoptar y,

(d) que previamente haya realizado de manera infructuosa un procedimiento de adopción.

***Estos últimos requisitos, el de la adopción, es interesante analizarlos**¹⁰. Como dice Carcaba Fernandez, quien desee satisfacer su deseo de tener hijos puede acudir a la adopción y no a los métodos de procreación artificial, pero son varias la ventajas que estos presentan sobre la primera: (a) El hijo será sanguíneo, (b) La esterilidad de los cónyuges permanece en secreto, (c) Se obvian los trámites de la adopción y (d) Se evitan reclamaciones sobre el hijo adoptivo por parte de la madre real. De esta manera, vemos como las técnicas de reproducción se han presentado como una alternativa frente a la adopción, de allí que actualmente se esté redimensionando la institución de la adopción justamente para determinar si la misma “...constituye o no el medio suficiente para satisfacer el enorme deseo de la maternidad o paternidad frustrado”.*

Sin embargo, la utilización y aplicación de las TERAS (especialmente la FEC) no siempre van en provecho directo e inmediato del ser humano ya que sirven, también, para canalizar experimentos negativos o manipulaciones que por su esencia son contrarios a la naturaleza y a la dignidad del ser humano, llevando implícita una presunción de ilegalidad, contrariando las normas de la paz social, el orden público y las buenas costumbres.

2. ¿Están reguladas las Técnicas de Reproducción Asistida en el Perú?

⁹ Las negritas son nuestras.

¹⁰ Las negritas son nuestras.



A pesar de que muchos la niegan o hacen oídos sordos al ordenamiento jurídico nacional sobre la materia¹¹, en el Perú si se encuentra regulada por el artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud, norma de orden público conforme su artículo IX de su Título Preliminar.

Si bien que no se ha reglamentado al respecto, la norma correctamente interpretada prohíbe la ovodonación, técnica de reproducción asistida heteróloga o supraconyugal al establecer que 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.**

3. ¿Qué y como norma el artículo 7° de la Ley General de Salud?

El artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud señala lo siguiente:

Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.

Marcial Rubio Correa enseña que la norma jurídica *es un mandato de que a cierto supuesto debe seguir lógico-jurídicamente una consecuencia, estando tal mandato respaldado por la fuerza del Estado para su eventual incumplimiento*¹². Menciona además Rubio Correa que *“la norma tiene tres elementos que conforman su estructura interna: el supuesto (S) que es aquella hipótesis que, de ocurrir, desencadena la consecuencia; la consecuencia (C) que es el efecto atribuido por el derecho a la verificación del supuesto en la realidad; y el nexos lógico - jurídico (N) que es el elemento lógico vinculante entre el supuesto y la consecuencia”*.

Conforme lo anterior podemos analizar el artículo 7° de la siguiente manera:

¹¹ “La Clínica Miraflores y el propio doctor Ascenzo se vieron involucrados con la investigación de una red internacional de vientres subrogados – conocidos más familiarmente como “vientres de alquiler”- con sede en el Perú, en diciembre del año pasado. Entonces, Ascenzo rechazó ser parte de una mafia y la polémica puso en evidencia un vacío legal. En todo caso, en el Perú está prohibido comprar óvulos, espermatozoides, aclara ahora, pasado el escándalo, Ascenzo. Se puede en todo caso, donar espermatozoides, y acceder a un banco de esperma y elegir de acuerdo al fenotipo en mente. Pero la legislación nacional exige que la madre biológica sea también la madre genética. “Es un absurdo”, dice el doctor. “En los países de Latinoamérica –salvo nosotros, Chile y Costa Rica- se permite. En EE.UU. hasta se ofrecen a través de Internet. Esperamos que haya un cambio en la legislación nacional, para lo cual este Instituto puede brindar a las personas encargadas de revisar estas normas, todo el apoyo científico necesario. Ojala que cambie por el bien de los pacientes, pues es una posibilidad más de ser madres”, finaliza Ascenzo. “Y porque finalmente, esa debería ser la decesión de la persona” Caretas, 2 de agosto de 2007, Edición N° 1987, p. 82.

¹² Marcial Rubio Correa, introducción al Derecho, Octava Edición, Fondo Editorial PUCP, Lima 2001, p.85.



Supuesto o verificación de la realidad: Toda persona infértil tiene derecho a procrear mediante técnicas de reproducción asistida

Nexo: Siempre que

Consecuencia: la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona.

Así conforme lo anterior podemos concluir de la siguiente manera: Toda persona infértil tiene derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida debiendo coincidir sobre la misma persona, la madre genética y la madre gestante.

En primer término, establece un derecho subjetivo para las personas infértiles. En segundo término, establece un deber que obliga a las personas que actúan en estos tratamientos médicos y a las que a ellas se someten a exigir la coincidencia entre la maternidad genética con la maternidad gestante. Contrario sensu, establece una prohibición de naturaleza general que excluye todas aquellas técnicas o formas utilizadas que no hagan coincidir la maternidad genética a la gestante, estando en consecuencia, la ovodonación genéricamente prohibida.

4. Ovodonación y Abuso del Derecho.

Conforme con la abundante doctrina existente al respecto, todo acto que contraría una norma concreta constituye un acto ilícito. Al respecto el reconocido maestro Sanmarquino Fernández Sessarego señala que: ***“En sentido amplio, lo ilícito no queda atrapado ni se agota únicamente en la malla de la positividad, sino que supone la violación de “algunas de las disposiciones de carácter superior y difuso que están en la base del ordenamiento social”¹³. Acto ilícito es así no sólo aquella conducta que contradice un artículo concreto del ordenamiento del ordenamiento positivo sino aquel comportamiento que, aún encontrándose en consonancia formal y aparente con una determinada norma, resulta contrario a lo prescrito en los principios generales del derecho que impregnan e informan la totalidad del sistema jurídico.”¹⁴ ... “Sin embargo, si bien es cierto que la ilicitud, objetivamente considerada, resulta ser aquella conducta humana intersubjetiva contraria a la permitida por el ordenamiento jurídico, “Es obvio refiere el maestro sanmarquino... “que en el ordenamiento jurídico existen prohibiciones “específicas”, precisas, puntuales. Pero al lado de ellas encontramos también prohibiciones “genéricas”, que comprenden un amplio espectro de conductas, sin referencia o descripción de cada una de ellas. Ejemplo de este tipo de prohibición es la que, precisamente prescribe como conducta no permitida o prohibida, no tolerada o amparada por el ordenamiento jurídico a aquella, a través de la cual un determinado sujeto, actúa “abusivamente” un derecho subjetivo del que es titular, lesionando, de***

¹³ Las negritas son nuestras.

¹⁴ Carlos Fernández Sessarego, Abuso del Derecho, 2da. Edición, Editorial Grijley, Lima 1999, p. 1388.



este modo, el interés de otro u otros sujetos. El acto abusivo se convierte, así, en la trasgresión de un deber genérico, derivado de una prohibición, también genérica.”

