Apuntes de Bioética
Vol. 7 No. 1 (2024): Apuntes de Bioética Vol. 07. N° 1, 38-53
Biolegal, Biopolitics and Human Rights

Notes on the impact on minors as a result of the use of unregulated reproduction techniques in Peru

Aldo Alesandro Santome-Sánchez Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú
Dafne Brigitte Estela Dahira Fabián-Zapata Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú

Currently, in Peru we face numerous scenarios that are beyond the scope of our current regulations. An example of this is the case of assisted reproduction techniques, where the regulations are minimal and not very specific. This means that, in cases where these techniques are used, there is no proper regulation, causing multiple consequences and uncertainties. In this way, and given the legal loophole produced by the absence of a clear rule, many people who resort to these techniques to fulfill their wishes of becoming parents must employ various legal strategies to regularize the situation of minors born through their use, from maternity impugnation processes to adoption judicial processes. This often results in prolonged judicial litigation that affects several fundamental rights of minors, such as the right to know their biological truth, the right to have a stable family, and the right to comprehensive well-being.

Palabras clave: Reproducción humana; Padres; Derechos del niño; Familia; Parentesco.

Abstract

Currently, in Peru we face numerous scenarios that are beyond the scope of our current regulations. An example of this is the case of assisted reproduction techniques, where the regulations are minimal and not very specific. This means that, in cases where these techniques are used, there is no proper regulation, causing multiple consequences and uncertainties. In this way, and given the legal loophole produced by the absence of a clear rule, many people who resort to these techniques to fulfill their wishes of becoming parents must employ various legal strategies to regularize the situation of minors born through their use, from maternity impugnation processes to adoption judicial processes. This often results in prolonged judicial litigation that affects several fundamental rights of minors, such as the right to know their biological truth, the right to have a stable family, and the right to comprehensive well-being.

Keywords: Human reproduction; Parents; Children's rights; Family; Relationship.

Introducción

Un tema recurrente, al momento de la revisión de casos referidos al uso de las técnicas de reproducción asistida, son los diversos problemas que pudieran generarse debido a la ausencia de una normativa clara respecto a su uso o prohibición. En ese sentido, se debe tener presente que, pese a diversos esfuerzos por lograr abarcar esta laguna jurídica, únicamente se cuenta con el artículo 7 de la Ley General de Salud como marco normativo.

Considerando ello y la poca claridad de su redacción, el referido artículo ha sido citado en diversa jurisprudencia bajo distintas ópticas e interpretaciones. En ese sentido, más allá del indistinto uso

que se le ha dado, hay un tema que no debería perderse de vista: es necesaria una regulación clara sobre las técnicas de reproducción, ya sea para permitirlo abiertamente o, como pretendemos explicar en el presente artículo, prohibirlo expresamente.

Es evidente que una norma jurídica siempre será susceptible de interpretaciones; no obstante, como pasaremos a desarrollar en las siguientes páginas, puede que en el caso concreto del artículo 7 de la Ley General de Salud sí sea necesario un desarrollo más concreto respecto del uso de las técnicas de reproducción asistida, considerando los diversos derechos con los que esta podría colisionar, principalmente de los menores fruto de su uso.

Así, en el desarrollo del presente artículo vamos primero a desarrollar un análisis respecto de la inoportuna ausencia de un marco normativo claro respecto al uso de las técnicas de reproducción asistida y las consecuencias que ello podría traer. En segundo lugar, es pertinente ahondar en las consecuencias jurídicas respecto de esta ausencia normativa, sobre todo por cómo la jurisprudencia ha venido usando esta laguna en algunos casos emblemáticos. En tercer lugar, trataremos de hacer referencia a cómo esta situación ha venido afectando al status jurídico de los menores fruto de la implementación de estas técnicas, con el fin de evaluar la posibilidad de una prohibición expresa respecto de la utilización de las referidas técnicas.

La ausencia de una normativa respecto de las Técnicas de reproducción asistida en el Perú

Como se mencionó anteriormente, en el Perú es innegable que no se cuenta con una Ley concreta respecto del uso de las técnicas de reproducción asistida; del mismo modo, tampoco se encuentra mayor referencia sobre dichas técnicas en las distintas normas que componen nuestro ordenamiento jurídico. Según parece, la única referencia existente hasta la fecha de redacción del presente artículo, inicios del 2024, es el tan citado artículo 7 de la Ley General de Salud, Ley Nº 26842.

Implicancias de la ausencia de una regulación especial

Sobre este punto, vale hacer un recordatorio: El derecho tiene como uno de sus principales objetivos servir como un parámetro para determinar consecuencias jurídicas ante la aparición de distintos hechos que ocurren en la realidad. Estos hechos que son regulados por el derecho, tienen lo que la doctrina ha catalogado como “relevancia jurídica”; así, no cualquier hecho cotidiano va a traer consigo consecuencias jurídicas (Morales, 2009).

