



Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) frente al derecho vigente y su impacto en el derecho a la identidad: perspectiva de Derechos Humanos

Adriana Vanesa Montivero.

Tesis - Maestría en Bioética - Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Ciencias Médicas.
Secretaría de Graduados en Ciencias de la Salud, 2022.

Aprobada: 24 de febrero de 2022

Este documento está disponible para su consulta y descarga en RDU (Repositorio Digital de la Universidad Nacional de Córdoba). El mismo almacena, organiza, preserva, provee acceso libre y da visibilidad a nivel nacional e internacional a la producción científica, académica y cultural en formato digital, generada por los miembros de la Universidad Nacional de Córdoba. Para más información, visite el sitio <https://rdu.unc.edu.ar/>

Esta iniciativa está a cargo de la OCA (Oficina de Conocimiento Abierto), conjuntamente con la colaboración de la Prosecretaría de Informática de la Universidad Nacional de Córdoba y los Nodos OCA. Para más información, visite el sitio <http://oca.unc.edu.ar/>

Esta obra se encuentra protegida por una Licencia Creative Commons 4.0 Internacional



Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) frente al derecho vigente y su impacto en el derecho a la identidad: perspectiva de Derechos Humanos by Adriana Vanesa Montivero is licensed under a Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional License.

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE
CÓRDOBA**
**Secretaría de Graduados en Ciencias de la
Salud**
Facultad de Ciencias Médicas
MAESTRÍA EN BIOÉTICA

TESIS DE MAESTRÍA
**Las Técnicas de reproducción humana
asistida (TRHA) frente al derecho vigente y
su impacto en el derecho a la identidad.**
Perspectiva de Derechos Humanos.

Autora:

-Ab. Adriana Vanesa Montivero

- D.N.I.: 26.794.078

Directora:

-Dra. Olga Etelvina Orlandi

ÍNDICE

Dedicatoria	3
Abreviaturas Utilizadas	4
Resumen	6
Abstract.....	7
1.Introducción	8
1.1. La noción de filiación: del fundamento del sustrato biológico a la actualidad	8
1.2 Avances científicos en materia de TRHA y su impacto en el derecho de las familias	11
1.3 Las TRHA como tercera categoría filial.	13
1.4 Importancia del abordaje del problema desde el campo de la bioética	15
2. Marco Teórico.....	16
2.1 Las TRHA.Una realidad que no se puede silenciar. Nociones básicas... ..	16
2.2 Marco normativo nacional y TRHA. Sistema adoptado por Argentina	20
a. Ley 26862 de acceso integral a las TRHA	24
b. Decreto 956/2013	25
c. Ley especial	27
2.3 Derecho a la identidad. Definición y alcance	28
2.3.1 Análisis comparativo del derecho a la identidad y su recepción en las distintas fuentes de filiación	38
a. Filiación por naturaleza	39
b.Filiación por adopción	41
2.3.2 Posibilidad de ejercicio de una acción autónoma para conocer los orígenes en la filiación por naturaleza, adopción y TRHA	45
a. Filiación por adopción	45
b. Filiación por TRHA.....	46
c. Filiación por naturaleza.....	48

3. Problema	50
4. Objetivos	50
Objetivos generales.....	50
Objetivos específicos.....	51
5. Materiales y Método	51
6. Resultados	54
6.1 Antecedentes jurisprudenciales a nivel nacional y de los tribunales internacionales de Derechos Humanos.	54
6.2 Tutela del derecho a la identidad de los hijos nacidos por TRHA desde una perspectiva de Derechos Humano.....	73
7. Discusión	85
7.1 Sistema adoptado por nuestro país con relación las TRHA heterólogas y el derecho a conocer los orígenes.....	85
7.2 Marco legal en el derecho comparado.....	92
8. Conclusiones	105
9. Recomendaciones	111
10. Bibliografía	113
11. Anexos	120

DEDICATORIA

Dedico la tesis a mis hijos Victorio y Savino, un milagro presente en mi vida, a mis padres porque mucho de mis logros profesionales se los debo a ellos, y a mi Directora Olga un gran soporte y puntal en este proyecto.

Gracias.

Abreviaturas Utilizadas

art.....	artículo
CADH.....	Convención Americana de Derechos Humanos
CCCN.....	Código Civil y Comercial de la Nación
CDN.....	Convención de los Derechos del Niño
CEDH.....	Consejo Europeo de Derechos Humanos
CIDH.....	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CN.....	Constitución Nacional
CNAOP.....	Consejo Nacional de Acceso al origen personal
Ed.....	Editorial
DJ.....	Diario Jurídico
HFEA.....	Human Fertilization and Embriology Act
LL.....	La Ley
NNyA.....	Niños, Niñas y Adolescentes
Ob. cit.....	obra citada
p;pp.....	página; páginas
RAFA.....	Registro Argentino de Fertilización asistida
REFES.....	Registro Federal de Establecimientos de Salud
SAMER.....	Sociedad argentina de Medicina Reproductiva
t, ts.....	tomo, tomos
TEDH.....	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRHA.....	Técnicas de reproducción humana asistida

“... Cuando un niño es deseado comienza a constituirse su identidad, es concebido antes del acto meramente fisiológico de unión del óvulo con el espermatozoide; se habla de él, se lo imagina, se le da un nombre, se le prepara un lugar, se hacen bromas sobre las relaciones con él, se formulan esperanzas y deseos... Un hijo comienza a ser un hijo cuando una madre y un padre comienzan a ser y esto tiene que ver con lo biológico, como con lo cultural y lo psicológico...” (María L. Pfeiffer)

RESUMEN

En el presente trabajo se analizó en qué consisten las técnicas de reproducción humana asistida cuyo incremento en nuestro país y también en el mundo, han permitido que muchas personas cumplan con ese ansiado deseo de ser padres o madres y formar una familia.

Se comenzó el recorrido realizando un encuadre jurídico para comprender cómo está contemplada esta figura tanto en el ámbito del derecho internacional, como nacional a partir de la reforma de nuestro Código Civil y Comercial. Sin duda que uno de los interrogantes más complejos en dar respuesta es el caso de las TRHA heterólogas y la eventual situación de que las personas concebidas gracias a esta técnica deseen conocer su origen, como parte de su derecho a la identidad.

Se tomó la decisión entonces de analizar qué se entiende por el derecho a la identidad desde una perspectiva de derechos humanos, y si existe un tratamiento diferencial desde lo normativo en este derecho a conocer la verdad biológica de los niños nacidos mediante donación de gametos anónimos utilizado en las TRHA, comparativamente respecto de otros niños que no fueron concebidos bajo el uso estas técnicas.

Se pudo verificar analizando los casos jurisprudenciales más relevantes y de lo más prestigiosos tribunales de Derechos Humanos tanto europeos como Interamericanos, como así también de nuestros tribunales nacionales que se ha receptado este derecho cada vez con mayor fuerza.

Por último, y teniendo en cuenta que las TRHA con gametos donados es una realidad en aumento, se realizaron recomendaciones y buenas prácticas a seguir tanto desde lo institucional, normativo, como también desde el ámbito familiar.

ABSTRACT

In the present work, it was analyzed what the assisted human reproduction techniques consist of, whose increase in our country and also in the world, have allowed many people to fulfill that long-awaited desire to be fathers or mothers and form a family.

The tour began by carrying out a legal framework to understand how this figure is contemplated both in the field of international and national law from the reform of our Civil and Commercial Code. Undoubtedly, one of the most complex questions to answer is the case of heterologous TRHA and the eventual situation that people conceived thanks to it, wish to know its origin, as part of their right to identity.

The decision was then made to analyze what is understood by the right to identity from a human rights perspective, and if there is a differential treatment from the normative point of view in this right to know the biological truth of children born through donation of anonymous gametes used in TRHA, comparatively with respect to other children who were not conceived using these techniques.

It was possible to verify by analyzing the most relevant international jurisprudence cases, from the most prestigious European and Inter-American Human Rights courts, as well as from our national courts that this right has been accepted with increasing force.

Finally, and taking into account that HRT with donated gametes is a reality on the rise, recommendations and good practices were made to follow both from the institutional and regulatory aspects, as well as from the family sphere.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. La noción de filiación: del fundamento del sustrato biológico a la actualidad

A partir de los avances tecnológicos, en particular en el campo de la biogenética, fue necesario adaptar la normativa interna a los fines de incorporar una nueva fuente de filiación, como son los niños y niñas nacidos mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, en adelante TRHA. Así a partir de la reforma de nuestro Código Civil y Comercial en el año 2015, se las incorpora como tercera fuente de filiación.

Según señala la Dra. María Victoria Famá la sociedad y el derecho, se han visto superados por la velocidad de los increíbles avances de la biología molecular y de la ingeniería genética, resultando consecuencia de ello la necesidad de revisar viejos paradigmas, cuestión que se vio reforzada desde el año 2010 tras la sanción de la ley 26.618 de Matrimonio Civil- conocida como “ley de matrimonio igualitario”- que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo, reconociéndoles los mismo efectos consagrados por la normativa civil para las uniones heterosexuales (Famá, 2017 p.3). Esta equiparación en la actualidad se encuentra contemplada en el art. 402 del CCCN.

Con anterioridad a la reforma del CCCN el vínculo biológico se perfilaba como el elemento natural e inherente al concepto jurídico de filiación (con excepción de la filiación adoptiva). Las definiciones que se esbozaban en la doctrina iban en este sentido. Así Zannoni expresaba que “el término filiación...sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vincula a los padres con los hijos dentro de la familia” (Famá, 2017, p 2).

Otros autores como Azpiri (citado en Famá, 2017, p.2) expresan que la filiación es el “vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo

engendró y con la mujer que lo alumbró”. Se hace referencia al vínculo familiar porque éste incluye necesariamente los vínculos biológico y jurídico, por ser aquel presupuesto necesario de éste. A su vez, Belluscio (citado en Famá, 2017, p. 2) afirmaba que la filiación es “el vínculo jurídico que une a una persona- el hijo- con sus progenitores- el padre y la madre” y así continúan las definiciones en este sentido por parte de renombrados autores.