Continúa Fernández Sessarego: *“Cuando mediante un principio general o una norma especial el legislador impide el uso “abusivo” de un derecho, el acto perpetrado “contra esa limitación cae de golpe en la categoría de la ilegalidad, aunque el legislador haya conservado en su texto la expresión abuso”. Como lo señala Dabin con precisión, el “abuso” en sentido técnico desaparece cuando el legislador sólo concede un derecho con la reserva de que se use de un modo determinado “no abusivo”, el mismo que corresponde apreciar al Juez. Si el titular del derecho lo ejercita en condiciones prohibidas, ello “colocaría a su titular fuera de su derecho legal”.*

Así también, enseña Fernández Sessarego que *“El acto realizado en el ejercicio de un derecho es, en principio, un acto lícito, un comportamiento permitido por la ley. Pero, a través del llamado abuso del derecho, dicho comportamiento jurídicamente admitido, se convierte en un fenómeno que consiste en el ejercicio excesivo, irregular, desconsiderado, anormal y, en cualquier caso, antisocial de un derecho subjetivo susceptible de causar daño en relación con un interés ajeno. Es decir, sustancialmente contrario a la moral social. De este modo, no obstante sustentarse originariamente en un acto lícito, mediante una actuación socialmente inadmisibles, aquel derecho subjetivo deja de ser “un derecho” para convertirse, transpuesto cierto límite que debe ser apreciado por el juez, en un acto que ya no es lícito y con el que se incurre, más bien en la trasgresión de un deber genérico de respeto al interés de los demás. No puede perderse de vista que la solidaridad se traduce más intensamente a través de los deberes que de los derechos.”¹⁵*

5. El Juez frente a una conducta abusiva o contraria a un deber genérico legal.

Es taxativo Fernández Sessarego cuando menciona que: *“La vigencia del abuso del derecho radica fundamentalmente en la correcta interpretación que de él efectúe la jurisprudencia. Corresponde a ésta decidir, en última instancia y casuísticamente, sobre los alcances de su aplicación así como determinar las correspondientes sanciones que surgen ante su presencia generadora de perturbaciones en las relaciones sociales. El papel de los jueces es determinante en los países en los cuales el abuso del derecho no ha logrado aún convertirse en una específica cláusula general del derecho positivo. En esta especial circunstancia, la jurisprudencia tiene que sustentarse tanto en los principios generales del derecho –fundamentalmente en el de la buena fe y en el de las buenas costumbres - como en la conciencia jurídica colectiva, a la que hemos aludido en la precedencia. La sensibilidad axiológica del juez, se expresa en su rechazo a que se lesiones el interés de una persona – siempre que éste sea digno de tutela jurídica- sobre la base de un ejercicio abusivo de un derecho subjetivo, máxime cuando ello no reporta*

¹⁵ Ibidem, p. 130-131.



utilidad alguna para su titular o cuando el acto abusivo se comete contrariando la finalidad económica – social inherente al derecho. La conciencia valorativa del juez vivencia, en este caso, la injusticia y la falta de solidaridad de la conducta agravante del titular del derecho subjetivo, pese a que ella se sustenta, en su origen, en una situación lícita.” ... “La función del juez es de la mayor importancia tratándose del abuso del derecho desde que, a su intuición axiológica, a su sensibilidad valorativa, deberá agregar una especial capacidad de análisis de las circunstancias del caso. En efecto el juez deberá de apreciar objetivamente si el titular, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad socio-económica del mismo. Debe por ello, conocer la estructura económico-social de cada derecho, tener una especial capacidad para definir la finalidad de cada derecho, el papel que asume en la formación de las relaciones sociales.

La función judicial se alivia, en relación con la hipótesis anteriormente citada, en el caso de aquellos países cuyos ordenamientos jurídicos contienen reglas que expresamente prohíben el ejercicio abusivo del derecho. En esta circunstancia el juez puede encontrarse frente a una norma que simplemente manifiesta que no se ampara el abuso del derecho, sin definirlo, o puede ser que halle en el propio ordenamiento, además, algunos criterios que faciliten su percepción del caso.

Por lo expuesto, es conveniente la introducción en los códigos civiles de una cláusula prohibitiva del abuso del derecho. De esta forma, como apunta Warat, “se le otorga al juzgador el respaldo legal necesario para desarrollar plenamente la parte intuitiva del acto de decisión.

Se discute si es técnicamente recomendable que los códigos, al fijar la norma prohibitiva del abuso del derecho, establezcan los criterios que han de servir al juez para la caracterización de dicho abuso. Las opiniones están divididas. Así un sector de la doctrina, en función del principio de certeza, prefiere la precisión normativa de tales criterios. De este modo, se aduce, se evitan arbitrariedades judiciales. Otro sector, en cambio, considera que es aconsejable a la manera de los códigos civiles suizo o peruano, no fijar ningún criterio, dejando al juez en libertad de estudiar casuísticamente los casos sometidos a su consideración, sin límites ni cortapisas. Ello, en tanto son varios los criterios, que pueden adoptarse en vista de la variada fenomenología que se suele presentar tratándose de actos abusivos. Los que se adhieren a esta posición confían, fundamentalmente, en la “prudencia iuris”. Es tan rica la casuística de los actos abusivos que trae como consecuencia que la actividad creadora del juez sea más amplia en los que a ellos atañe que en el común de los casos que se someten a su jurisdicción. No obstante el juez tiene pautas concretas que han de orientar su función. Ellas, de no encontrarse en el texto mismo de la ley, han de buscarse en la cada vez más numerosa obra doctrinal y en los precedentes



jurisprudenciales. Por ello, no cabe sostener que en esta hipótesis el juez pueda actuar de modo arbitrario. ¹⁶

Por otro lado respecto a la materia que nos ocupa Fernández Sessarego nos responde: *“El deber genérico de no ejercer de modo antisocial un derecho está contenido, como se ha señalado, en cláusulas o principios generales del derecho. Son cada vez más numerosos los ordenamientos jurídicos en los que tienen vigencia dichas cláusulas generales prohibitivas del ejercicio o de la omisión abusiva de un derecho subjetivo. Principios que informan todo el ordenamiento jurídico y nos indican que “abusar de un derecho” significa incumplir con un genérico deber a cargo del titular del derecho subjetivo, deber que se encuentra integrado en todas y en cada una de las situaciones jurídicas subjetivas. De ahí que el abuso del derecho no sería un acto lícito, sino por el contrario, configuraría una conducta expresamente prohibida por la ley”*¹⁷

Así también menciona: *“El abuso del derecho es en la actualidad, un principio general del derecho, tema central de la Teoría general del derecho. Se alude por ello, preferentemente en los títulos preliminares de los códigos civiles más modernos, como es el caso del peruano de 1984 y del español a partir de la reforma efectuada en 1974. No figura, en consecuencia, en la sede de la responsabilidad civil, ni debería tampoco aparecer sistemáticamente, como ocurre en algunos recientes códigos civiles, en la sección correspondiente al “ejercicio de los derechos”, pese a que está estrechamente vinculado con estas materias. El abuso del derecho, que es un acto ilícito sui generis, tiene siempre su origen en el ejercicio de un derecho que afecta un interés existencial que no se halla normativamente protegido por el ordenamiento jurídico.”*¹⁸

Y se muestra más enfático cuando menciona que: *“La consagración legislativa de la prohibición del abuso del derecho, bajo la fórmula que “la ley no ampara el abuso del derecho”, origina en este siglo el nacimiento de un nuevo matiz dentro de la ilicitud jurídica. Ello, de otra parte, otorga al Juzgador un fundamento legal, cierto y preciso, sobre la base del cual puede elaborar sus fallos condenatorios de una conducta antisocial de peculiar característica.”*¹⁹

Conforme lo anterior, es válido entonces formularnos la siguiente pregunta: ¿Es lícita la maternidad por ovodonación en nuestro país? La respuesta es sencilla: No. Por ser un acto ilícito abusivo. En ese sentido Varsi es concluyente cuando señala: *“En el ámbito nacional existe una prohibición tácita a la fecundación extracorpórea con óvulo de cedente (ovodonación), a la transferencia de embrión ajeno (embriodonación) y a*

¹⁶ Opus Citatum, p. 29-30.