Sobre el particular, es comprensible admitir que, debido al avance de la tecnología y de las sociedades, cada día se desarrollan múltiples supuestos de hechos nuevos y jurídicamente relevantes, los cuales no fueron contemplados por el legislador en un primer momento. Debido a ello, y a las posibles repercusiones, es que continuamente, se van emitiendo nuevas normas, las cuales están destinadas a “cubrir” estos nuevos supuestos, con el fin de que no se queden sin amparo jurídico.

La idea es que el derecho también pueda actualizarse continuamente; sin embargo, cuando ello no ocurre y un supuesto de hecho jurídicamente relevante no presente ninguna normativa clara al respecto, entendemos que se ha constituido una “laguna jurídica”. En torno a las lagunas jurídicas, la doctrina ha estipulado que, debido a su trascendencia, estas deban ser compensadas con procesos interpretativos (la denominada “integración jurídica”), para los que serán empleadas técnicas como la analogía o la aplicación de los principios generales del derecho (Rubio, 2020).

Ahora, lo ideal es que ello no ocurra, siendo que la integración debe ser un mecanismo excepcional. En ese sentido, lo ideal es que sea el propio legislador el que desarrolle normas claras respecto de los nuevos hechos jurídicamente relevantes que acontecen en la realidad. Más allá de posturas respecto a las tendencias permisivas o prohibitivas sobre ciertos sucesos, queremos afirmar una

necesidad: hay hechos concretos que merecen normas concretas.

Precisamente, con esta idea queremos iniciar el presente artículo, siendo que, como expondremos más adelante, el problema que se ha venido suscitando en el Perú respecto del uso de las técnicas de reproducción asistida es que no hay una Ley específica sobre su uso, y lo que sí está legislado parece insuficiente para nuestra realidad.

Sobre el artículo 7 de la Ley General de Salud, Ley Nº 26842

Habiendo dicho lo anterior, y ante la ausencia de una norma concreta sobre el uso de las técnicas de reproducción asistida en el Perú, nos reafirmamos en decir que parece que la única norma que hace referencia a estas técnicas es el ya mencionado artículo 7 de la Ley General de Salud, el cual tiene la siguiente redacción:

Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

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

Sobre el particular, más allá de nuestras posibles discrepancias con lo señalado por el artículo referido, consideramos importantes hacer un par de observaciones respecto de su contenido.

En primer lugar, el artículo en mención hace referencia a algo muy puntual: sí existe un derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida en el Perú; no obstante, no se menciona mayor desarrollo al respecto. De otro lado, el artículo lo que sí hace es colocar tres restricciones para el ejercicio de dichas técnicas:

1. La condición de madre genética y de madre gestante debe recaer sobre la misma persona.
2. Para el uso de estas técnicas se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos
3. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

Sobre el particular, a partir de una lectura del artículo y sus principales considerandos, técnicamente se estaría consintiendo en la aplicación de algunas técnicas de reproducción asistida, por ejemplo, la inseminación artificial. Por otro lado, aplicando estrictamente lo señalado en el artículo precedente, se estaría prohibiendo la aplicación de otro tipo de técnicas como la ovodonación, donde la condición de madre genética y gestante recae en distintas personas.

No obstante, a pesar de lo señalado expresamente por el referido artículo, este ha sido materia de interpretación tanto por la doctrinacomo por la jurisprudencia. En ese sentido, se ha afirmado que, como el artículo en mención no hace una prohibición expresa respecto a la aplicación de algunas técnicas, entonces se estarían permitiendo. Lo anterior es fruto de una interpretación, consideramos, basada en el principio de “lo que no está prohibido, está permitido”. Por tanto, según esta lectura, como el artículo citado no menciona expresamente que las técnicas de reproducción que incurran en las situaciones descritas en su redacción están prohibidas, por lo tanto, habría que asumir su admisibilidad.

Ello podría resultar un tanto forzado, sobre todo cuando la redacción del artículo es clara respecto de que el uso de las técnicas de reproducción son parte de un derecho subjetivo “siempre que” se cumplan con ciertos supuestos. Naturalmente, ese “siempre que”, colocado en la redacción, debería entenderse como excluyente. No obstante, la realidad nos dice que un sector de la

jurisprudencia y de la doctrina, no lo considera de esa manera.