Ahora bien, esta relación supuestamente inescindible entre el vínculo filiatorio y realidad biológica o dato genético que otrora servía de fundamento al concepto de filiación “ha sido superado por el nuevo ordenamiento a partir de la incorporación de las TRHA, que conlleva a la reformulación de nociones que han dado desde antaño fundamento al régimen filial” (Famá, 2017, p,2).

Entonces bajo la denominación de “Filiación” el nuevo CCCN, en su Título V, Libro Segundo, sobre Relaciones de Familia, regula el vínculo jurídico que une al hijo con sus progenitores, ya sea cuando tiene sustento en el acto sexual, como cuando es producto de la utilización de las TRHA.

Hoy, en base a lo expuesto precedentemente, existe una perspectiva amplia sobre el concepto de filiación y no sólo comprende aquella relación que tiene el sustento en lo biológico tradicional, fruto de la unión sexual de una pareja, sino también todos los demás casos en que el derecho determina el emplazamiento filial, sea cuando se acude al instituto de la adopción, como cuando es el resultado del uso de las TRHA.

Alterini (citado en Guahnon, Iovanna, Somer, 2006 p. 6) coincide al igual que otros autores que la división entre la sexualidad y concepción ha devenido como consecuencia del desarrollo de técnicas biogenéticas en la procreación humana asistida, las cuales brindan una solución a la infertilidad y no revisten el carácter de métodos alternativos de procreación.

De esta manera la comunidad científica ofrece soluciones a aquellas parejas que por distintos motivos se ven imposibilitados de concebir naturalmente.

Estas técnicas de procreación humana asistida que permiten a las parejas o simplemente hombres y mujeres concretar el anhelo de tener un hijo, dan la posibilidad de recurrir al empleo de material genético que provenga de la propia pareja (fecundación homóloga) o bien el material genético de un tercero (fecundación heteróloga).

Sin embargo, en la ley establece límites, o se dejan situaciones al arbitrio judicial que generan incertidumbres a las personas que han nacido mediante el uso de dichas técnicas y quieren conocer sus orígenes.

Si tomamos en cuenta la necesidad básica de todo ser humano de saber quién es e indagar sobre su origen, procedencia e historia y lo dispuesto actualmente por nuestra normativa, deberíamos interrogarnos si realmente existe un derecho a conocer los orígenes en el caso de los hijos nacidos frutos de las TRHA, que contemple el derecho a la identidad desde un enfoque de derechos humanos.

El derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes es un derecho de gran importancia y que ocupa un lugar central en nuestro ordenamiento jurídico, dado por el marco internacional, la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y su jerarquía constitucional a partir del año 1994 (Constitución Nacional, art. 75 inc.22, Convención sobre los Derechos del Niño art. 8 inc. 1).

Si bien más adelante abordaré cuál es el concepto de identidad y cómo debe ser entendido desde una perspectiva de derechos humanos, adelanto aquí que nuestra mirada debe estar centrada en una noción amplia e integral de este concepto.

A partir de la presente investigación se buscó analizar de manera cualitativa, el impacto que han tenido las TRHA a partir de la reforma de nuestro Código Civil y Comercial (agosto 2015) a la actualidad, frente a un derecho humano de raigambre constitucional, como es el derecho a la identidad y que como tal implica que toda persona tiene derecho a conocer su origen, y que como derecho humano personalísimo debe ser protegido y garantizado por el Estado.

1.2 Avances científicos en materia de TRHA y su impacto en el Derecho de las Familias.

Las TRHA que nacieron en un comienzo como una alternativa terapéutica a la infertilidad de aquellas parejas que deseaban ser padres, hoy atento a los avances de la ciencia, los cambios sociales y las nuevas formas de familias y construcción de proyectos parentales ha ampliado su abanico de posibilidades.

Esta nueva forma de entender el uso de éstas técnicas se ha visto reflejado también en el aspecto normativo, alejándose entonces de aquel paradigma de salud que entendía el acceso a las TRHA como un problema asociado a la infertilidad, abandonando de esta manera un modelo exclusivamente médico, para consagrar un modelo de acceso a las TRHA como derecho universal, asociándolo a una idea más amplia (con independencia del estado civil, la orientación sexual y la identidad de género), y como un verdadero acceso al derecho a la salud.

Deteniéndonos brevemente a analizar el aspecto normativo que luego será abordado con mayor profundidad, se puede señalar que la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 (disponible en Anexo) reflejan la intención del legislador de ampliar derechos, armoniza y conecta los derechos de toda

persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia con el derecho a la salud.

A través de esta ley, se garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida para toda persona mayor de edad sin requerir ningún tipo de diagnóstico de enfermedad o certificación de infertilidad. De esta manera se permite que parejas del mismo sexo, o personas sin parejas, puedan acceder a estos procedimientos gratuitamente y ser padres/madres con gametos donados por un tercero ajeno al proyecto.

En consecuencia, con la aparición de las TRHA, se produce una disociación de lo biológico y lo genético, y siguiendo a las doctrinarias Kemelmajer, Herrera y Lamm hoy se observan tres criterios diferenciados: genético, biológico y voluntario, que a su vez dan lugar a tres verdades: la verdad genética, la biológica y la voluntaria.

Cuando se habla de verdad genética, el elemento determinante en la paternidad o maternidad es el genético, es decir cobra relevancia quien aportó el material genético. En cambio, cuando se hace referencia a la verdad biológica implica la existencia de un vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon que va más allá del aporte genético. En la procreación por medios naturales, el vínculo biológico respecto de la mujer implica haber aportado la gestación, mientras que respecto del hombre el vínculo biológico se presenta con aquel que fecundó a la mujer a través del coito.

Finalmente está el criterio de la verdad voluntaria o consentida, donde la filiación queda determinada por el elemento volitivo, el requisito determinante de la filiación es la voluntad. El componente biológico se disipa y se realza el sociológico. Es decir, el mero aporte del material genético no es determinante en ningún caso para atribuir una paternidad y/o maternidad que

tiene su razón de ser más en su componente socializante de aceptación e integración del hijo en el seno de la familia en el que encontrará su desarrollo y potenciará su personalidad (Kemelmajer, Herrera, Lamm, 2010 p.1).

1.3 Las TRHA como tercera categoría filial.

Los avances de la ciencia y de las tecnologías biomédicas han provocado una desarticulación de las estructuras familiares tradicionales, con la consiguiente puesta en crisis de las reglas del derecho de filiación y sucesiones previstas en el anterior Código Civil.

Por tal motivo, es que desde la entrada en vigencia del actual CCCN, importantes novedades se han producido en lo concerniente al régimen jurídico de la filiación, a consecuencia de la inclusión de las TRHA como un tipo filial autónomo.

Menciona la Dra. Natalia De la Torre que en los fundamentos del anteproyecto se afirmaba:

De conformidad con el desarrollo de la ciencia médica y el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana asistida, el título sobre la filiación recepta la determinación de la filiación cuando esta se debe o es consecuencia de ella, asumiéndose que de conformidad con las particularidades que ostenta este tipo de técnicas, amerita una regulación especial constituyéndose en una nueva causa fuente de la filiación. En este sentido, la reforma recepta que el derecho filial se encuentra integrado por tres modos o formas de alcanzar la filiación; a) por naturaleza, b) por TRHA y c) por adopción. (De la Torre, 2019, p.958)

El Código Civil y Comercial de la Nación admite que la filiación puede derivar de tres fuentes: por naturaleza, por adopción o por TRHA, receptando de esta manera los avances de la ciencia en las nuevas formas de concepción

ya que es una realidad que cada vez son más los niños que nacen por el uso de estas técnicas (CCCN art. 558).

Hoy además en nuestro CCCN también se cuenta con una norma expresa que regula uno de los aspectos de las técnicas como es la cobertura médica, ley 26862, publicada en el Boletín Oficial el 25/6/2013 y su decreto reglamentario N° 956/13.

Afirma la Dra. Natalia de la Torre que en el caso de las TRHA son diversas las situaciones que se pueden presentar- donación de gametos masculinos y/o femeninos, donación de embriones o gestación por sustitución. Sin perjuicio de ello, en las TRHA siempre tendrá preeminencia el elemento volitivo como generador del vínculo filial entre progenitores e hijos/as, con independencia de quien haya aportado los gametos e incluso, gestado al niño/a (De la Torre, 2019, p.957).

En base a lo expresado, nuestro Código Civil y Comercial, no sólo incorpora a las TRHA como nueva fuente de filiación, sino que también establece la igualdad de casi todos los efectos entre los que puedan tener lugar, la filiación por naturaleza, adopción plena y TRHA.

Sin embargo, en este último caso conforme ya señalara anteriormente se establecen límites en la normativa nacional o existen situaciones que quedan libradas al arbitrio judicial y que generan incertidumbre a las personas que han nacido por TRHA y quieren conocer sus orígenes, producto de esta diferencia legislativa.

Cabe destacar que toda persona tiene derecho a conocer su origen, y que como derecho humano personalísimo tiene que ser protegido por el Estado.

1.4 Importancia del abordaje del problema desde el campo de la Bioética.

Los diferentes problemas que se han presentado en el campo de la ciencia biomédica y que han convulsionado el ámbito del derecho, no tienen una sola respuesta, e incluso muchos de ellos aún exigen de una respuesta de tipo legislativa.

Ahora bien, ante este escenario, ¿cuáles son los valores que debemos resguardar, y de qué manera debe hacerse? Es importante que la decisión jurídica que se adopte, conforme señalan las doctrinarias M. Herrera y E. Lamm (Bergel, Lily, Herrera, Lamm, Wierzba, 2017, p. 296) se realice previo debate bioético, lo cual implica una valoración y una decisión consensuada multidisciplinaria en cuanto a los planteamientos éticos.