¹⁷ Opus Citatum, p. 132.

¹⁸ Opus Citatum, p. 4.

¹⁹ Opus Citatum p. 135.



los servicios de gestación (maternidad portadora) subrogada pues la LGS (art.7) establece que la condición de madre genética debe coincidir con la de madre gestante.”

A. Calificación jurídica

La maternidad subrogada es un acto jurídico ilícito y dicho carácter se da, compartiendo el criterio de Cárcava Fernández²⁰, por los siguientes casos:

- Objeto física y jurídicamente imposible*
- Fin ilícito*
- Atenta contra el orden público pues se comercializa con el cuerpo humano.*
- Es contrario a la ley al contrariar las normas naturales de la filiación.*
- Es un fraude a la institución de la adopción.*
- Es contrario a la moral y a las buenas costumbres, se asemeja al contrato de prostitución.*
- Tipifica casos delictuales como el tráfico de niños, fingimiento de preñez, suposición de parto, alteración de la filiación y del estado civil, falsos reconocimientos.²¹*

En la obra de Claudia Morán de Vicenzi, El concepto de filiación en la Fecundación Artificial²² opina Ramón Durán Rivacoba²³ que la fecundación heteróloga *“es el más complejo asunto al que nos enfrentamos, por su incidencia práctica,... su mayor escollo es el que concierne a la determinación de la filiación así obtenida. Los resultados pueden ser tan abusivos en términos de justicia individualizada, que inevitablemente tienden a subvertir el orden jurídico establecido sobre las bases de la naturaleza”²⁴.*

A propósito de las Técnicas de Reproducción Asistida el Dr. Ramón Durán Rivacoba reflexiona de la siguiente manera: *“La carencia de norte seguro en materia de filiación asistida distorsiona lo que parecía incólume, al menos teóricamente: **el único beneficio de los hijos**. Todo el ordenamiento exige dicha máxima; por eso se denomina derecho de filiación y no de paternidad. El injusto panorama de partida en las codificaciones*

²⁰ CARCABA FERNÁNDEZ, María: Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana, cit. p. 169.

²¹ Op. Cit. E. Varsi, p. 262.

²² Claudia Morán de Vicenzi, El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial, ARA EDITORES, Piura, 2004.

²³ Catedrático de Derecho Civil; Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo (España).

²⁴ Ramón Durán Rivacoba en El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial, Op. Cit. p. 14



*decimonónicas, que permitía el abuso del varón consintiendo progenitores indemnes, acaso fomento ahora madres exclusivistas, también a espaldas de los prioritarios bienes de la descendencia. Imponer a la prole que nazca sin el amparo de una familia estable no parece muy lógico ni digno; y que decir del reconocimiento de una voluntad materna que omite a uno de los protagonistas básicos del asunto, como es el padre. Aunque a ciertas “usuario(as)” – inaudito término legal – les resulte superfluo éste, **habría que preguntarse por los hijos, destinatarios de semejante deseo excluyente**²⁵. A mi juicio, el derecho no debe acoger impulsos personales, al margen de la justicia colectiva; y especialmente, de los intereses de los más vulnerables. Admitir cuanto las técnicas médicas permitan, configura una praxis de corte neoliberal y anacrónico, según creo mejorable.”²⁶*

III. FILIACIÓN, DERECHO A PROCREAR Y MATERNIDAD.

Conforme hemos mencionado, tratamos de ponderar la importancia de Instituciones, principios, valores, derechos y conceptos para la conformación de criterios orientados a la toma de decisiones judiciales sobre la materia; en ese sentido toca analizar aquellas instituciones vinculadas directamente al tema.

1. Filiación

Filiación es aquel vínculo que existe entre progenitores y generados²⁷.

2. Régimen jurídico de la filiación en el Perú.

El Régimen de Filiación en nuestro ordenamiento jurídico, conforme a nuestra tradición jurídica y nuestra actual constitución, no ha sido siempre el mismo. En efecto, Claudia Cecilia Morán Morales, nos ilustra con claridad, al revelarnos cual ha sido su derrotero y cual es la posición que actualmente informa a la legislación peruana. Señala ella:

“La evolución de los regímenes de filiación: Del Favor Legitimitatis al Favor Veritatis: *Los regímenes de filiación recogidos en las legislaciones civiles del siglo XIX y parte del XX eran cerrados y restrictivos de la investigación de la paternidad ilegítima e impugnación de la legítima. Ello se debió en gran parte a la influencia del Código Civil francés de 1804 (Código Napoleón), en el que se recogía una norma contraria al movimiento a favor de la igualdad que la Revolución supuso, estableciendo en su artículo 340 la prohibición de la investigación de la paternidad, con la sola excepción del rapto siempre que este coincidiera con la época de la concepción. Asimismo, de*

²⁵ Las negritas son nuestras.

²⁶ Ramón Durán Rivacoba en El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial, Op. Cit. p. 9, 10.

²⁷ J. Puig Brutau; Compendio de Derecho Civil, vol. IV, Barcelona, 1991, p.125 en Claudia Morán de Vicenzi, El Concepto de Filiación en Fecundación Artificial, ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2005, p. 30



acuerdo con los artículos 312, 313 y 325, la acción impugnación de la paternidad legítima era posible en tres casos excepcionales, y era de ejercicio exclusivo del marido.

*El cambio de orientación se justificó por la mayor protección que merecía la filiación legítima, por los escándalos y abusos a que dio lugar la máxima *creditur virgini parturienti* (), así como por el hecho de que el nuevo régimen concedía a los hijos naturales derechos sucesorios y familiares, lo que hacía necesario regular con especial cuidado la prueba de paternidad, vista la imposibilidad de una prueba cierta de ésta ().*

La nueva normativa fue duramente criticada por la doctrina(), hecho que obligó a una posterior reforma del Código Civil francés aprobada mediante Ley del 16 de noviembre de 1912, conforme a la cual se modificó el régimen de filiación hasta entonces vigente por otro, que aunque continuó siendo restrictivo podía considerarse generoso dadas las circunstancias de la época. Sin embargo, la influencia del Code se extendió a casi todos los países europeos que adoptaron el mismo modelo en sus Códigos y legislaciones ().

*Ciertamente, este modelo legislativo privilegiaba el principio del *favor legitimitatis*, que parte de la concepción que el vínculo de filiación no siempre puede o debe coincidir con la verdad, siendo suficiente, a veces, con una determinación meramente formal. Ello, bien porque la prueba puede ser difícil o poco fiable, bien porque el conocimiento de la verdad podría resultar perjudicial para la reputación del hijo () o la estabilidad de la familia legítima.*

Nuestro continente no fue ajeno a la corriente francesa, y diversos Códigos de países de nuestro entorno siguieron el modelo restrictivo que a la vez diferenciaba entre filiación legítima e ilegítima, y dentro de esta última diversas clases de hijos según la condición de los padres ().

En el Perú, los Códigos Civiles de 1852 y 1936 acogieron estos mismos principios en los apartados dedicados al régimen de filiación, si bien lo hicieron con diversa intensidad. En el primero, se reconoció la existencia de dos clases de filiación: la legítima y la ilegítima. Dentro de esta última los hijos ilegítimos fueron clasificados en naturales, nacidos de padres que si bien no estaban casados no tenían impedimento para contraer matrimonio; y no naturales, procreados por quienes estaban impedidos de contraer matrimonio (). El artículo 242 del referido cuerpo legal prohibía en cualquier caso la investigación de la paternidad ilegítima, resultando en este extremo aún más radical que su fuente francesa (). Asimismo, limitó el derecho de alimentos y los derechos sucesorios, dependiendo de si concurrían o no con parientes legítimos.