Reiteramos algo que ya se mencionó: respecto de lo regulado por el artículo 7 hay mucho por discutir, por ejemplo, sobre si realmente existe un derecho a procrear o ser padres (ello sin duda ameritaría un mayor estudio); sin embargo, no podríamos negar el grave problema jurídico en el que nos involucramos debido al ya existente artículo. Consideramos que derogar el citado artículo sin más, podría conducir a un mayor vacío en el plano jurídico; en todo caso, debería optarse por una nueva norma que, o bien especifique los supuestos donde sí sería viable el uso de las técnicas, o bien una norma que, considerando las posibles repercusiones hacia los intervinientes, las prohíba de manera concreta y tajante (lo que, evidentemente, y en este hipotético caso, tendría que llevar a una derogación del mencionado artículo 7 de la Ley General de Salud).

Conclusión preliminar: Nos encontramos frente a una laguna jurídica

Si recordamos la definición de laguna jurídica que explicamos con anterioridad, y tomamos en consideración lo señalado en el anterior acápite, podemos rápidamente hacer alusión a que el tema de las técnicas de reproducción asistida en el Perú representa, precisamente, una laguna jurídica.

Como ya se mencionó, el artículo 7 hace mención a un supuesto derecho subjetivo respecto del uso de las técnicas de reproducción; sin embargo, no desarrolla mayor cuestión respecto de lo que sí sería, acorde con la Ley, un uso legítimo de estas: por ejemplo, quiénes tienen acceso (si personas casadas, en unión de hecho, solteros, etc.); del mismo modo, tampoco menciona nada respecto de la donación del material genético (el cual aplicaría solo para los hombres, considerando la limitación sobre el material genético femenino), si es que esta debería ser altruista o si puede haber comercialización de por medio; sin embargo, puede que lo más grave recaiga en la esfera de los menores de edad: cuál será el status de los menores frutos de estas técnicas respecto a su origen biológico. Este último punto lo desarrollaremos más adelante.

Las consecuencias de la laguna jurídica sobre las técnicas de reproducción asistida

Conforme señalamos, la laguna jurídica producida por el silencio normativo respecto del uso de las técnicas de reproducción asistida ha llevado a un nuevo problema: cómo debería reaccionar el derecho en caso se tenga que decidir en torno al destino de un menor de edad fruto del uso de técnicas no reguladas. Nuevamente, más allá de las posturas respecto si debería aceptarse o no el uso de las referidas técnicas, no se puede omitir que es un hecho que se siguen utilizando en la sociedad. Sobre el particular, la tendencia, por lo menos en el Perú, es que estos casos sean llevados al Poder Judicial, con el fin de reconocerles sus derechos a los progenitores (los aportantes del dato biológico).

El uso de procesos de adopción, con el fin de que la pareja que brindó al material genético sea formalizada como padres

Un caso que ha venido siendo materia cotidiana en las cortes de familia del Poder Judicial es el caso del proceso de adopción que se lleva a cabo a partir de la gestación subrogada. Sobre el particular, puede que el caso más célebre sobre ello sea el recaído en la Casación Nº563-2011, Lima.

Dicho caso corresponde a una pareja de esposos, el señor Giovanni y la señora Dina, quienes no podían concebir un hijo de forma natural. Por ello, decidieron realizar un acuerdo con el sobrino de la señora Dina, de nombre Paul, y la pareja de éste, la señora Isabel. En ese sentido, la señora Isabel fue inseminada con el material genético del señor Giovanni, con el fin de que quede embarazada y, una vez nacida la niña, se le entregue al referido señor y su esposa, la señora Dina; lo anterior, con la condición de que, una vez realizada la entrega de la menor, se iniciaría un proceso de adopción para formalizar el cambio en la filiación.

El caso, sin dudas, no solo es confuso en un primer momento por los vínculos entre los protagonistas; sin embargo, lo interesante es que nos permite darnos cuenta de un punto que señalamos anteriormente: El uso de las técnicas de reproducción asistida es una realidad, incluso en supuestos no contemplados por el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Entonces, ¿cómo resolver este caso? Desde un plano estrictamente civilista, podríamos mencionar que el supuesto acuerdo de voluntades para la realización de la adopción de la menor es un acto ilícito y que atenta contra el orden público; sin embargo, estamos frente a un caso donde una menor de edad ya nació, los efectos del acto nulo no podrían retrotraerse totalmente, como usualmente dice la doctrina civilista en caso de invalidez del acto jurídico (Taboada, 2000).

Naturalmente, el caso resolvió finalmente que la menor, fruto de la técnica de reproducción sea entregada a la señora Dina y el señor Giovanni, debido a que ellos la cuidaron prácticamente desde su nacimiento y a la entrega voluntaria de los reconocientes. Sin embargo, el final de la historia no debería distraernos de algo trascendental: el caso tuvo que llegar a la Corte Suprema para poder ser resuelto, es decir, según las fechas consignadas, tuvieron que pasar cinco años para tener una respuesta final sobre el destino de la menor. Para entonces, la menor ya había culminado su periodo preescolar con la expectativa de ingresar a la primaria y, en ese momento de su vida, aún no tenía plena certeza de quiénes serían legalmente sus padres, lo que podría traerle serias consecuencias a su autopercepción, tal y como expondremos más adelante.