La bioética proporciona herramientas para la adopción de decisiones que afectan a valores y en las que resulta de especial importancia el proceso de elaboración y el análisis de las pautas que debe regir la acción en lo referente a la interacción técnica del hombre sobre su propia vida y el medio en que la desarrolla, que luego serán elevadas a normas jurídicas. La bioética se ocupa de analizar las implicaciones éticas, jurídicas y sociales de los descubrimientos científicos y las aplicaciones biotecnológicas para proponer pautas justas a su tratamiento y, por ello requiere del derecho a la hora de aplicar y dar efectividad a sus propuestas, (María Casado citada en Bergel, Lily, Herrera, Lamm, Wierzba, 2017, p. 296).

Este nuevo derecho de las familias surgido desde nuevas situaciones generadas por las tecnologías requiere precisamente de la bioética para su cabal comprensión. La implicación entre el derecho y la bioética es de carácter intrínseco, y los aportes que se realizan desde el ámbito de la bioética deben ser consideradas de una extrema utilidad para el derecho a la hora de dilucidar los problemas que se presenten, ya que ambas disciplinas comparten una

misma finalidad: el respeto y promoción de los derechos humanos reconocidos.

Por lo expuesto se destaca la importancia de analizar la problemática planteada desde el campo de la Bioética, que se ha caracterizado por sus fuertes vínculos con el derecho. Conforme lo ha señalado Miguel Kottow (citado en Fernández, 2015, p.330) “la Bioética concurre a nuestro auxilio como una herramienta para la búsqueda de soluciones, a menudo frente a problemas complejos, que permiten encontrar las soluciones más adecuadas con resguardo de los derechos fundamentales...” Refiere a una Bioética del cuidado o protección.

2 MARCO TEÓRICO

2.1 Las TRHA. Una realidad que no se puede silenciar. Nociones básicas.

No escapa al conocimiento de la comunidad que las TRHA han permitido ser padres a quienes no podían serlo; abrió la posibilidad de copaternidades y comaternidades que no se imaginaban tiempo atrás; contemplando diferentes supuestos que incluso generan y van a generar a futuro fuertes debates éticos ya que se presentan en un escenario complejo como por ejemplo: maternidades sin paternidades, paternidades sin maternidades, proyectos familiares en personas de avanzada edad, y los casos de triple filiación, que incluso ya ha tenido algún planteamiento en nuestro derecho nacional.

Analizando sintéticamente la evolución histórica de estas técnicas, menciona Adriana Wagmaister (citada en Guahnon, Iovanna, Somer, 2006, p.7) que la técnica más antigua conocida es la inseminación artificial, habiéndose hallado publicaciones que datan del siglo XVII. En el caso de la fertilización in

vitro, su utilización como técnica es muy posterior, las primeras experimentaciones comenzaron en el siglo XX y tuvo su primer éxito en Inglaterra con el nacimiento de la primera bebé de probeta en 1978, Louise Brown, quien nació en el Hospital de Oldham, Manchester, en Gran Bretaña.

Farnós Amorós (citado en Bergel, Lily, Herrera, Lamm, Wierzba, 2017, p.300) refiere como otro dato relevante en el desarrollo de estas prácticas que el 10 de diciembre de 2010 el fisiólogo Robert Edwards, de la Universidad de Cambridge, fue galardonado con el premio Nobel de Medicina por su método de tratamiento contra la infertilidad basado en la transferencia de embriones criados in vitro, método que había comenzado a desarrollar en los años cincuenta junto a su compañero, el ginecólogo Patrick Steptoe.

Suecia fue el primer país europeo en regular esta práctica médica a través de la ley 1984:1140 de fecha 22/12/1985, extendiéndose luego en el año 1988 a la fecundación in vitro. Luego se incorporó la ley española de 1988, y así se fueron incorporando un mayor número de leyes sobre todo en el continente europeo durante la década de los ochenta.

En el caso de América Latina, su desarrollo normativo comienza mucho después, fundamentalmente en Uruguay, Brasil, Argentina y Costa Rica con el renombrado fallo “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 28/11/12.

Se debe tener presente que el primer nacimiento realizado con óvulos donados fue reportado en Australia en 1984, cinco años antes de la Convención de los Derechos del Niño. En el caso de nuestro país, este tipo de tratamientos comenzó a realizarse hace aproximadamente 25 años, según datos de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER).

En cuanto a la donación de gametos masculinos, la primera inseminación con semen de donante documentada se realizó en Filadelfia en

1884, pero es recién en la década de 1970 cuando comienza a surgir en el mundo la existencia de bancos de gametos masculinos.

En nuestro país, el primer banco de semen se fundó en 1988, es decir que hace más de 30 años que en Argentina nacen niños/niñas con gametos donados y pese a ello el Estado, no ha instrumentado aún un mecanismo o protocolo de actuación que permita resguardar la información de los donantes de gametos o embriones (De la Torre, 2019, p.954).

No existen en nuestro país hoy en día registros estadísticos elaborados por organismos públicos y se debe recurrir a los datos provenientes del Registro Argentino de Fertilización Asistida (RAFA) desarrollado en el marco de la SAMER desde el año 2012.

En el año 2016 según el último dato publicado, se registraron un total de 13.823 procedimientos y 9340 transferencias, de las que resultaron 2131 embarazos y 1570 nacimientos, lo que alcanzó a una tasa de nacimiento por ciclos transferidos del 17%.

Del total de 9340 transferencias de embriones, 2709 (29%) fueron realizadas en el marco de programas de ovodonación, resultando 909 la cantidad de embarazos. Es decir que según las cifras registradas el 46,6% de los embarazos por TRHA durante el transcurso del año 2016 fue con ovodonación (RAFA 2015-2016).

Además, deberían sumarse los embarazos que fueron resultado de una TRHA heteróloga con gametos masculinos donados. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con la ovodonación, no se cuenta con información desagregada de las transferencias, embarazos y nacimientos producidos a partir de la donación de semen, sin una razón que lo justifique, y como otra deuda pendiente en este sentido.

El único dato que brinda el Estado, a través de la Secretaría de Salud de la Nación y que podría ayudar a dimensionar el impacto de la donación de gametos masculinos en los tratamientos realizados en nuestro país es la cantidad de bancos de gametos dispersados en diferentes puntos del país. Conforme el último dato publicado a junio de 2017, de un total de 130 centros de fertilidad habilitados, 51 cuentan con bancos de gametos, todo ello según el ReFES (Establecimientos de salud incluidos en el ReFES).

Podemos observar que en el caso de nuestro país ya existe una práctica avanzada en el uso de las TRHA y por ende es necesario contar con un marco normativo integral que las regule en sus diferentes aristas, dejando de lado prejuicios, omisiones y silencios.

Son diversas las causas que pueden dar lugar a la esterilidad masculina, femenina o mixta.

Desde una visión exclusivamente médica a través de las TRHA se realizan una serie de intervenciones tendientes a aproximar de manera artificial las gametas femeninas y masculinas, con el objeto de favorecer un embarazo. Según la complejidad de las técnicas pueden agruparse en técnicas de baja y alta complejidad.

Entre las de baja complejidad se encuentran la estimulación ovárica y la inseminación artificial, y entre las segundas, la fecundación in vitro, transferencia embrionaria y la maternidad subrogada.

Sintéticamente se van a detallar algunos conceptos que se consideran importantes de conocer en materia de TRHA.

Las TRHA pueden ser homólogas o heterólogas. Las **homólogas** son las que se llevan a cabo con material genético propio de las personas que han expresado su voluntad procreacional, y a quienes finalmente se les va a

atribuir la filiación en términos jurídicos. Por otro lado, las TRHA **heterólogas**, son aquellas en las cuales se utiliza material genético de terceros donantes que no tendrán vínculo filial con el nacido.

A su vez, y como ya señalara las TRHA pueden ser de baja complejidad (intracorpóreas) o de alta complejidad (extracorpóreas). Las técnicas de baja complejidad son las que tienen por objeto la unión entre el óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de la ovulación, estimulación ovárica controlada e inseminación intrauterina, con semen de la pareja o donante, técnica que se conoce como inseminación artificial (IA).

En cambio, en el caso de las técnicas de alta complejidad la unión entre el óvulo y el espermatozoide tiene lugar fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo la transferencia de gametos a la trompa (GIFT); fecundación in vitro (FIV) y transferencia de embriones (TE), técnica que también puede realizarse con espermodonación o con ovodonación, todas ellas están dentro de las más practicadas.

Las denominadas TRHA heterólogas, son admitidas por la mayoría de los ordenamientos jurídicos que regulan la procreación asistida, pero este tipo de fertilización es tal vez la que más conflictos éticos legales ha planteado, junto con el instituto de la maternidad subrogada.

2.2. Marco normativo nacional y TRHA. Sistema adoptado por Argentina

Con anterioridad a la reforma introducida por el CCCN, la legislación argentina sólo contemplaba un doble régimen filiatorio: por naturaleza y por adopción. El desarrollo de las TRHA como práctica médica, hizo que resultara insuficiente el régimen vigente en ese momento y fuera necesaria su inclusión como nueva categoría filial.

La nueva legislación civil y comercial incorporada a partir del año 2015, entiende que era el momento de regular de manera autónoma la tercera fuente de filiación derivada de las TRHA.

En el título V sobre “Filiación”, Libro II sobre las relaciones de Familia se establece en el art. 558: *“Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.”*

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”

A partir del art. 560 (CCCN, 2015) analiza la cuestión de la determinación de la filiación de los hijos nacidos por TRHA, así este artículo establece: *“Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.”*

Se debe tener presente que el elemento fundante de la filiación de los nacidos por TRHA es la voluntad procreacional, que debe exteriorizarse a través del consentimiento previo, libre e informado. El CCCN contiene en su texto varias disposiciones referidas al Consentimiento Informado, sobre su forma de exteriorización, su revocación y previendo la imposibilidad de su impugnación.