Por su parte, el Código Civil de 1936, si bien mantuvo la diferencia entre filiación legítima e ilegítima (), eliminó la clasificación de los hijos extramatrimoniales, aunque en algunos casos hizo mención a los adulterinos e incestuosos. En cuanto al contenido de la filiación, esto es, a los derechos reconocidos a unos u otros, mejoró la situación de los ilegítimos, permitiendo en algunos casos la investigación de la paternidad y la legitimación de los hijos nacidos de una relación adulterina o incestuosa.



Algún tiempo después empezó a imponerse entre los juristas y los tribunales una nueva postura orientada a eliminar la rigidez de las normas del régimen de filiación, corriente que fue seguida por diversos ordenamientos europeos () y latinoamericanos (). Producto de la misma es la regulación de la Constitución de 1979 y la de 1993, sobre la igualdad de los hijos y la equiparación de clases de filiación que implícitamente reconoce el derecho a investigar la paternidad, desarrollada posteriormente por el Código Civil de 1984 y por la Ley Nº 27048 que regula lo relativo a la actuación de las pruebas biológicas.

Esta corriente defiende la primacía del principio de veracidad o favor veritatis (), por considerarlo como el criterio ideal y más justo (). Aunque el legislador también puede establecer ciertas limitaciones a fin de proteger valores y derechos que el ordenamiento jurídico considera igualmente importantes () –fundamentalmente la estabilidad del status familiae –, por lo que se puede decir que aún mantiene vigencia el favor legitimitatis, aunque ciertamente haya perdido su rigidez y sea otro su fundamento, conservando más que nada su tradicional denominación.

Ahora bien, el hecho de que el legislador haya establecido algunas restricciones, no supone que la veracidad pierda su cualidad de regla o principio rector. Cualidad que se refleja en unas normas especialmente orientadas a favorecer la coincidencia entre la realidad biológica y la determinación legal; pero también su carácter de criterio de interpretación preferente sobre los demás, en caso de duda o vacío legal .

Lo anterior confirma que cada ordenamiento jurídico organiza su esquema normativo en relación a la filiación matrimonial y extramatrimonial, poniendo en juego las reglas y criterios derivados de la coexistencia de ambos principios. Por esta misma razón se afirma que no existen regímenes de filiación puros, ni cerradamente formalistas ni excesivamente realistas, aunque la tendencia actual sea la de privilegiar la veracidad biológica ().

Es dentro de este contexto de marcada apertura hacia la realidad biológica en el que se enmarcan las legislaciones y la jurisprudencia, que admiten la actuación de las pruebas biológicas como un medio que puede corroborar o descartar una paternidad controvertida. Estos medios de prueba, al coadyuvar a la determinación de la filiación jurídica biológica, se convierten en uno de los instrumentos legales para hacer efectivo el derecho a conocer el propio origen biológico y la tan defendida igualdad de categorías de filiación. Así también lo ha interpretado la jurisprudencia extranjera () en diversas sentencias, en las que se ha puesto de relieve la estrecha vinculación que existe entre las pruebas genéticas y los referidos derechos.

3. Derecho a procrear.

Ciertamente analizar la ovodonación nos obliga a cuestionar una serie de hechos y derechos vinculados a ella. Así es necesario conocer si es que existe un derecho a procrear, y si es así, conocer como debe ser correctamente canalizado. Al respecto, nuevamente Varsi nos explica con mucha claridad:



“Derecho a la procreación: Se entiende como aquella facultad individual que tiene la persona para procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera. Este derecho ha obtenido mayor connotación con la utilización de las técnicas de reproducción asistida en los casos de fecundación en mujeres solas, en homosexuales, maternidad subrogada, crioconservación, clonación, entre otros.

Como facultad inherente al ser humano la procreación es un derecho derivado del derecho a la vida, de la integridad y de la libertad de la persona.

Es con estos derechos que se ejerce de manera real y efectiva la función biológica y, a la vez, responsable del hombre que es la procreación.

Como es lógico, el derecho a la procreación no es un derecho absoluto sino relativo. Es decir la capacidad de procrear de la persona no es ilimitada sino que debe ser realizado dentro de ciertos parámetros esenciales. Uno de ellos es la defensa, respeto y consideración que se debe tener con la vida a generarse que dicho sea de paso debe ser dual de allí el término procrear (crear en conjunto). Prima, de esta manera, el interés superior del niño, que si bien aún no existe --pues no ha sido concebido-- tiene todo el derecho de nacer dentro de condiciones naturales, de encontrarse con una familia establecida y de contar con un hábitat adecuado.

No podemos hacer prevalecer el interés individual (persona) o colectivo (pareja) de procrear frente al interés superior del niño, el cual merece la más amplia protección no sólo por su estado biológico sino sobretodo por el hecho de ser un humano. EN DEFINITIVA NO SE PUEDE CONFUNDIR EL DERECHO A LA PROCREACIÓN CON EL DERECHO AL HIJO, O LO PEOR CON EL DERECHO A TENER EL HIJO A TODA COSTA, CUESTE LO QUE CUESTE²⁸. Estas dos últimas situaciones no se presentan como verdaderos derechos de la persona.²⁹

4. Derecho a la maternidad.

Vicente Montés Penadés³⁰, nos esclarece acertadamente³¹:

“No creo que la mujer en general, sea titular de un derecho absoluta a ser madre³²
en lo que coincido plenamente con alguna de las apreciaciones ya formuladas. Pero

²⁸ Las mayúsculas son nuestras.

²⁹ Op. Cit. pp. 252, 253.

³⁰ Vicente Luís Montés Penadés, Magistrado del Tribunal Supremo Español. Doctor en Derecho por la Università degli Studi di Bologna.

³¹ Vicente Montés Penadés en Fecundación Asistida, ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida, Jaime Enrique Sanz Álvarez, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2002, pp. 46, 47, 48, 49

³² Las negritas y el subrayado es nuestro.

igual que la mujer sola puede concebir por obra y gracia de una relación sexual no permanente ni estable, no veo como se pueda impedir – o no veo porqué- que esto mismo se logre a través de una técnica IAD o FIV. Ciertamente en tal caso no estaríamos exactamente ante un “tratamiento” o ante una “terapéutica”, o mejor dicho sería indiferente que lo estuviéramos o no. Pero ello tendría otras consecuencias ... La verdad yo ni siquiera creo que exista un derecho a la maternidad, y desde luego no estoy afirmando que no haya que proteger la maternidad, ni mucho menos que todas las madres o futuras madres no merezcan igual tratamiento, sin consideración a su condición o al procedimiento para su fecundación. A lo que me refiero es al supuesto derecho a quedar embarazadas que ni está previsto ni puede predicarse. Lo más que puede pedir una mujer es que se le den los tratamientos, los medicamentos y las intervenciones quirúrgicas necesarias que la habiliten para ser madre, esto es que busquen colocarla en igualdad de condiciones para ser madre, si es que por enfermedad o defecto no las tiene, pero no un derecho a ser madre. **Es que el ser madre, por horroroso e increíble que parezca, no es un asunto solo de mujeres, la maternidad viene aparejada a la reproducción y esta es una facultad o atributo de la pareja humana, del hombre y de la mujer a los que se les dotó de los elementos biológicos que la hacen posible**³³, tanto que sin uno u otro de estos elementos la procreación y por lo tanto la maternidad y la paternidad no son posibles, de suerte que, si de un derecho viene a hablarse; dígame de la reproducción, y en este caso, el sujeto de tal derecho no es ni el hombre para pedir la paternidad, ni la mujer para solicitar la maternidad, sino la pareja y, no digo si estable o no, asunto que ya se estudiará, aún cuando los únicos que pedirán ese reconocimiento son aquellos que pretender permanecer unidos.