Por tanto, si hubiera existido una normativa clara respecto del uso de las técnicas de reproducción asistida, el presente caso no se hubiera extendido de esa manera, evitando mayores perjuicios a una menor de edad, quien a pesar de haber sido fruto de un acto jurídico cuestionable, es una menor que ya existe y que, evidentemente, tiene derechos fundamentales.

No debe perderse de vista que la Corte Suprema en la sentencia mencionada, más allá de la atención debida a la protección de la menor, técnicamente interpretó el artículo 7 de la Ley General de Salud de modo que, más allá de la redacción indicada expresamente en el artículo, sí se puede reconocer la maternidad a una señora que no llevó a cabo la gestación, siempre que ello sea motivado por el interés superior de la menor.

Por la misma razón es que la Corte tampoco hizo mayor análisis sobre la validez del acuerdo para la gestación subrogada; todo lo contrario, tomando en cuenta que ya había una menor nacida, decidió ordenar el cumplimiento de dicho acuerdo, formalizando la nueva relación filial de la menor.

Ahora, el caso que acabamos de exponer debe ser el más emblemático considerando que fue conocido por la Corte Suprema; sin embargo, como el mencionado, pueden existir centenares de casos similares que no llegaron a dicha instancia, pero ello no quiere decir que no existan. Es evidente que estos procesos pueden ser cuestionables desde varios puntos de vista (en el caso comentado, estaríamos diciendo que el esposo de la señora Dina ha tenido un hijo con la pareja de su sobrino, lo cual es susceptible de cuestionamientos morales y bioéticos); no obstante, no se impidió realizar este tipo de operaciones, considerando la lectura difusa que se le ha dado al ya referido artículo 7 de la Ley General de Salud.

Procesos de impugnación de maternidad, con el fin de desconocer el vínculo con la gestante, para que el menor sea reconocido por los padres biológicos

Otros casos habituales, más allá de los procesos de adopciones, es el de los procesos de impugnación de maternidad, mediante los cuales, los padres aportantes del material genético buscan desplazar la supuesta filiación de la madre gestante, reemplazándola como padres de los menores ya nacidos.

Sobre el particular, puede que uno de los casos más emblemáticos sobre ello sea el correspondiente al Exp. N° 183515-2006-00113 conocido por el decimoquinto Juzgado Especializado en Familia de

Lima. En dicho caso, se presentó la causa de la señora Jenni y su esposo, el señor Luis Eduardo. Como ellos no podían tener hijos por problemas médicos de la señora, tras el consejo de un médico cercano a ellos, decidieron buscar a una persona para que lleve a cabo la gestación. Así, la persona que aceptó finalmente gestar fue la madre de Jenni, la señora Carla.

De este modo, la señora Carla fue inseminada con el material genético de su propia hija y de su esposo. A los meses, la señora Carla dio a luz a una niña, sin embargo, a pesar de que se le indicó al personal médico que la verdadera madre biológica no era ella, sino Jenni, esta petición fue omitida. De ese modo, la menor nacida fue registrada como hija de la señora Carla, es decir, como hermana de la señora que aportó el material genético para su creación; en ese sentido, la menor fue inscrita como una hija extramatrimonial entre el esposo de la señora Jenni y la madre de ésta.

En el caso concreto, el Juzgado en cuestión consideró que, más allá de lo señalado en el artículo 7 de la Ley General de Salud, como no existía una prohibición expresa para la maternidad subrogada, entonces técnicamente, no deberían entenderse este tipo de acuerdos como ilícitos, y que se debería proceder a analizar cómo resolver la controversia. Finalmente, el Juzgado optó por la salida más lógica: se debía proceder a retirar a la señora Carla como madre, reemplazándola por la señora Jenni, quien había aportado el material genético.

Sobre el particular, la situación mencionada líneas arriba hace que se pueda recordar otro emblemático caso, el cual nuevamente fue resuelto por la Corte Suprema. Nos estamos refiriendo al caso analizado en la Casación Nº5003-2007, Lima. En este caso consistió en lo siguiente: un señor, con el fin de realizarse unos exámenes médicos, deja material genético en un laboratorio; tiempo después, su ex pareja, como no podía quedar embarazada por su cuenta, decide ilícitamente apropiarse del material genético del referido señor (con evidente complicidad de la clínica). De ese modo, con dicho material y con los óvulos de una donante, la señora decide implantarse el óvulo fecundado y logra el embarazo. Tiempo después, nace una niña producto de lo anterior. El tema en discusión es que la señora señala que su ex pareja es el padre de la niña, e incluso lo demanda por alimentos.