Es de tal relevancia la voluntad procreacional, que debe ser actual y necesita renovarse de forma previa e informada y libre antes de cada práctica o procedimiento médico. Es decir que antes de someterse a cualquier modalidad de tratamiento sea de alta o baja complejidad, ya sea que se utilicen gametos propios o de terceros, el centro de salud debe recabar el consentimiento previamente.

Se dispone entonces expresamente, que el consentimiento debe recabarse por el establecimiento médico especializado y debidamente inscripto, de conformidad a lo previsto por el art. 4 y 5 ley 26.862, registro que funciona en el ámbito del ReFES (Registro Federal de Establecimientos de Salud) del Ministerio de Salud de la Nación (conf. Art. 4, Decreto. 956/2013).

Con relación a la instrumentación del documento para niños que nacen bajo el empleo de éstas prácticas, ante el Registro Civil se establece que debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales para su posterior protocolización ante escribano o bien ante la autoridad sanitaria correspondiente, y a fin de proteger los derechos de los niños, el trámite debe realizarse antes del nacimiento, para que al momento de su nacimiento se lo inscriba directamente ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 7 y 8 CDN y art. 11 Ley 26061)

Nuestro actual Código Civil y Comercial brinda un piso mínimo con relación a la cuestión básica que refieren al consentimiento previo, informado y libre de las TRHA, para que si aún no fuera dictada la ley especial que regule en mayor detalle estas cuestiones, se cuente al menos con los elementos centrales de la determinación de la filiación por TRHA, atento a la importancia que en este tipo de fuente tiene la voluntad procreacional.

Las TRHA comprenden situaciones jurídicas y fácticas complejas y muy diferentes a las otras dos fuentes filiales, lo que hacen advertir la necesidad de su regulación autónoma.

Con relación al tema al que refiere el presente trabajo y del derecho humano comprometido en el derecho filial, como lo es la identidad, señalan las autoras Herrera y Lamm que en el caso de las TRHA ésta puede ser no solo biológica por un lado o voluntaria o volitiva por el otro, sino que también se observa una vertiente más: la identidad genética (Bergel, Lily, Herrera, Lamm, Wierzba, 2017, p.380).

Sucede que las TRHA pueden ser con material de la propia pareja, o comprometer material genético de un tercero. En los casos de filiación por naturaleza, la identidad genética, biológica y volitiva se concentran en las mismas personas.

En el caso de la filiación adoptiva, la identidad genética y biológica está en cabeza de la familia de origen y por el contrario la identidad voluntaria está en la familia adoptiva. En el caso de las TRHA la situación es mucho más compleja cuando es heteróloga, es decir que se ha utilizado material genético de un tercero, la identidad genética se independiza en una persona distinta de aquella con la cual se tiene identidad biológica y voluntaria según refieren las autoras mencionadas.

El art. 563 del CCCN establece que la información relativa a que la persona ha nacido por TRHA con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. Lo que se registra es el consentimiento previo, informado y libre exigido por el art. 561 del CCCN de quienes expresaron la voluntad procreacional, no así los datos del donante de gametos que deben ser resguardados por el Centro de fertilidad.

a) Ley 26862 de acceso integral a las TRHA

A través de la ley 26862 se sancionó la ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, la cual fue publicada el 26/06/13 y reglamentada por decreto 956/13. A través de esta normativa se consagra a nivel nacional la cobertura médica integral de estos tratamientos y procedimientos médicos.

Es una ley con una concepción amplia, al referirse a un acceso de tipo integral, que involucra, no sólo técnicas sino también los diferentes procedimientos que implican las TRHA. Era una demanda que reclamaban los pacientes que se sometían a este tipo de técnicas debido a los altísimos costos de los procedimientos.

Entre los fundamentos de la ley señala la Dra. Natalia de la Torre se encontraba la presión social ejercida por las organizaciones y asociaciones de pacientes, más un cúmulo importante de sentencias judiciales, que pusieron de resalto la discriminación y violación de derechos humanos que significaba que sólo quienes disponían de recursos económicos suficientes podían acceder a la maternidad/paternidad a partir del uso de las TRHA (De la Torre, 2019, p. 956).

Asimismo, las doctrinarias Herrera y Lamm, señalan como una observación importante a destacar en esta ley, que en ningún momento se hace mención a las TRHA como modo de paliar un problema de salud, es decir no se centra en la noción de infertilidad, sino a la posibilidad de su acceso como una forma de alcanzar la maternidad/paternidad (Bergel, Lily, Herrera, Lamm, Wierzba, 2017, p. 321).

Este cambio en la perspectiva que se brinda a las TRHA está vinculada a los principios de igualdad y no discriminación ya que no es siempre una cuestión de salud la que está presente en toda situación en la que se apela a

las TRHA, sino que también son el modo de acceder a un proyecto familiar por personas del mismo sexo o incluso familias monoparentales. Por lo tanto, el derecho humano que está comprometido es el derecho a la vida familiar (art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Existe entonces un cambio de paradigma se abandona un modelo médico, asociado a la infertilidad y se consagra en cambio un modelo de acceso a las TRHA como derecho universal, con independencia del estado civil, orientación sexual o identidad de género.

Continuando con el análisis de la ley, en su art. 2 define a la reproducción médicamente asistida, comprendiendo tanto a las técnicas de alta y baja complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

Como ya se señaló anteriormente, el Ministerio de Salud de la Nación es la autoridad de aplicación y tiene la obligación de crear un registro único en el que deben estar inscriptos los establecimientos médicos sanitarios habilitados para realizar las TRHA. También siguiendo con una concepción amplia se refiere el art. 7 a los beneficiarios de la ley como personas y no sólo parejas.

Finalmente, la norma central de la ley es el art. 8 que refiere específicamente a la cobertura de este tipo de tratamientos y en un sentido amplio e integral como se señalaba, ya que se obliga tanto al sector público como al privado a brindar esta prestación.

b) Decreto 956/2013

Es el decreto que reglamenta la ley anteriormente mencionada y la pone en funcionamiento, respetando los derechos humanos contenidos en ella. Siguiendo a las autoras Herrera y Lamm se destacan en los Considerandos

de la reglamentación dos principios fundamentales en consonancia con la ley 26.682.

Se hace referencia a que 1) los derechos comprometidos en el acceso a las TRHA son “ los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud”, de esta manera se reafirma que el derecho a la salud no es el único derecho humano involucrado, sino que además se encuentra íntimamente ligados con los derechos a la dignidad, la libertad y la igualdad de toda persona humana y 2) se afirma que la “intención socio-cultural y jurídica del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión social, de más inclusión en salud; en el marco de una sociedad que evoluciona culturalmente, aceptando la diferencia y la diversidad cultural, y promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa (Bergel, Lily, Herrera, Lamm, Wierzba, 2017, p. 324) .

Sintéticamente podemos señalar los aspectos más destacados de la reglamentación que se relacionan con nuestro trabajo, para tener un panorama de lo que prevé la norma a nivel nacional.

En su artículo uno establece la posibilidad de acceso a tales procedimientos y técnicas para cualquier cobertura que posean los titulares del derecho (sea sistema público, de seguridad social o privado). Luego en su artículo dos se refiere a las definiciones y técnicas, resaltando como aspecto importante que se alude a sistema reproductor femenino, término que resulta más preciso desde lo legal en consonancia con la ley de identidad de género.

También se refiere al registro de los establecimientos sanitarios habilitados para poder llevar adelante los procedimientos y técnicas de TRHA, que debe funcionar en el ámbito del Registro Federal de Establecimientos de Salud dependiente del Ministerio y a los requisitos de habilitación.

Finalmente, se establece expresamente la cantidad de tratamientos que pueden ser cubiertos, si son de baja complejidad, se contempla hasta 4 tratamientos anuales y cuando son de alta complejidad hasta un máximo de 3, debiendo comenzar primeros con las técnicas de baja complejidad como paso previo las de mayor complejidad.

Asimismo, vemos que señala que cuando se utilicen gametos o embriones donados deben provenir exclusivamente de bancos inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud. De esta manera se busca proteger el uso de material genético por razones médicas, para descartar la presencia de ciertas enfermedades en los donantes, y también por el compromiso que existe de un derecho humano tan importante como es el derecho a la identidad.

Por último, como aspecto a destacar se menciona que la donación “nunca tendrá carácter lucrativo o comercial” (art.8), sin embargo, esta disposición ha sido interpretada en el sentido que esto no significa que no se pueda entregar dinero a modo de compensación, como es el caso de la ley española que lo establece de manera expresa en ese sentido contemplando las molestias físicas, y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación.

Ley especial

Aún queda como una deuda pendiente la sanción de una ley especial que regule aquellas otras cuestiones referidas a las TRHA y a su uso como, por ejemplo: registro de las donaciones, máximo permitido por donante, información que se debe recabar de los donantes, el acceso a esa información, los derechos y obligaciones de los centros de salud, sanciones por incumplimiento, responsabilidad civil de los centros de salud, posibilidad de contratación de un seguro, etc.

El CCCN impone la sanción de una ley especial sobre TRHA e incluso realiza remisión a ella en varios de sus artículos, ya que muchas de estas cuestiones no pueden ser abordados por la normativa civil y comercial y necesitan de esta ley especial.