Desde luego no faltarán las voces de quienes dicen que no puede exigírsele a una mujer que se junte necesariamente con un hombre para ser madre (o que se le exija unirse necesariamente a una mujer para ser padre, pero tales afirmaciones exageradamente machistas o feministas no pueden ser atendidas, desoyendo el palmar, claro y protuberante mensaje de la naturaleza que señala que ese don solo les viene de la unión. **La llamada maternidad del deseo no existe, no es posible aceptar que esta sociedad del bienestar deba dársele a los usuarios todo lo que pidan por la sola razón de que existan los medios técnicos o científicos, no se trata de un chupete, de un muñeco, del juguete de turno o una mascota, hablamos del germen generador de mi especie y aún cuando con la figura del donante quiera mostrarse otra cosa y algún médico practicante de estas técnicas afirme que el semen no es más que un líquido químico, ese esperma reproducirá un ser vivo semejante al donante, con 23 cromosomas entregados por él que marcarán por siempre su condición**³⁴... No es serio señalar como argumento para la fecundación de una mujer sola la facultad que ella tiene de embarazarse con una relación no estable, incluso episódica, sería oficializar la

³³ Las negritas y el subrayado es nuestro.

³⁴ El subrayado y las negritas son nuestras.



irresponsabilidad, pero desde la óptica en que he querido formular mis opiniones, esto es, la protección del niño, tal circunstancia no agrega ninguna argumentación, pues el hijo fruto de esta relación tendría un padre conocido de quien solicitar a quien imponer asistencia mientras que con la fecundación de mujeres solas no.

IV. IDENTIDAD GENÉTICA E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:

1. Impugnación de filiación e identidad Genética

El artículo 409° del Código Civil establece que se podrá declarar judicialmente la maternidad extramatrimonial, siempre y cuando concurren dos elementos: “el hecho del parto y la identidad del hijo”. En ese sentido, contrario sensu y mutatis mutandi se podrá impugnar la maternidad extramatrimonial cuando se demuestre la inexistencia del hecho del parto o se pruebe la inexistencia de identidad de la madre con el hijo.

Nuevamente el profesor Enrique Varsi explica con mucha ilustración lo anterior³⁵:

“Todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado, ésta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción en relación a los progenitores. De allí que se diga que “la filiación humana está basada, pues, en la aportación de material genético con el que se produce la fecundación”. Para que surta efectos legales debe ser conocida conforme a Derecho, de manera tal que la filiación legal (hecho jurídico) es aquella que determina la ley (presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial) o la voluntad procreacional del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado), adquiriéndose la calidad de padre o madre³⁶ .

La filiación está determinada por la paternidad y la maternidad de manera tal que, el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación, constituyendo ésta el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paterno filial. Sin embargo, esta relación puede constituirse sin hecho biológico (filiación sin procreación: adopción) o existir hecho biológico y no filiación (procreación sin filiación: expósitos) o no existir una procreación propiamente dicha y una filiación por determinarse (reproducción asistida y filiación indeterminada).

³⁵ Enrique Varsi Rospigliosi, Derecho Genético, Editorial Grijley, 4ta. Edición, 2001, pp. 193, 194.

³⁶ En lo referido a las fuentes de la filiación MARCIAL RUBIO, alineándose con la teoría de la voluntad procreacional, alega que existen tres formas de producir la relación paterno-filial para el Derecho: 1) La consanguinidad, como regla general, 2) la adopción y, 3) la voluntad del marido de asumir la paternidad del hijo de su cónyuge que no sea hijo suyo, y la voluntad de quien declara ser padre o da la condición de hijo a alguien que no tiene vínculo genético con él. (Vid. Las reglas del amor en probetas de laboratorio, Biblioteca de Derecho contemporáneo, Lima, Pontificia Universidad de Católica del Perú, Fondo editorial, 1996, Vol.2, pp.45 y 46).



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

Escapa del Derecho la posibilidad de crear un vínculo biológico. Sólo lo puede reconocer o impugnar, de allí que el vínculo jurídico no es el elemento creador de la filiación, sino que es el elemento calificador y condicionante de la misma.³⁷

Existen, asumiendo esta posición, dos cuestiones elementales en lo que atañe a la filiación, a saber: el hecho biológico de la procreación y el acto jurídico de su prueba.

Estos dos presupuestos básicos relacionados a la filiación sientan sus bases en las ciencias biológicas, las que tienen como regla evidente el hecho de que cada hijo tiene necesariamente un padre que lo fecundó y una madre que lo alumbró. Sin embargo, para el Derecho puede carecerse de uno de ellos o de los dos porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre estos no está necesariamente la atribución de un estado de filiación.

2. El interés Superior del niño:

Por Resolución Legislativa Nº 25278 del 04 de Agosto de 1990, el Congreso de la República acuerda aprobar la "Convención sobre los Derechos del Niño", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, y suscrita por el Perú, el 26 de enero de 1990. La mencionada convención es la proclamación más completa de los derechos del niño que se haya elaborado, y es la primera en conceder a estos derechos, fuerza legal dentro del derecho internacional.

A decir del reconocido consultor sobre infancia, Dr. Miguel Cillero Bruñol³⁸: "... La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas³⁹ .

El interés superior del niño, tiene su fundamento en los derechos humanos, los cuales a su vez se "han convertido en el fundamento de un sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin discriminación. Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad, y por otro, una finalidad u objetivo que orienta al

³⁷ El subrayado y las negritas son nuestras.

³⁸ Miguel Cillero Bruñol, abogado, profesor universitario y consultor del Área de Derechos del Niño de UNICEF, Argentina.

³⁹ www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf.p.2



conjunto del sistema político y la convivencia social⁴⁰(...) y no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla⁴¹.

El interés superior del niño supone ser “una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no "constituye" soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente⁴². (...) Finalmente el interés superior del niño... “supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo cinco de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art.27.1 de la Convención). Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.⁴³”

3. Interés Superior del Niño y Técnicas de Reproducción Asistida:

Enrique Varsi contempla este importante aspecto referido al respeto del interés superior del niño frente al avance de la ciencia y la tecnología. Así para Varsi los derechos se estructuran en base a valores fundamentales como son la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad que más que derechos (en realidad metaderechos de la persona) son la fuente o esencia para otorgar la protección y seguridad al ser humano, así en faz de proteger al niño de toda forma de violencia, es obligación del Estado no permitir la ovodonación, por cuanto: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño (art.4, Constitución) de allí que el Código de los niños y adolescentes garantice la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental (art.1).*

⁴⁰ Ibidem, p. 4.

⁴¹ Ibidem, p.5.

⁴² Ibidem, p. 9.

⁴³ Ibidem, p. 12.



Esta protección normativa se hace extensiva a la gran diversidad y formas de manipulación genética como la fecundación de embriones por mezcla de componentes genéticos, transgénesis, clonación, selección de sexo, procesos de hibridación, quimerización, crioconservación, cesión de útero, ovodonación, embriodonación, entre otros.

Establecer una tipificación penal para estas conductas contrarias a la integridad, dignidad e individualidad del ser humano es fundamental, ya que deben tipificarse estos métodos científicas como delitos tipo por manipulación genética o por manipulación ginecológica⁴⁴.