El caso en cuestión se centra en una impugnación de maternidad interpuesta por otro de los hijos del señor, quien cuestiona todo lo ocurrido debido al perjuicio que se le busca causar a su padre. En ese sentido, el recurso busca denunciar que la acusada habría usado una técnica de reproducción no regulada (considerando el artículo 7 de la Ley General de Salud), por lo que no se puede consentir una maternidad ilícita. Finalmente, la Corte Suprema en el caso mencionado, únicamente se limitó a reconocer que los hermanos tienen un claro interés legítimo en poder conocer la realidad biológica de sus otros hermanos; por lo que sería injusto que el recurso entablado no procediera.

Más allá de las limitaciones de la sentencia de esta casación, respecto del tema de fondo, sirvan los ejemplos mencionados hasta aquí para corroborar algo señalado al inicio del presente texto: las técnicas de reproducción asistida donde la madre genética es diferente a la madre gestante existen. Sobre el particular, partimos de la idea de que ello es así debido a que hay un constante aprovechamiento de ausencia de una norma en concreto sobre el tema. Al respecto, más allá de la situación final de los padres, algo que no debe perderse de vista es que, detrás de todos estos procesos judiciales, hay menores de edad cuyos derechos son vulnerados, como vamos a explicar a continuación.

La situación de los menores en el desarrollo de estos procesos

Es innegable que el resultado de la poca legislación en este tema es la afectación de los derechos fundamentales de los menores producto de estas técnicas de reproducción asistida. El énfasis que se le debe dar a ese problema es sustancial, siendo que, como ya se ha observado, existen en nuestra realidad menores concebidos bajo estos métodos, por lo que no se trata de una hipotética proyección al futuro o una realidad alejada. Además, se trata de sujetos de derecho que, por su

condición, merecen una protección especial. En efecto, a través de casos como los descritos, podemos ver que este uso no regulado de las técnicas de reproducción podría conllevar a afectaciones como las siguientes:

Afectación a la verdad biológica

En el ámbito de las técnicas de reproducción se encuentran diversos métodos, cada uno con sus propios desafíos en relación con la verdad biológica. Este desafío se acentúa especialmente en técnicas heterólogas, donde quienes desean procrear no son los mismos que aportan el material genético. Dado que el material genético proviene de fuentes diferentes, la verdad biológica puede no coincidir siempre con las personas que reconocen al menor engendrado. Esto afecta simbólicamente el derecho a conocer el origen biológico del menor.

Cuando hablamos de verdad biológica, es necesario remontarse al concepto de identidad pues de ahí es de donde se desprende este concepto. Tal como menciona Fernández (1992), la identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”.

Dentro de esta definición el autor menciona además que tenemos una identidad estática que comprende a los componentes que son visibles al mundo y una identidad dinámica que comprende nuestro patrimonio idéntico- cultural de la personalidad. Es en la identidad estática donde se encuentra nuestro contenido genético, pues es el factor biológico el que va a determinar de dónde provienen los genes que componen mi persona, es decir, quiénes fueron mis progenitores. Esto no es una cuestión social que puede variar con el tiempo, sino que es parte de mi configuración natural.

En el marco de las técnicas de reproducción, muchas veces este derecho se ve afectado, ya sea por anonimidad de los donantes genéticos o por las convicciones de los padres volitivos. Son diversas las posturas sobre si debe o no reconocer este aparente derecho a no revelar el origen biológico de los menores. Al respecto, Verruno (1988) sostiene que, para poder salvaguardar los intereses morales y materiales de estos, es imperativo reconocer, más bien, el derecho de los menores a obtener información sobre su progenitor o disponer de dicho dato. Incluso, Varsi (1998, 1999) va un poco más lejos al concluir que el derecho a conocer el propio origen biológico formaría parte de la dignidad humana, afirmando que perseguir este derecho corresponde a toda persona y no solo a los niños. Siguiendo la misma línea, Torres (2014) reafirma que al reconocer el derecho a conocer el propio origen biológico se estaría garantizando el ejercicio del derecho a la identidad de las personas. Lo que queda claro aquí, es la constante reafirmación que este derecho a la verdad biológica no es un mero capricho, sino que repercute de manera significativa en la vida del menor.