Existen varios proyectos de ley en distintas instancias parlamentarias como son los proyectos de: 1) El Proyecto sobre el Derecho a conocer la Identidad de Origen y Biológica, presentado por Stolbizer el 13/5/14-Expediente 3466-D-2014, 2) El Proyecto sobre el acceso a la Información genética de las Personas concebidas mediante Fecundación asistida, de fecha 7/3/14, Expediente 0365-D- 2014, 3) Proyecto de Ley Integral de Técnicas de reproducción Humana asistida, presentado el 27/5/14 por la diputada Brawer, Expediente 4058-D-2014, 4) Proyecto Puiggros 5/3/2014, Proyecto de Creación del Registro Nacional de Donantes de gametos y/o embriones, Expediente 0146-D-2014, y finalmente el 5) Proyecto Fertilización Humana asistida, presentado por el diputado Bianchi el 12/3/14, Expediente 0581-D-2014, analizaré más adelante aquellos que me parecieron de mayor relevancia para la temática abordada en el presente trabajo.

2.3 Derecho a la identidad: Definición y alcance.

Según el jurista Fernández Sessarego (1996), autor seguido por la doctrina argentina, la identidad de una persona está compuesta por distintos elementos y se subdivide en dos fases. Por un lado, están aquéllos que permanecen estables a lo largo de la vida del sujeto, o es muy poco probable que varíen, estos elementos incluyen la composición genética, el sexo, y el nombre, conforman lo que se conoce como “identidad estática”. Por otro lado, están los elementos que cambian constantemente en una persona, como por ejemplo sus opiniones, sus preferencias. Son elementos psicológicos, que

están ligados a la educación y al entorno cultural del sujeto, y conforman su “identidad dinámica”.

Es importante entonces, abordar un concepto integral de identidad que incluya ambos aspectos, como señala Fernández Sessarego. Por un lado, la dimensión estática, perpetua e inmutable con el tiempo, que posibilita que cada individuo se diferencie externamente de los demás por una serie de signos que son los que se hacen visibles en el mundo exterior y que permiten al observador formarse una primera e inmediata idea de la persona (imagen, características físicas, nombre, datos de nacimiento, identificación, sexo, filiación, patrimonio genético, nacionalidad).

Por otro lado, en cambio, la dimensión dinámica, es variable en el tiempo y refiere al hombre en su proyección social y está constituida por el conjunto de atributos y características- intelectuales, morales, culturales, políticas, profesionales etc.- que permiten distinguir una persona dentro de otra en la sociedad (Fernández Sessarego, 1992, p.114).

Ahora bien, una de las cuestiones a resaltar de la definición que brinda Sessarego, es que fue de las primeras definiciones en poner en evidencia que una cosa es el vínculo biológico y otra la filiación y con la aparición de las TRHA se ha puesto dicha circunstancia de resalto ya que existe una disociación entre la voluntad procreacional y la verdad biológica y que tanto un aspecto como el otro son de importancia para las personas nacidas de TRHA.

Se entiende por derecho a conocer el propio origen la facultad de acceder a los datos referidos a la propia ascendencia biológica y genética, es decir quiénes han sido los progenitores y las condiciones, de la propia concepción y nacimiento. Este interés posee la suficiente entidad como para ser considerado objeto de un derecho fundamental puesto que forma parte del desarrollo de la personalidad, hace a la igualdad de todos con independencia

del nacimiento y atañe de manera especial al ámbito de la privacidad e intimidad y a ciertos aspectos de la integridad psicofísica de la persona (Ales Uría, 2014, p.3)

El derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes ocupa un lugar importante dentro del ordenamiento jurídico argentino que viene dado ya por la Convención de los Derechos del Niño, y su jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) y también por la ley nacional 26.061 en su art. 11 y nuestro CCCN.

De alguna manera es relativamente reciente la aparición del derecho a la identidad en el derecho internacional y tratados internacionales de Derechos Humanos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, a la cual nuestro país le reconoce jerarquía constitucional, no hace referencia explícita ni al derecho a la identidad, ni al derecho a conocer los orígenes, los consagra sí implícitamente (como por ejemplo cuando menciona el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, a la vida e integridad personal, a la dignidad personal, a la vida privada, a la igualdad; teniendo como eje la importancia de los niños, niñas y adolescentes y de la familia (cfr. Art 1.1, 3, 4, 5, 11, 17,19 y 24).

Es la Convención sobre los Derechos del Niño, una de las primeras en reconocer este derecho como un derecho autónomo, y en hacer referencia al “derecho a conocer a los progenitores”. Tomando como eje el interés superior del niño se destaca el valor de la identidad a lo largo de todo su articulado, aunque especialmente reconocido por los arts. 7 y 8.

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Parte velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Parte se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Ambas disposiciones le otorgan un resguardo integral al derecho a la identidad. Por un lado, consagrando este derecho que incluya tanto su dimensión estática como dinámica, ya que resguarda el derecho a conocer a sus progenitores como a obtener un emplazamiento filial y gozar de relaciones familiares y por el otro también es integral porque otorga al derecho a la identidad de los NNyA, puesto que no sólo lo incluye como uno de sus derechos fundamentales, sino que además establece mecanismos de protección que se traducen en: 1) velar por su aplicación (art. 7.2), 2) asumir el compromiso de respetarlo (art. 8.1); y 3) reestablecer de inmediato la identidad en caso de privación ilegal (art. 8.2).

Ahora bien, cuando la CDN habla de “padres”, en el uso neutral de la palabra que refiere tanto al padre, como a la madre, a dos padres o a dos madres, ¿qué concepto comprende?

Según lo señala la Dra. Mariana A Lorenzi (citada en Fernández, 2015, p.1068) se pueden encontrar 3 respuestas. La primera considerando que la CDN es un instrumento jurídico sería el sentido legal de la palabra y entender por “padres” a aquellas personas a quienes las leyes consideren tales, de modo que la respuesta variaría según la legislación vigente en cada Estado. Otra opción sería interpretarla como “padres biológicos” en cuyo caso habría que aclarar si se limita a aquellas personas a quienes les une un lazo genético o incluye también a la mujer gestante. Por último, una tercera solución, sería incluir tanto a los “padres biológicos” como a los “padres sociales”.

Van Heugten y Hunter (2005, p.19) en su análisis de la legislación internacional y canadiense, barajan dos posibilidades: o bien refiere a quienes toman la decisión de tener y criar un hijo o hija usando material reproductivo donado (excluyéndose así a los donantes) o bien se admite una lectura más amplia que incluya a los padres genéticos, a los de nacimiento y también a los psicológicos.

Se sabe que muchas veces la filiación jurídica no siempre deriva del hecho biológico, pudiendo concretarse por otros medios. La Dra. De Lorenzi refiere en su trabajo (citada en Fernández, 2015, p. 1069) que, compatibilizando las expresiones terminológicas y jurídicas, sería posible distinguir entre persona progenitora, la que aporta sus genes, el progenitor/progenitora que tiene establecido un vínculo de filiación por naturaleza y el padre/madre en referencia a la persona con quien la ley le reconoce al nacido (sea naturalmente, por TRHA o adopción) una relación filial. No obstante, señala que muchos autores, omiten la primera categoría y distinguen directamente entre progenitores y padres.

Es posible que las funciones de padres y progenitores recaigan sobre las mismas personas, pero también es posible que existan progenitores que

no sean social ni legalmente padres. Esto ocurre en los casos de los progenitores que abandonan a sus hijos, que los dan en adopción o bien de personas que han nacido gracias a la donación de material genético de un tercero. Es en estos supuestos donde el derecho a conocer a las personas a las que se le debe la propia existencia cobra relevancia.

La consagración que el art. 7 CDN hace del derecho a la identidad, es integral, pero no absoluto ya que introduce un condicionante a su procedencia que es la frase “en la medida de lo posible”. Esto exige una mirada cautelosa sobre este condicionante que garantice siempre su vigencia y que evite que se emplee de un modo que termine anulando este derecho.

La CDN parte de un presupuesto fáctico que es que los NNyA por regla viven con sus padres, es decir con la mujer que lo dio a luz, y el hombre del que ella ha quedado embarazada. Sin embargo, esta regla no es la única posible y que puede presentarse, hoy existen un sinnúmero de situaciones: que sólo tenga su maternidad determinada, que el padre legal no sea su padre biológico, que no tenga filiación alguna determinada porque sus padres lo abandonaron, que no tenga con sus padres vínculo genético alguno etc.

Estos diferentes supuestos ponen de relieve que tal vez esa situación que se ve como normal y obvia para algunos, como conocer sus orígenes y sus raíces, no lo es para todos, y que es necesario garantizar a todas las personas esta posibilidad de construcción de la personalidad y reconocimiento por la CDN del derecho a conocer a sus progenitores.

Van a existir supuestos, donde sin duda por más esfuerzo que se haga por parte de los Estados, no va a ser posible conocer los orígenes biológicos (por ejemplo que la madre desconozca al progenitor por la razón que sea), pero por el contrario cuando el niño, niña o adolescente ha sido dado en adopción o ha nacido en virtud del uso de una TRHA con material genético de

un tercero, o se trate también de una gestación por sustitución, los Estados tienen responsabilidad de garantizar el acceso a la identidad de sus progenitores, donantes y madre gestante.

Podemos concluir que la CDN admite el derecho a conocer los orígenes en todos los supuestos que pueda ser aplicable, permitiendo la libre investigación de la paternidad, y en el caso particular que estudiamos, de las personas nacidas de TRHA a conocer a sus donantes.

Ahora bien, aun cuando en el caso de la reproducción humana asistida el niño, niña o adolescente tenga el derecho a conocer sus orígenes, no puede ser cuidado por sus progenitores, porque la persona donante carece de voluntad parental, que sí está presente en otras personas, es decir que en los supuestos de TRHA tiene derecho a gozar de un entorno familiar que le brinde “un ambiente de felicidad, amor y comprensión” y que se conforma con aquellos que sí quisieron ser sus padres.