De igual opinión es la jurista argentina Dra. Teodora Zamudio quien al respecto escribe⁴⁵:

“Con la reforma Constitucional de 1994, se receptan algunos tratados con jerarquía constitucional, tal como lo establece el art. 75 inciso. 22. La Convención sobre los Derechos del Niño establece que en lo referente a las medidas que involucren a los niños las autoridades administrativas, judiciales, las instituciones públicas o privadas, deberá tener en mira el interés superior del niño, tal como lo expresa el art. 3ero de dicha Convención. Este derecho se resguarda con el ejercicio no abusivo del derecho individual. En especial teniendo en cuenta el derecho del niño a su identidad, integridad física, a la salud y educación, frente a cualquier derecho encontrado de los padres, tal como lo establece Jorge Azpiri.

La Convención de los Derechos del Niño, en su art. 8vo, inciso. 2do establece que cuando a un niño se lo priva de algunos de los elementos de su identidad, los Estados Partes deberán prestar la asistencia adecuada para restablece la identidad. Esto es, tratar de unir la realidad del vínculo biológico con la jurídica, reconociéndose así el derecho a lograr el estado de familia, o el emplazamiento adecuado, y para eso goza de ciertas presunciones a su favor y de acciones tendientes a destruir un vínculo u obtener el emplazamiento filial, siempre guardando cierta coherencia. Es decir, pedir un emplazamiento pero antes o al mismo tiempo impugnar el que en ese momento se tiene (manteniendo siempre la igualdad del sexo del padre que se impugna y se busca emplazamiento).

Es un derecho del hijo obtener el emplazamiento y no una facultad de los padres. Afirmado esto, qué derecho tiene el hijo concebido in vitro? Cómo entran a jugar estas facultades del hijo, siendo el interés jurídicamente protegido el derecho del hijo a conocer la identidad de sus verdaderos padre y madre.

⁴⁴ Enrique Varsi, Op. Cit. p. 158

⁴⁵ <http://www.biotech.bioetica.org/i33.htm>



Se estaría violando el derecho de este hijo de conocer su verdadera identidad, si se primaran los derechos de los donantes a que se resguarde su identidad. Si se sostiene que debe primar el derecho del donante y el secreto acerca de su identidad, de este modo se frustra desde el inicio el derecho a conocer su verdadera identidad. De este modo colisionan el derecho a la identidad del hijo y el derecho a la intimidad del dador.

Primar el anonimato es estar a favor del derecho a la intimidad y primarlo por sobre el derecho a la identidad. De este modo se estaría en contra de lo establecido en los tratados internacionales receptados por la Constitución en 1994.

Hay distintas presunciones tales como la que establece que la maternidad quedará establecida con la prueba del nacimiento y de la identidad del nacido. Habría aquí que variar esta presunción porque estamos ante casos de reproducción asistida. En este caso se está emplazando una relación materno – filial con independencia de la voluntad de ella para hacerlo (atribución legal de maternidad), esto es muy positivo pero los casos en los que estamos tratando trae una complicación más.

Hoy ya no rige mas el precepto romano que establecía que la madre era siempre cierta, pues como arriba expusimos, pueden participar hasta 4 madres en el proceso de gestación.”

Al respecto es importante mencionar, cuales son aquellos derechos del niño frente al avance de las biotecnologías. En ese sentido por iniciativa de la UNESCO se realizó la siguiente declaración: “Reflexiones sobre la bioética y los Derechos del Niño”⁴⁶, celebrado en Mónaco en abril del 2000 estableciendo lo siguiente:

Se ha constatado que la infancia es una realidad compleja evolutiva y que merece ahora una atención especial. El niño es un ser frágil, pero su autonomía no debe ser ignorada. En consecuencia, sus derechos - sobretodo su supervivencia, su desarrollo - y su participación y las protecciones que le son necesarias figuran útilmente dentro de textos nacionales e internacionales protectores de los derechos de hombre, los cuales se añaden a las disposiciones particulares concernientes, sobre todo la convención de las Naciones unidas sobre los Derechos del Niño. Estas observaciones abarcan toda la dimensión de sus derechos, desde entonces hay una toma de conciencia, en atención a sus primeros años de vida, los progresos hechos en biología y medicina, así como las evoluciones culturales.

I. Los Orígenes del infante

Todo Infante es un ser singular y nuevo.

⁴⁶ Declaración de Mónaco. Coloquio Internacional de Bioética y Derechos del Niño. Mónaco, 28 - 30 Abril 2000.



El respeto de la dignidad del embrión in vitro creado con fines de procreación en caso de infertilidad de la pareja o para evitar la transmisión de una afección de especial gravedad y luego del feto debe ser asegurado.

La utilización de nociones de la ciencia genética y de la medicina fetal debe respetar el principio de “no discriminación” y no debe apuntar a la reducción o la eliminación de la diversidad humana o las posibilidades de vida.

La vida del infante no deberá ser considerada como un perjuicio, cualquiera que sea el grado de una minusvalía (handicap) física.

II. Los vínculos del infante.

Las medidas tomadas para asegurar la protección del infante deben estar adaptadas a su grado de autonomía.

En función del interés del niño, los padres o las personas que detentan la autoridad parental, deciden el grado de información a otorgar al infante sobre sus orígenes, si su nacimiento resulta de una asistencia médica a la procreación.

El cuidado y la educación en el seno de una familia, cuyos miembros tienen responsabilidades respecto del propio niño, constituyen para él la mejor situación, la cual se conviene buscar y procurar en todos los casos.

El infante debe ser incorporado a las decisiones que le conciernen, tanto sobre el plan de su salud, como sobre aquellas que tratan de su educación, cada vez más y mejor conforme vaya afirmando su autonomía. La incumbencia de sus padres debe conformarse la una y la otra a esta exigencia.

El interés superior del infante debe en principio estar por encima de aquellos que tiene el adulto cuando ambos éstos divergentes.

4. Interés Superior del Niño y su Derecho a la Identidad:

La reconocida abogada argentina Dra. Liliana A. Matozzo de Romualdi comenta lo siguiente en artículo “Doctrina de los derechos biológicos⁴⁷”

A raíz del avance de la tecnología sobre la evolución biológica natural de las especies y del medio ambiente, es necesario establecer en el Derecho, la categoría de los "DERECHOS BIOLÓGICOS" de las personas y de la especie humana como tal, y de arbitrar los medios legales y la formación de la conciencia pública necesaria para lograr su protección eficaz.

⁴⁷ LA BIOTECNOLOGIA Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD. Dra. Liliana A. Matozzo de Romualdi, en El derecho, N° 8959, del 13 de marzo de 1996, en los Cuadernos de Bioética del Grupo de Investigación en Bioética de Galicia, Vol. VII, nro. 25, 1ra., 1996.

La aplicación de las nuevas técnicas de recombinación artificial de materiales genéticos provenientes de organismos vivos, llamada ingeniería genética, y de otras que tienen estrecha vinculación con estas, tales como, la biología molecular, las técnicas de procreación médicamente asistida y de reproducción artificial, la clonación, la producción de quimeras, seres mosaicos o híbridos, la partenogénesis, la ectogénesis, las técnicas de diagnóstico prenatal y terapia génica, las de diagnóstico genético en general, la biotecnología, la biomedicina, la terapia fetal, la inmunoterapia, los trasplantes, la sicocirugía, el diseño de proteínas sintéticas, etc. ... suscita gran inquietud. La Biotecnología en la actualidad tiene la aptitud de conmocionar los ámbitos genético, biológico, social, ético y jurídico del origen, la transmisión, la conservación y la finalización de la vida.