Pero también se debe considerar ello a partir de otros fines igualmente valiosos, como el derecho a la salud, por ejemplo. Uno tendría derecho a conocer si sus progenitores portaban algún mal congénito; del mismo modo, ello podría ser necesario en caso se requiera un donante y se deba recurrir a los progenitores biológicos. Dicha preocupación fue contemplada en el Proyecto de Ley N° 3313-2018, que intentó regular la figura de las técnicas de reproducción y solucionar esta problemática sobre la verdad biológica, mencionó en su propuesta que podría revelarse la información general siempre que sea indispensable para evitar el peligro de la vida del recién nacido y que en ningún caso se dará la identidad del donante.

Afectación al derecho de tener una familia

Con la previa explicación de cómo se conforma la identidad de las personas según Fernández (1992), comprendemos que también existe una identidad que se desarrolla con el tiempo y que es igualmente crucial para el crecimiento de los menores, a esta se le ha conocido como “identidad dinámica”. Esta identidad está estrechamente vinculada con el derecho a tener una familia, ya que, como mencionan Gómez y Berástegui (2009), la familia desempeña numerosas y variadas funciones relacionadas con el desarrollo infantil: satisfacción de necesidades básicas, protección del niño,

socialización y educación, integración social y apoyo en la construcción de sentimientos de pertenencia e identidad personal.

La importancia de la familia es innegable, a tal punto que es reconocida en diversas disposiciones internacionales (por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana de Derechos Humanos, etc.). Pero, es tanta su relevancia, que debe entenderse conectada a otros derechos, como la identidad. Al respecto, la jurisprudencia citada previamente dictaminó que los menores son susceptibles de "identificarse" con un hogar familiar, de identificarse no con cualquier familia, sino con "su" familia.

En el contexto de las técnicas de reproducción, lo que se debate es cómo nuestra escasa legislación en el país, que conlleva al inicio de procedimientos judiciales prolongados como los mencionados previamente, afecta este derecho. Según Tena (2023), es debido a la poca legislación en nuestro país que se genera incertidumbre respecto de la identidad de los menores nacidos por estas técnicas. Esta carencia legal deja lagunas en los procesos judiciales a seguir en estos casos, lo que conduce a que la mayoría, sino todos los menores, terminen en medio de un litigio, viendo cómo su filiación es motivo de controversia y estando en una situación de incertidumbre sobre quiénes se harán cargo de ellos.

El futuro de los menores se vuelve aún más incierto al examinar la jurisprudencia, donde se observa que el criterio biológico ya no es determinante para establecer la filiación. En la actualidad, se consideran criterios como la identidad dinámica, el interés superior del niño e incluso el derecho del menor a ser escuchado por la autoridad, según lo establecido en los Artículos 3 y 12, respectivamente, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Todo ello, bien podría ser útil para que el menor pueda quedarse en el hogar con el que se siente identificado, pero no deja de ser un tema discrecional respecto de los jueces.

En este sentido, es crucial recordar que, durante el tiempo que duren estos procesos, el niño ya existe y está en pleno desarrollo. Gómez y Berástegui (2009) señalan que, durante los tres primeros años de vida, los niños tienen una necesidad fundamental de establecer relaciones estables con adultos que les brinden contacto, seguridad y afecto. Ello vendría a ser vulnerado debido a la situación de incertidumbre a nivel judicial sobre el destino de los menores. Por lo tanto, no se puede ignorar el impacto latente que sufren en estos casos.

Afectación al bienestar psicológico

Como se ha señalado previamente, la escasa legislación en nuestro país sobre las técnicas de reproducción conduce a una incertidumbre sobre la situación jurídica de los menores nacidos mediante estos métodos, lo que afecta no solo a los derechos antes descritos, sino que podríamos decir que amenaza su bienestar integral, también en su esfera psicológica. Evidentemente, ser parte de un proceso donde se debate la identidad de un menor, le va a generar un constante estado de incertidumbre respecto de quién es y de dónde viene. A lo mejor de niño no se lo cuestiona, pero el tema adquiere relevancia cuando es consciente de ello y podrían causarse secuelas psicológicas, afectando al modo como se relaciona con su círculo cercano.

No solo el permanente estado de inestabilidad afecta el bienestar de los menores, sino también la ausencia de un núcleo familiar estable y seguro. La incertidumbre sobre quién debe tener la tenencia sobre uno, hace que los menores vivan en un entorno familiar inestable durante todo el proceso judicial, lo que impacta significativamente su bienestar general. Como menciona Dávila (2015), la familia es el primer entorno emocional en el que vive el menor y desempeña un papel crucial en el desarrollo del apego al ser una base segura para sus miembros. Estos factores influyen en la formación de los modelos internos operativos, que determinan las creencias sobre uno mismo y los demás, y regulan las interacciones futuras del niño con el entorno y el mantenimiento de las dinámicas relacionales a lo largo de su vida.