En conclusión, en el caso de las TRHA la previsión del art. 7.1 se traduce en que los NNyA podrán conocer quiénes fueron sus progenitores, aunque no sean cuidados por ellos sino por quienes solicitaron someterse a las TRHA, porque son quienes tienen voluntad procreacional.

Cabe hacer una mención especial con relación al art. 8 de la CDN, que si bien no tuvo en mira estos nuevos supuestos actuales, ya que su incorporación, se debió a la iniciativa del delegado de nuestro país quién impulsado por los secuestros y supresiones de identidad padecidos durante la última dictadura militar, impulsó su inclusión con especial preocupación.

Estos tristes episodios, que también ocurrieron en otros países de Europa, demuestran la necesidad de reforzar el derecho a la identidad consagrado por el art. 7 CDN, garantizando una pronta respuesta estatal ante una eventual violación al mismo. Por tal motivo se establece la obligación de

los Estados a respetarlo y velar por su aplicación, así como su responsabilidad en caso de infracción del derecho.

El art. 8.2 CDN habla del compromiso estatal con el respeto del derecho del NNYA a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, dejando en claro que todos los elementos de la identidad deben resguardarse, y abarcando también los casos de personas nacidas por TRHA.

Esta interpretación es sostenida por Jaap Doek (citado en Fernández, 2015, p.1077) quien interpreta que esta enumeración que hace la CDN es simplemente enunciativa y resulta necesario remontarse a las condiciones actuales que resulten relevantes para la identidad personal e inclusiva de todos los elementos de identidad, entre ellos del derecho a conocer los orígenes en los casos de TRHA.

Por lo tanto, aun cuando el art. 8.2 no haya sido redactado teniendo en cuenta los supuestos de TRHA, interpretada la CDN de una manera integral y dinámica, y teniendo en cuenta las condiciones actuales, los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas o de cualquier tipo destinadas a implementar el derecho a conocer los orígenes en estos casos.

En el derecho de familia, el principio de verdad biológica resguarda el interés de las personas cuya filiación no se corresponde con el vínculo biológico, consagrando a su vez otro principio de la libre investigación de la filiación, que se ve reflejado de manera patente en el caso de las acciones de filiación.

En el caso de las TRHA sabemos que se multiplican las personas implicadas en la filiación de las personas concebidas de este modo (donantes, receptores, en otros casos gestantes también) lo cual provoca una disociación de los vínculos genéticos y sociales como hemos ya analizado lo cual

despierta muchas veces aún con mayor fuerza, el interés de las personas nacidas por TRHA de conocer la realidad de sus orígenes.

Es importante entonces resaltar el respeto al derecho a la identidad, pero en consonancia con otros principios como el de igualdad y no discriminación de las personas en razón de su nacimiento, es decir no hacer diferencias arbitrarias de las personas en virtud de su nacimiento y/o forma de filiación.

Por otro lado, si bien esta carta de derechos, CDN, es aplicable a las personas menores de 18 años, a partir de ella surge el reconocimiento del derecho a la identidad como autónomo, sustantivo e independiente; por ende, su reconocimiento no sólo es predicable a favor de los menores de edad, sino que se extiende durante toda la vida del ser humano, dada la naturaleza del objeto protegido.

Sin duda que las inquietudes para conocer cuáles son las circunstancias del comienzo de la propia existencia aumenta con los años y es una pregunta que cobra mayor intensidad a partir de la adolescencia, por ello tanto los menores como los adultos son titulares del derecho a conocer su origen.

El Estado Argentino debe brindar entonces, como país signatario de la CDN y otros instrumentos de Derechos Humanos el amparo integral debido al derecho a la identidad y que exigirá ir más allá del resguardo a la filiación adoptiva y por naturaleza para incorporar también en base a los principios antes señalados a las personas nacidas mediante la donación de gametos, para que puedan conocer sus orígenes biológicos.

Es importante destacar que toda la experiencia, los conocimientos sobre las cuestiones psicológicas y sociales, como así también las prácticas sobre cómo, cuándo y a quién informar sobre los orígenes en los casos de

adopción, pueden servirnos de base y resultar de utilidad para abordar esta misma cuestión con relación a las TRHA, ya que las recomendaciones tanto de parte de los profesionales médicos como psicólogos es hacia una apertura.

Sin duda que existen diferencias entre una figura y otra, pero la situación de hecho que comparten en cierta forma es similar, ya que en ambas existe la participación de al menos una persona que no es su padre o madre legal y por ende hay una discordancia entre lo jurídico y lo biológico, que lleva al mismo interés por conocer los orígenes.

Existe en los seres humanos un deseo normal y sano de conocer la identidad de sus progenitores y una búsqueda de identificación con los rasgos y caracteres legados. El hombre se percibe a sí mismo como más que biología pura y experimenta en muchas ocasiones la necesidad puramente psicológica de acceder a la información sobre su propio origen, a al menos tener la posibilidad de acceder a ella o de buscarla. Puesto que el derecho a la identidad está en el núcleo duro de los derechos de la personalidad, se ha de procurar que la persona conozca la verdad sobre su filiación.

Afirma el Comité Jurídico Interamericano (OEA. 2007, N°12) que:

el derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana. Es en consecuencia un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su conjunto que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se trata de un derecho que no puede nunca ser conculcado ni reglamentado o reconocido parcial o discriminatoriamente.

El mismo Comité (OEA, 2007, N° 17) reconoce que:

la privación del derecho a la identidad o a las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación y obstaculizan el derecho que toda persona tiene al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica.

2.3.1. Análisis comparativo del derecho a la identidad y su recepción en las distintas fuentes de filiación

El nuevo CCCN regula los efectos filiatorios de las TRHA, estableciendo a la voluntad procreacional como criterio rector y permitiendo la dación anónima de gametos y autorizando un muy restringido acceso a los datos del donante por parte de las personas concebidas.

Por tal motivo es que cierto sector de la doctrina cuestiona el modo en el que se ha considerado el derecho a la identidad de los hijos concebidos por procreación artificial y si bien las nuevas disposiciones legales facilitan el acceso a este tipo de técnicas, se ha omitido toda mención al derecho a la identidad entre las normas de filiación derivada de las TRHA.

Pareciera entonces que estamos frente a categorías de hijos con derechos diferenciados, ya sean nacidos por naturaleza, por adopción o por TRHA, quedando estos sujetos a las voluntades y consentimientos de adultos para ser titulares de derechos.

La voluntad de los adultos y no la identidad de los niños pasa a ser el eje para determinar maternidades y paternidades bajo la forma de consentimiento informado, dejando de lado las normas constitucionales que

impiden cualquier tipo de discriminación entre los hijos: art. 25.1 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 24.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 17.5 Pacto de San José de Costa Rica y art. 2.1 Convención sobre los Derechos del Niño.

Seguidamente analizaremos las diferencias de tratamiento de acuerdo al tipo de filiación de que se trate y en comparación con las TRHA, tanto desde el punto de vista legal como también abordando otros aspectos interesantes como los psicológicos.

a) Filiación por naturaleza

En este caso la filiación se determina por la verdad biológica, y la maternidad por el parto, mientras que en las TRHA el elemento decisivo es la voluntad procreacional.

La filiación por naturaleza reconoce su origen en un acto sexual, no hay disociación, puede ocurrir obviamente que la persona no aporte el elemento volitivo- que la persona no quiera ser madre o padre- pero este dato es indiferente a los efectos de la filiación en virtud de haber aportado el elemento biológico.

En la filiación derivada por las TRHA, la vida proviene de la participación de terceros que actúan sobre la naturaleza para poder concretar la procreación a través de la participación del equipo médico. Esto trae como consecuencia que en la filiación derivada de las TRHA no siempre coincida la paternidad/maternidad genética con la voluntaria.

Cuando las TRHA son heterólogas, el elemento genético no es aportado por la misma persona que presta el elemento volitivo, es decir que el aporte puede venir de dos o más personas.

Es decir que mientras que la filiación por naturaleza se funda en el elemento biológico con independencia de si se quiere o no ser padre/madre, la filiación por TRHA se funda en el elemento volitivo, con independencia del elemento genético.

Ahora bien, estas diferencias, también repercuten necesariamente en el régimen de impugnación y reclamación de la filiación. Con relación a la posibilidad de reclamar la filiación, en la filiación por naturaleza se puede reclamar en contra del padre o madre biológico. Para el caso de que el niño/niña sea inscripto sólo con filiación materna existe obligación jurídica de determinar la paternidad. Asimismo, existe la posibilidad de impugnar tanto la maternidad como la paternidad.

En la filiación por naturaleza la atribución de la paternidad está en función no sólo de la derivación genética, sino también de la voluntariedad del acto necesario para engendrar. A fines de la determinación de la filiación biológica fue de gran importancia el descubrimiento de la estructura molecular del ADN por Watson y Crick en el año 1953 (Minyersky, Flah, 2014). Asimismo, en el año 1980 Jean Dausset y Baruj Benacerraf descubrieron el sistema mayor de histocompatibilidad humano (HLA) que permitió la investigación de la filiación biológica mediante este sistema genético. Más recientemente, en el año 1985 Alex Jeffrey desarrolló la técnica del análisis del polimorfismo genético del ADN mediante técnicas moleculares para resolver casos de parentesco biológico con altísima probabilidad de certeza.

La identificación del sujeto se hace por comparación de su impronta genética con el patrimonio recibido de su madre y padre, llegándose a un grado de certeza que alcanza el 99% o más de probabilidades. De esta manera las mujeres encontraron así mayores posibilidades de ejercer por sí y en nombre y representación de sus hijos, acciones tendientes a lograr la determinación

de los vínculos biológicos, integrando así al concepto de filiación el de paternidad responsable. Las pruebas filiatorias, debidamente reguladas comportan una herramienta eficaz para la protección integral del derecho a la identidad.