Es innegable que muchas de las técnicas mencionadas ofrecen un gran potencial industrial y agrícola que podría ayudar a resolver los problemas mundiales de producción alimentaria, de energía y de materias primas.

La genética clásica contribuyó en este siglo a desarrollar métodos de selección muy útiles para obtener razas cada vez más perfeccionadas, e innumerables especies vegetales ya han pasado por las manos de los biólogos moleculares.

Por otro lado, reina además cierta incertidumbre en cuanto a las incidencias de la investigación experimental sobre la salud, la seguridad y el medio ambiente, que se traducen en conflictos y consecuencias jurídicas, sociales y éticas de largo alcance, producidas por la posibilidad de conocer y de manipular las características genéticas hereditarias de un individuo y con ello conducir los destinos de toda la humanidad.

No cabe duda que la libertad de investigación científica y aplicación de conocimientos adquiridos en estas tareas, entrañan deberes y responsabilidades, en lo que concierne a la salud y a la seguridad de las personas y del medio ambiente vital, reclamándose una eficaz protección contra los riesgos que implica la manipulación de microorganismos y organismos en general.

En nuestro país, como en tantos otros, no hay leyes que regulen estas prácticas, ni que garanticen los derechos esenciales de los sujetos involucrados en ellas: embrión humano, científico, médico, mujer fecundada artificialmente, enfermo, discapacitado, etc. Las actuaciones biotecnológicas, biocientíficas y sicobiomédicas sobre las personas han atraído en este último tiempo el interés de juristas y legisladores, y no son pocos los ámbitos académicos y profesionales que han organizado Comisiones de Bioética ad-hoc para realizar evaluaciones interdisciplinarias.

El Estado tiene la obligación de garantizar su ejercicio, su defensa y reparación cuando hayan sido violados por otros particulares o por el Estado mismo. La protección de estos derechos es esencial para preservar el futuro biológico de la humanidad, por lo que serán ejercidos por todas las personas, por sí o a través de sus representantes legales, desde el acto mismo de la concepción y hasta la muerte natural.



Incluyo en la categoría de derechos biológicos, a los siguientes:

- a) *el derecho a la vida,*
- b) *el derecho a nacer,*
- c) *el derecho a gozar de salud física y síquica,*
- d) *el derecho de gozar de integridad física y síquica,*
- e) *el derecho al mantenimiento y preservación de los vínculos paterno-filiales y fraternales,*
- f) *el derecho de ser concebido, gestado, alumbrado y criado dentro de una familia, basada en la unión de varón y mujer, y en su defecto, ser adoptado en las mismas condiciones,*
- g) *el derecho de disfrutar del primer medio ambiente humano natural, el seno materno,*
- h) *el derecho de ser tratado en condiciones de igualdad,*
- i) *el derecho a la intimidad,*
- j) *el derecho de recibir información adecuada a su nivel de comprensión sobre las modalidades, necesidad, resultados y tiempo de curación esperados, contraindicaciones y efectos adversos posibles de todas las actuaciones que deban practicarse sobre su salud sicofísica,*
- k) *el derecho de expresar un consentimiento debidamente informado sobre los aspectos relacionados en el punto j),*
- l) *el derecho de gozar de una identidad genética, biológica, social y jurídica indiscutibles. (...)*

El derecho a la identidad es el que tiene más estrecha relación con el derecho a la vida, porque al comenzar a ser, se tiene el derecho de ser reconocido como tal.

¿Cómo se puede violar el derecho a la identidad de un niño?

Cambiándole el nombre, la edad o la familia de pertenencia. Obligándolo a vivir una vida que no le pertenece, y privándolo de vivir su propia vida. Negándole el derecho de conocer su propia historia y su linaje. Condenándolo a perder su destino y desgajando su aporte del proyecto de construcción de la humanidad.

Cualquier menoscabo a la identidad, se traduce en una ofensa a la sociedad entera y a las esperanzas del hombre.

Imposible intentarse borrar la lamentable experiencia de los niños desaparecidos durante el proceso de reorganización argentino, muchos nacidos en cautiverio, con



identidades adulteradas, mediante el registro con nuevos datos filiatorios, o mediante adopciones ilegítimas.

El niño tiene el derecho de vivir con su familia de sangre, razón por la cual, nuestro sistema jurídico plasma el principio de la verdad biológica y el derecho a la identidad en todo su concepto, admitiendo las pruebas genéticas en la indagación de los vínculos familiares.

La Convención sobre los Derechos del Niño -Ley 23.849, en su art. 7mo consagra el derecho del niño de conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, y la obligación de los Estados Partes de velar por la aplicación de este derecho, de conformidad con su legislación nacional. En su art. 8vo establece que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Agrega en el mismo art. que cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

La biotecnología aportó nuevos elementos para indagar y establecer con cierto grado de certeza, la identidad genética de las personas. El Banco Nacional de Datos Genéticos, creado por Ley 23.511, brinda asistencia técnica para esclarecer genéticamente vínculos biológicos cuestionados en sede judicial o a nivel particular (...)

Cuando algunos de los equipos médicos especializados en fertilización asistida aluden a las ventajas de la donación de gametos ante la anovulación de la mujer o la oligospermia o azoospermia masculina, insisten en la conveniencia de mantener el anonimato del donante. "El donante no tiene intención de procrear", agregan. Pero no es lo mismo donar sangre o un órgano no reproductor, que un ovario, semen u óvulos. Estos elementos del cuerpo sin duda serán utilizados para concebir seres humanos.

Los padres que emplean gametos de un tercero en la concepción de un hijo, están alimentando "la sicosis del hijo biológicamente propio", siendo que ese hijo no será de esa pareja, sino de otro, y vivirán la ficción del vínculo biológico hasta que la verdad aflore si duda en forma traumática. Estos padres, en general rechazan la idea de la adopción, aludiendo a menudo al "mito de la sangre extraña", pero no vacilan en concebir un hijo con la participación biológica de un extraño. (...)

Los Bancos son lugares de oferta y demanda de bienes con un indiscutible contenido económico. Algunos de los equipos médicos aluden a la donación de gametos como un gesto solidario de quien regala algo que le sobra para que otros tengan la posibilidad de ser padres. En realidad, la donación como tal, no existe. El donante cobra por su contribución de gametos, y la pareja que los recibe, también debe pagar por ellos. El médico media entre la oferta y la demanda.

Hace unos días llegó a mis manos una publicidad de una empresa argentina que realiza criopreservación de semen, llamada Cryobank (Banco de congelación), donde se



referían a la paternidad diferida, inseminación artificial y servicios de andrología. Según esta publicidad, este banco es un "banco de semen social y éticamente responsable y comprometido a mantener los criterios estrictos establecidos por el avance científico y tecnológico". Aún no puedo acertar a definir que es un "banco de semen social y éticamente responsable". Cabe recordar que no hay legislación específica que prohíba la existencia de Bancos de Semen, a pesar que el Proyecto de Fecundación Asistida presentado por el Dr. Carlos Ruckauf en 1993 (tratamiento parlamentario nro. 81), y que he elaborado, lo prohíba expresamente. En igual modo se ha expedido la Comisión Nacional para el Estudio de la Relación de la Biociencia y los DDHH del Ministerio del Interior.

Para determinar el potencial fértil del semen se realiza una prueba de congelamiento y descongelamiento. Si es satisfactoria se procede a congelar un mínimo de 2 a 3 muestras que se almacenan divididas en recipientes separados, cada uno de los cuales puede ser utilizado para inseminación. El tiempo necesario para criopreservar las muestras es, en general, de 5 a 7 días y se lleva a cabo durante los días previos al inicio del tratamiento. Estos tiempos no son suficientes para determinar si el semen es portador de enfermedades de transmisión hereditaria.