Es crucial reconocer que, en estos casos, los principales afectados son los menores, quienes se encuentran en un estado de vulnerabilidad debido a su propia condición. Y como se ha señalado previamente, estas repercusiones no solo surgen como resultado del uso de las técnicas de reproducción, sino debido a la falta de regulación en nuestro sistema legal que permite que el problema se agrande.

Conclusiones

La sociedad evoluciona a lo largo del tiempo, ya sea por avances tecnológicos o cambios sociales, y es responsabilidad del derecho adaptarse constantemente. Más allá de las opiniones que puedan existir sobre ciertos temas, hay situaciones que requieren normativas claras.

En nuestro sistema, el único marco normativo respecto al uso de técnicas de reproducción es el artículo 7 de la Ley General de Salud, que resulta insuficiente ante la realidad que hoy acontece. Además, delegar toda la regulación sobre un tema tan complejo a un solo artículo genera una laguna jurídica.

Como consecuencia de esta escasa legislación y el continuo uso de las técnicas de reproducción asistida, se recurre a otras figuras jurídicas para regularizar la situación del menor en términos de identidad. Así, se han empleado figuras como la adopción y la impugnación de maternidad. Esto lleva a procesos judiciales prolongados debido a la falta de un procedimiento legal establecido y a la alta carga procesal.

Estos procesos afectan múltiples derechos de los menores, especialmente el derecho a conocer su verdad biológica, el derecho a tener una familia y el derecho al bienestar psicológico. Por un lado, la falta de legislación genera dudas sobre si el menor debe conocer su verdad biológica o si se debe proteger el anonimato de los donantes y cuáles serían las consecuencias de ello. De otro lado, los procesos judiciales afectan el derecho de los menores a tener una familia, generando un estado de incertidumbre sobre su futuro y propiciando un entorno familiar inestable e inseguro que impacta en su desarrollo psicológico y tiene repercusiones a lo largo de su vida.

Como se ha evidenciado a lo largo del artículo, el tema respecto al uso de las técnicas de reproducción requiere una mayor atención y desarrollo, ya que involucra a menores en medio de una serie de implicancias psicológicas, sociales y judiciales. Por lo tanto, es fundamental establecer parámetros judiciales claros y tomar postura para, en todo caso, evitar mayores perjuicios a los menores.

Referencias

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Casación Nº5003-2007- Lima. 6 de mayo del 2008. https://goo.su/hF2XA6

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Casación Nº563-2011- Lima. 6 de julio del 2011. https://goo.su/r7Sthp

Dávila, Y. (2015). La influencia de la familia en el desarrollo del apego. *Anales de la Universidad de Cuenca*, (57), 121 – 130.

Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente 183515-2006-00113. 06 de enero del 2009.

Díaz de Terán, M. (2019). Sobre los nuevos Derechos Humanos: A raíz del supuesto de fecundación artificial de mujer sola. *Apuntes De Bioética*, *2*(1), 76-84. https://doi.org/10.35383/apuntes.v2i1.237

Fernández, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Astrea.

Gafo, J. (1998). *Procreación Humana Asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. Universidad Pontificia Comillas.

Gómez, B. & Berástegui, A. (2009). El derecho del niño a vivir en familia. *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, *67*(130), 175-198.

Ley General de Salud N°26842. 9 de julio de 1997. https://goo.su/NDaP

Morales, R. (2009). "Hechos y actos jurídicos". *Foro Jurídico*, (09), 14-24. https://goo.su/GAYarPM

Oviedo, K., & Tarazona, R. (2018). Familia: Hábitat natural del ser humano - estructura base de una verdadera ecología humana. *Apuntes De Bioétic*a, *1*(1), 51-67. https://doi.org/10.35383/apuntes.v1i1.198

Proyecto de Ley N° 3313-2018. Ley que garantiza el acceso a técnicas de reproducción humana asistida. 7 de setiembre de 2018. https://goo.su/fJfppfM

Rubio, M. (2020). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho* (12ª ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Siverino, P. (2010). ¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas. *Revista Jurídica*, (14), 19-42. https://goo.su/zpd5Vn

Taboada, L. (2000). Efectos de la retroactividad en materia de ineficacia de los actos jurídicos. *Derecho PUCP*, (53), 531-547. https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.015

Tena, M. L. (2023). Análisis de constitucionalidad de la práctica de la maternidad subrogada comercial. *YachaQ: Revista de Derecho*, (14), 111-132. https://doi.org/10.51343/yq.vi14.1064

Torres, A. (2014). *Derecho a la identidad y reproducción humana asistida heteróloga*. Universidad Católica San Pablo, Editorial Gráfica.

Varsi, E. (1998). *Los problemas sociales de las técnicas de reproducción humana*. Editorial San Marcos.