En el caso de los niños/niñas nacido/as mediante el uso de las TRHA no se puede reclamar la filiación contra el dador de gametos, tampoco se permite indagar la paternidad si el niño es inscripto solo con filiación materna y no se pueden impugnar los vínculos filiatorios, excepto que no se haya consentido la técnica es decir no se aportó la voluntad procreacional.

b) Filiación por adopción

En el caso de esta figura, si bien se asemeja con las TRHA en que en ambas el vínculo se determina por el elemento volitivo, presentan sus diferencias también.

En el caso de las TRHA la voluntad procreacional debe ser manifestada en oportunidad previa a la gestación, a través de los consentimientos requeridos legalmente. En cambio, en la adopción la voluntad ya se presta respecto de una persona ya nacida.

Con relación al vínculo genético, esta posibilidad falta en la adopción, mientras que no siempre se presenta en las TRHA, ya que puede ocurrir que al menos uno de los que recurren a la técnica esté genéticamente vinculado con el niño que nace fruto de esta práctica médica, lo cual lleva incluso a muchas parejas a optar por esta técnica.

En lo que se refiere a la identidad personal de los niños adoptados está enumerado entre los principios generales del actual CCCN (art. 595 inc. b) mientras que en el caso de los niños concebidos por TRHA no se menciona. El resguardo de la información también está expresamente previsto en la adopción señalando que “el expediente judicial y administrativo debe contener

la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y su familia de origen incluido los relativos a enfermedades transmisibles” (art. 596 CCCN 3er párrafo).

En el caso de las TRHA se establece “que la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento (art. 563 CCCN).

En la adopción se exhorta al agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada (art. 595 inc. c, art. 607 CCCN) y el derecho a conocer los orígenes es uno de los principios generales y tiene una regulación de muy amplia legitimación para el niño. En el caso de las TRHA es un derecho que decide el juez por pedido del niño por razones fundadas o razones de salud (art. 564 CCCN).

Para la adopción, la preservación de los vínculos fraternos es un principio general (art. 595 inc. d CCCN) en las TRHA no se toma ningún recaudo en este sentido. Muchas veces sucede que en una familia uno o más hijos están en condiciones de ser dados en adopción por la problemática que atraviesa esa familia y se busca en estos casos por parte de los servicios sociales que estos hermanos crezcan juntos; en el caso de la reproducción humana asistida con donación de gametos cada donante puede haber engendrado un número indeterminado de hijos recibidos por diversas parejas.

En el caso del niño adoptado establece el art 621 CCCN “...*cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno varios parientes de la familia del adoptante en la*

adopción simple...” Esta posibilidad en cambio no se reconoce a las personas concebidas por TRHA.

En el caso de la adopción los padres tienen obligación de dar a conocer el origen biológico (art. 596 CCCN) sin embargo no hay ninguna norma que exija eso en el caso de las TRHA e incluso podría suceder que el niño/niña nunca se entere que fue concebido de este modo.

Destaca la Dra. Marisa Herrera (Herrera, Lamm, 2014, p.10) que en la adopción existe un vínculo biológico anterior entre el adoptado y la familia de origen, una “historia” previa, ha mediado un desarraigo y el vínculo con los adoptantes surge con posterioridad. En cambio, en las TRHA no se presenta esta “historia previa”, el vínculo con los padres surge en el instante en que se da comienzo a una nueva vida. El vínculo es más fuerte en la adopción, lleva un plus que no está presente cuando se trata de un donante anónimo. Es decir, en la adopción hay bios, origen, historia y en las TRHA hay genética.

Suecia buscó en la experiencia de la adopción elementos para elaborar en 1984 su ley pionera en el reconocimiento de derechos de los hijos de donantes. Tanto la adopción como las TRHA que involucran la donación de gametos implican la creación de vínculos familiares basados más en lo social que en lo genético.

En el caso de la adopción los estudios realizados señalan como sugerencia que es mejor revelar la información desde temprana edad para permitir que el niño asimile los datos como naturales y pueda manejar el resto de su vida con estos elementos, sin perjuicio de ello aún subsisten los temores en torno al impacto emocional y en la conformación del propio yo que pueda tener la revelación del origen genético diverso al de las personas que cumplen el rol social de padres (Ales Uria, 2014, p.1).

Los autores Turner, A.J y Coyle, A., en su obra “¿Qué significa ser hijo de un donante? (2000, pp. 2041-2051) refieren que las experiencias de identidad de adultos concebidos por inseminación de donante señalan que de los testimonios recogidos se demuestra, que los hijos de donantes poseen una necesidad similar a la de los hijos adoptivos de conocer datos e información sobre sus progenitores biológicos. En muchos casos se trata de una búsqueda de toda una vida que se vuelve más acuciante cuando estas personas se convierten a su vez en padres.

En ambos supuestos los hijos relatan la sensación de saber que existía información sobre sus orígenes familiares que nos les era revelada y una sensación de ver su intimidad violada. De hecho, la misma existencia de registros de datos, tanto en la adopción como en la concepción con donante, implica una necesidad de conocer; mientras que el secreto o confidencialidad de estos registros sirve para reforzar la idea de que los lazos genéticos son tan fuertes que podrían implicar una ruptura de los afectivos.

Si se revalorizan los lazos biológicos y genéticos por un lado favoreciendo el descubrimiento de la verdad en la filiación por naturaleza, negar el acceso a los registros sobre esos datos en el caso de las personas concebidas por TRHA parece incoherente. Siempre que exista registro de la información, aun cuando sea de carácter confidencial, está la posibilidad de acceder a ella.

También es importante destacar como lo señalan los autores en su investigación la edad en la cual se da a conocer la verdad sobre el origen o forma de concepción, y hay una marcada vivencia entre quienes han conocido la verdad sobre sus orígenes desde pequeños y aquellos que accedieron a ella en la adultez.

Tanto hombres, como mujeres concebido/as con la participación de terceros resaltaron la necesidad de honestidad de los padres frente a los orígenes del hijo como forma de reasegurar el afecto por encima de la biología y evitar cualquier estigma asociado a la concepción. Las personas que relatan haber crecido en un ambiente sin presencia de mentira afirman poseer lazos fuertes con sus padres y hermanos legales y una vinculación positiva para con ellos y su propia historia.

Por el contrario, aquéllos que llegaron a conocer la verdad de su concepción en forma tardía, relatan la existencia de importantes conflictos emocionales y de identidad a raíz de ese descubrimiento. Refieren la sensación de haber sentido desde pequeños que “no encajaban” en sus familias, además de la sensación de aislamiento frente a la súbita revelación de no estar vinculada genéticamente del todo con sus padres y hermanos.

2.3.2. La posibilidad del ejercicio de una acción autónoma para conocer los orígenes en la filiación por naturaleza, adopción y TRHA.

Se debe efectuar una distinción que es válida para todas las fuentes filiales entre el derecho a conocer los orígenes y el derecho a obtener un emplazamiento filial. En este caso abordaremos el derecho humano a conocer los orígenes biológico en las tres fuentes de filiación y la posibilidad de ejercicio de acciones autónomas en este sentido.

a) Filiación por adopción

Marisa Herrera en su obra referida al derecho a la identidad en la adopción (2008, p.175), entiende que el origen de una persona adoptada compromete aristas mucha más delicadas que lo estrictamente “biológico”. Los niños adoptados tienen historia, biografía, orígenes. Es decir, lo biológico es sólo uno de los tantos elementos que integran los orígenes, la historia, la biografía de los niños adoptados.

Ahora bien, más allá del compromiso y obligación legal de los padres adoptivos de hacer conocer los orígenes al adoptado, también se encuentra previsto como ya lo mencionara el derecho del adoptado con edad y grado de madurez suficiente de acceder al expediente judicial, pero también a otro tipo de registros y documentación referida a su adopción y que le permita la construcción del conocimiento de su historia.

Desde el punto de vista jurídico el hijo tiene vedada la posibilidad de una acción de estado respecto de sus progenitores biológicos en virtud de la irrevocabilidad de la figura de la adopción plena, sin perjuicio de ello a los fines de respetar el derecho a la identidad algunos autores remarcan la importancia de distinguir entre el derecho a conocer y el derecho al emplazamiento filial y que este reconocimiento al derecho a conocer los orígenes, viene dado por la posibilidad del ejercicio de una acción autónoma de conocimiento, justamente teniendo en cuenta que cuando se habla de orígenes en el marco de la adopción involucra otros aspectos que van más allá del dato biológico, y que la posibilidad de esta acción puede tener por fin no sólo el conocimiento de sus progenitores, sino también hermanos, y demás miembros de su familia de origen, y que además puede derivar en un contacto personal.

b) Filiación por TRHA

En el caso de las TRHA los autores realizan otro tipo de distinción terminológica, ya que entienden que el término “orígenes” no sería adecuado aplicarlo en el caso de niños nacidos bajo el uso de las TRHA heterólogas, ya que lo que se haya en juego es el derecho a conocer el origen genético y no biológico como ocurre en la filiación adoptiva y por naturaleza (Herrera, Lamm, 2014, p. 5).

En este tipo de filiación como ya lo remarcara en el comienzo del trabajo se ha discutido doctrinariamente mucho sobre la existencia y alcance del

derecho a saber de los hijos nacido fruto de ésta técnicas, con las 3 posturas principales: el vedar todo tipo de información, el permitir el acceso a información, pero sólo de tipo no identificatoria y finalmente permitir acceso a todo tipo de información incluso la identificatoria, pero sin generar vínculo jurídico alguno.

En el caso de nuestra realidad social, a los fines de adoptar una postura en este sentido no podemos soslayar las diferentes sentencias de la Corte Interamericana que dan contenido y peso al derecho a la identidad, por lo que consagrar el impedimento a acceder a todo tipo de información no podría sostenerse.