El Cryobank cuenta con "UN POOL DE DADORES ANONIMOS DE FERTILIDAD COMPROBADA" que han completado una "extensa evaluación genética y médica, con especial atención a las enfermedades infecciosas de transmisión sexual". Desconozco si la Autoridad Sanitaria ha establecido un standard de exámenes a los que deben someterse a los gametos para determinar su admisión con fines procreativos, o si estos exámenes son practicados y evaluados por los dueños del Banco.

Si el ser concebido hereda una enfermedad o tiene alguna discapacidad, esto habilita al receptor a demandar al Banco en cuestión por incumplimiento contractual? Es un contrato de servicio? o de resultado? El niño nacido con fallas se devuelve? Agrega el Cryobank que las pacientes embarazadas pueden reservar muestras del mismo código del donante para otros embarazos futuros. Para ello deben comunicárselo al Cryobank a la brevedad y formalizar la reserva. El Cryobank tendrá idea y se hará responsable por la cantidad de hijos del mismo donante que estarán naciendo? Porque si se puede reservar el código del donante y muchos padres quedaron conformes con el "producto", tendrán mayor demanda del mismo donante.

El parentesco es un impedimento para contraer matrimonio. Esos niños cuando crezcan y estén en edad de casarse, gozarán del derecho de saber si la persona con quienes van a casarse fue concebida con semen del mismo Banco? Y si descubren que es cierto? Es más, ¿sus padres les confesarán que acudieron a un banco de semen para concebirlos porque se negaban a adoptar? Es más, si un hombre conoce una mujer a quien le lleva 18 años, y desea casarse con ella, y este en su pasado se mantuvo gracias a la venta de su semen, cómo enfrentar la situación llegado el caso en que la mujer le diga que fue concebida con semen de donante, o si lo descubren después de casarse y tener hijos?



Lo que tan prolijamente nuestra ley de matrimonio civil previno, lo imponen la crisis de la razón médica y la sicosis de algunas parejas estériles potenciada por la falta de ética de algunos profesionales de la salud y la ausencia de un marco legal específico que prohíba esta forma de procreación.

En conclusión, la donación de gametos es un violento atentado al derecho a la identidad genética del niño, que puede ocasionarle a lo largo de su vida situaciones psicológicas muy dolorosas de dudosa recuperación e inestabilidad social y jurídica. Sumado al hecho de que sus padres lo hicieron parte de la "ficción del hijo propio", que fue producto de un contrato de compraventa de gametos, que le negaron el derecho de conocer su historia, su pasado, su identidad genética, y que tendrá hermanos desconocidos transitando caminos tal vez comunes, quizá lo obliguen a aborrecer la familia que ha constituido en la ignorancia de tales hechos, conduciéndolo hacia un trágico final.

El interés del menor y su seguridad priman sobre los derechos de las parejas estériles que pretenden acudir a la donación de gametos para satisfacer sus "deseos del hijo".

La responsabilidad médica debe contemplar los derechos del niño y no recomendar el uso de gametos de donante. (...)

Las bombonas de nitrógeno líquido de muchos centros de fertilización asistida contienen cientos de embriones (niños de microscópico tamaño) congelados a más de 160 grados bajo cero. Más del 50% de ellos mueren al ser descongelados. Otros sufrirán efectos mutágenos de la radiación de fondo. Otros serán desechados por haber pasado un tiempo prolongado sin definición de su destino.

Para asegurar el éxito de los tratamientos de FIV (fecundación in vitro) se conciben más embriones de aquellos que serán transferidos a la mujer. Se eligen los mejores, se intenta una transferencia, y los demás son "criopreservados para no ser destruidos", a la espera de ulteriores transferencias, o mejor destino. Lo cierto es que muchas mujeres al tener éxito en la primera transferencia y con más razón si nace más de un niño, jamás reclamarán la transferencia de los "otros hijos biológicos" que estén congelados.

Los médicos hacen firmar a las parejas ciertos "consentimientos informados" donde se pacta el destino de estos niños. Si los donarán, los desecharán, los ofrecerán para investigación científica, etc.

Esta gente parece ignorar que las convenciones particulares no pueden derogar normas de orden público. La legislación constitucional que establece la protección de la vida desde el momento mismo de la concepción, coincide con el derecho implícito de toda persona a vivir y a ser tratada con dignidad. Congelar una persona no es tratarla con dignidad. Cosificar a una persona como parte de un contrato de donación es una aberración jurídica. Permitir que los padres biológicos de un niño firmen un "consentimiento informado" estableciendo congelar a sus hijos, donarlos como cosas, o entregarlos para investigación, es simplemente siniestro.



Hijos nacidos por estas técnicas tendrán el derecho de indagar cuál fue el destino de sus hermanos, ya que los una un "vínculo biológico fraternal" al ser concebidos todos en el mismo momento. Qué les dirán a sus padres frente a la selección efectuada y al destino encomendado a sus hermanos "sobrantes"? A estos niños se les alteró su identidad familiar, ya que sus hermanos no pudieron tener la oportunidad de nacer a pesar de haber sido concebidos todos en una misma ocasión.

Deberá prohibirse la congelación de personas y deberá buscarse una solución humanitaria para esos miles de embriones que duermen el sueño del nitrógeno líquido. Tal vez, después de efectuar una correcta identificación, y manteniendo activos sus derechos alimentarios y hereditarios, puedan ser orientados hacia la adopción prenatal, tratando además de no separar a los embriones-hermanos que podrán ser transferidos a la misma mujer, para intentar respetar en algo el vínculo biológico fraternal creado por el hombre intencionalmente, para luego ser destruido.

Si después de la congelación, un embrión llega a vivir, se habrá alterado su edad genética, su tiempo y su espacio, su desarrollo sicofísico, su lugar en el mundo y en la historia de la humanidad, para nacer en el momento en que se lo permitieron, no en el momento adecuado según su concepción. (...)

Regresando a modas esclavistas y serviles, se pretende que ciertas mujeres trabajen de "incubadoras humanas" para gestar hijos para otras que no puedan o no quieran hacerlo. El niño es gestado en un útero diferente del de aquella que lo recibió y que ha contratado por el servicio, y sufrirá el trauma de interrumpir el desarrollo de afectos prenatales con la mujer portadora que lo alimentó por nueve meses y que lo acompañó a nacer.

V. CONCLUSIONES

- En nuestro país la oferta de óvulos "donados" es un hecho cotidiano e incluso publicitado.
- La ovodonación se encuentra prohibida por el artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud, norma de orden público.
- La ovodonación es una TERA supraconyugal que desplaza la verdad biológica.
- La ovodonación es un acto ilícito y constituye un abuso del derecho.
- Cabe al juzgador sancionar el abuso del derecho.
- Nuestro actual ordenamiento jurídico de filiación favorece la verdad biológica sobre la filiación que favorece la legitimidad.
- El derecho a procrear se encuentra limitado por el Interés Superior del Niño.
- El derecho a la maternidad se encuentra limitado por el Interés Superior del Niño.
- En los días de hoy el parto o alumbramiento no es prueba jurídica de maternidad.



- Nuestro país se encuentra obligado constitucionalmente a restaurar la verdad biológica al tomar conocimiento del desplazamiento arbitrario de filiación de un niño.
- La donación de gametos reproductivos (óvulos o espermatozoides) es un violento atentado al derecho constitucional de identidad de las personas.

Noviembre de 2008.