Varsi, E. (1999). *Filiación, derecho y genética: aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*. Fondo de Cultura Económica-Universidad de Lima.

Verruno, L. (1988). *Banco Genético y el derecho a la identidad*. Abeledo – Perrot.

Zuta, E. (2021). Problemática actual de las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS): avance tecnológico y atraso normativo. En Ius Et Veritas (Ed.*), IUS 360: Información jurídica sin límites* (pp. 40-67). Editorial Ius Et Veritas. https://goo.su/HHSDJU

Cómo citar este trabajo

Santome-Sánchez, A. A., & Fabián-Zapata, D. B. E. D. (2024). Apuntes sobre la afectación a los menores de edad por el uso no regulado de las técnicas de reproducción asistida en el Perú. *Apuntes De Bioética, 7*(1), 37-52. https://doi.org/10.35383/apuntes.v7i1.1086

Financiación

El presente artículo no cuenta con financiación específica de agencias de financiamiento en los sectores público o privado para su desarrollo y/o publicación.

Conflicto de interés

Los autores del artículo declaran no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

	© Los autores. Este artículo en acceso abierto es publicado por la Revista Apuntes de Bioética del Instituto de Bioética, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo bajo los términos de la Licencia Internacional , que permite copiar y distribuir en cualquier material o formato, asimismo mezclar o transformar para cualquier fin, siempre y cuando sea reconocida la autoría de la creación original, debiéndose mencionar de manera visible y expresa al autor o autores y a la revista.

References

1. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Casación Nº5003-2007- Lima. 6 de mayo del 2008. https://goo.su/hF2XA6
2. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Casación Nº563-2011- Lima. 6 de julio del 2011. https://goo.su/r7Sthp
3. Dávila, Y. (2015). La influencia de la familia en el desarrollo del apego. Anales de la Universidad de Cuenca, (57), 121 – 130.
4. Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente 183515-2006-00113. 06 de enero del 2009.
5. Díaz de Terán, M. (2019). Sobre los nuevos Derechos Humanos: A raíz del supuesto de fecundación artificial de mujer sola. Apuntes De Bioética, 2(1), 76-84. https://doi.org/10.35383/apuntes.v2i1.237
6. Fernández, C. (1992). Derecho a la identidad personal. Astrea.
7. Gafo, J. (1998). Procreación Humana Asistida: aspectos técnicos, éticos y legales. Universidad Pontificia Comillas.
8. Gómez, B. & Berástegui, A. (2009). El derecho del niño a vivir en familia. Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales, 67(130), 175-198.
9. Ley General de Salud N°26842. 9 de julio de 1997. https://goo.su/NDaP
10. Morales, R. (2009). “Hechos y actos jurídicos”. Foro Jurídico, (09), 14-24. https://goo.su/GAYarPM
11. Oviedo, K., & Tarazona, R. (2018). Familia: Hábitat natural del ser humano - estructura base de una verdadera ecología humana. Apuntes De Bioética, 1(1), 51-67. https://doi.org/10.35383/apuntes.v1i1.198
12. Proyecto de Ley N° 3313-2018. Ley que garantiza el acceso a técnicas de reproducción humana asistida. 7 de setiembre de 2018. https://goo.su/fJfppfM
13. Rubio, M. (2020). El sistema jurídico. Introducción al Derecho (12a ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
14. Siverino, P. (2010). ¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas. Revista Jurídica, (14), 19-42. https://goo.su/zpd5Vn
15. Taboada, L. (2000). Efectos de la retroactividad en materia de ineficacia de los actos jurídicos. Derecho PUCP, (53), 531-547. https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.015
16. Tena, M. L. (2023). Análisis de constitucionalidad de la práctica de la maternidad subrogada comercial. YachaQ: Revista de Derecho, (14), 111-132. https://doi.org/10.51343/yq.vi14.1064
17. Torres, A. (2014). Derecho a la identidad y reproducción humana asistida heteróloga.

Universidad Católica San Pablo, Editorial Gráfica.
18. Varsi, E. (1998). Los problemas sociales de las técnicas de reproducción humana. Editorial San Marcos.
19. Varsi, E. (1999). Filiación, derecho y genética: aproximaciones a la teoría de la filiación biológica. Fondo de Cultura Económica-Universidad de Lima.
20. Verruno, L. (1988). Banco Genético y el derecho a la identidad. Abeledo – Perrot.
21. Zuta, E. (2021). Problemática actual de las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS): avance tecnológico y atraso normativo. En Ius Et Veritas (Ed.), IUS 360: Información jurídica sin límites (pp. 40-67). Editorial Ius Et Veritas. https://goo.su/HHSDJU