Existe por lo tanto un derecho a conocer los datos relativos al aportante del material genético a través del reconocimiento de una acción autónoma. Nuestro actual CCCN como ya mencionara al momento de abordar la temática en la normativa nacional, recepta el derecho al conocimiento del hijo nacido bajo estas técnicas en dos supuestos: por un lado, la posibilidad de acceso a datos médicos, esto es información no identificatoria en caso que sea relevante para la salud y por el otro la posibilidad de obtener por parte del hijo la información identificatoria del donante, por razones fundadas evaluadas por la autoridad judicial.

Esto implica que, para acceder a la información no identificatoria, el hijo podrá recabarla directamente del centro de fertilidad, mientras que el acceso a la información identificatoria será a instancias de una acción autónoma ejercida por el hijo y objeto de control de razonabilidad por el juez.

La discusión que aún no ha sido saldada es acerca de qué debe entenderse por “razones fundadas”. La autora Victoria Famá (citada en Schiro, 2015, p.7) señala que retomando la interpretación de la expresión “en la medida de lo posible” del art. 7.1 de la CDN, hace alusión a los límites de índole fáctica en

materia de acceso a los orígenes, y no a los límites legales. En función de ello, “una interpretación menos restrictiva, de la limitación legal a la luz del principio pro homine, llevaría a sostener que el acceso a los orígenes constituye por sí solo una de las “razones debidamente fundadas” que ameritan el conocimiento de los datos identificatorios del donante del material genético, sin que ello pueda quedar a criterio de la autoridad judicial.

c) Filiación por naturaleza

En el caso de la filiación natural, nuestro CCCN regula extensamente las acciones de estado tendientes tanto al emplazamiento como al desplazamiento del estado filial. No obstante, pueden mediar supuestos en los que la pretensión se dirija sólo al conocimiento del lazo biológico sin efecto sobre el estado de familia.

La Dra. Kemelmajer (citada en Schiro, 2015, p. 8) realiza la distinción entre cuatro derechos de la persona humana pero que van generalmente, muy unidos: “el derecho a conocer el origen biológico, el derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación entre quienes están unidos por esos orígenes, el derecho al nombre y el derecho a probar el estado de familia. Aunque están vinculados estos derechos deben ser distinguidos señala la autora.

Por tal motivo, pese a la ausencia de regulación expresa, esta disociación entre el derecho al conocimiento y al emplazamiento en la filiación natural, viabilizarían el ejercicio de una acción autónoma a los fines de poder conocer los orígenes biológicos y la forma de canalizarlo es a través de una acción autónoma, desde el punto de vista procesal de una acción declarativa de certeza.

La mayoría de los Códigos Procesales establecen en general como requisito para el ejercicio de este tipo de acción, que medie incertidumbre respecto de la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica.

En el caso de la filiación por naturaleza este derecho le asiste al accionante derivado del derecho a la identidad, de perseguir mediante una manifestación jurisdiccional la declaración de certeza sobre la relación jurídica familiar que titulariza "...cuando existen dudas razonables sobre la concordancia entre el estado de familia que se ostenta y el origen biológico de nuestra existencia" (Juzg. Familia N°4 Córdoba, 7/9/2005 autos "C.F v J.C.G") o bien cuando se carezca de estado de familia, una resolución judicial sobre la existencia del presupuesto biológico de tal vínculo que se halla ausente.

Es decir, la persona que sólo quiera ejercitar el derecho humano a conocer los orígenes no encuentra en una acción de estado un medio legal adecuado, por ella lo lleva a una finalidad que no desea: el emplazamiento o desplazamiento en un determinado estado de familia.

Como se ha establecido en los autos "C.F v J.C.G" del Juzgado de Familia de Córdoba de fecha 7//2005 "... el derecho a conocer nuestra verdad biológica se puede ejercer mediante una acción autónoma, independientemente del estado de familia que se ostente". Es decir que el ordenamiento jurídico permite la investigación y declaración de nuestra realidad genética, sin que ello implique ni el emplazamiento en un determinado estado de familia ni la impugnación de un estado de familia ya establecido, como podría ser el caso de la adopción.

Asimismo, continúa señalando el fallo en cuestión:

pueden existir razones íntimas suficientemente justificadas, que no deben ni pueden ser analizadas en este decisorio, por las cuales una persona no quiera ejercer un derecho o acción que le corresponde legalmente que traigan aparejada una modificación de un estado de familia consolidado en el tiempo, sin que por ello se descalifique el

interés legítimo que tiene a conocer y tener certeza sobre su procedencia biológica.

Malaurie (2014, citada en Rojas, p.6) afirma que en materia de filiación no existe una sola verdad sino muchas, una verdad afectiva (padre es el que ama), una biológica (de lazos), una sociológica (dada por la posesión de estado), la de la voluntad (hay que querer ser madre o padre) y una del tiempo (cada día de paternidad o maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo).

Finalmente podemos decir entonces que el derecho a conocer los orígenes implica que los elementos que componen la identidad filial de un ser humano pueden hallarse disociados; que el conocimiento y emplazamiento no son sinónimos, y que no pueden asimilarse el término orígenes a la vertiente estática de la identidad filiatoria, ya que el derecho al conocimiento puede involucrar el acceso a datos que exceden lo biológico.

3 PROBLEMA

Partiendo de la premisa que el derecho no puede quedar al margen de los avances de la ciencia, a través del presente proyecto se procuró abordar a partir de la regulación de las TRHA, que impacto se había producido en el derecho a la identidad de los hijos nacidos bajo el uso de estas técnicas y si tienen un real acceso a este derecho desde una perspectiva de derechos humanos, en comparación con las otras fuentes de filiación.

4 OBJETIVOS:

.Objetivos Generales:

◆ Indagar el alcance del derecho a la identidad del nacido frente a las técnicas de reproducción humana asistida en el derecho vigente.

♦Examinar si en el plexo normativo actual existe una adecuada armonización del derecho a la identidad desde una perspectiva de derechos humanos con los principios que inspiran las tres fuentes de filiación, en especial las TRHA.

Objetivos Específicos:

♦Analizar el derecho nacional vigente a partir de la reforma del Código Civil y Comercial en torno a las técnicas de reproducción asistida.

♦ Exponer la doctrina existente tanto en el orden nacional como en el derecho comparado en relación a las TRHA y los conflictos que genera en los distintos sistemas adoptados, con especial énfasis en el derecho a la identidad, como los casos de jurisprudencia tanto nacional como internacional que resulten relevantes con relación al tema.

♦Detectar las razones y principios que ha considerado el legislador argentino para adoptar el sistema que actualmente rige en materia de reproducción asistida.

♦Indagar el concepto y alcance del derecho a la identidad, desde una perspectiva de derechos humanos.

♦Examinar si en base al principio de igualdad que rige en materia de filiaciones el derecho a la identidad entendido desde una perspectiva de derechos humanos es tutelado adecuadamente en las THRA.

5 MATERIALES Y MÉTODO

En primer lugar, se procedió a la búsqueda de información sobre el tema a investigar en libros, revistas de investigación científica, sitios web y el acceso a base de datos de las bibliotecas virtuales. La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC permitió el relevamiento de la legislación y parte de la bibliografía especializada necesaria, al igual que la Biblioteca del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Asimismo, se adquirieron libros y revistas

nacionales o extranjeras, y se consultaron bases on line de Bibliotecas virtuales como: Actualidad Jurídica, La ley On line y Thomson Reuters.

En la búsqueda de bibliografía, se incluyeron todo tipo de documentos que abordaran el tema de las TRHA, en especial su legislación y tratamiento jurisprudencial. Se utilizaron como motores de búsqueda, palabras claves como: TRHA, TRHA heterólogas, identidad, derechos humanos, bioética. El principal criterio de exclusión con relación al material fue que no abordara el tema del acceso a la información en estas técnicas.

Tras la búsqueda, se localizaron 71 estudios y se excluyeron 17 por no desarrollar el tema del acceso a la información en las TRHA y que, por lo tanto, no eran relevantes para el tema en estudio.

Luego se seleccionaron las posibles fuentes de interés para nuestro tema vinculado con el problema de investigación y objetivos, fichando la información por autor, título, tipo de texto, año de publicación y organizándola posteriormente por relevancia y pertinencia, identificando los principales ejes de estudio.

A continuación, se analizó la documentación ya organizada, indagando sobre los distintos criterios legislativos adoptados tanto a nivel nacional a partir de la reforma del Código Civil y Comercial, como de otros países en el derecho comparado, con el fin de analizar ambas posturas, según prime el derecho a la identidad o el derecho a la intimidad del donante.

También se procedió a una lectura crítica de los documentos y se observó de manera comparativa cuál es el alcance que tiene el reconocimiento de este derecho en el caso de las otras fuentes de filiación contempladas por el derecho nacional vigente, es decir filiación biológica y adopción.

Otro aspecto importante para relevar eran los antecedentes jurisprudenciales que existían con relación al acceso a la verdad de origen en el ámbito de la filiación por TRHA, advirtiendo que desde la sanción del nuevo Código Civil y Comercial son muy pocos, con un mayor abordaje en el marco de la filiación por naturaleza y adopción.

A su vez, también se analizaron los antecedentes de mayor trascendencia de los tribunales internacionales de Derechos Humanos, ya sea de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con relación a la investigación que nos ocupa y precedentes nacionales.

Se utilizó una metodología cualitativa y se efectuó el análisis de contenidos científicos y bioéticos, de la legislación, doctrina y jurisprudencia, para efectuar un estudio comparativo y extraer conclusiones.

Asimismo, se previó desarrollar la investigación en tres etapas, abordándose en cada una de ellas las siguientes actividades específicas:

Etapa Descriptiva: En esta etapa se procedió al estudio del problema planteado desde el aspecto bioético y jurídico normativo, teniendo como punto de partida el exhaustivo análisis del nuestro actual Código Civil y Comercial, sus fundamentos en materia de reproducción humana asistida, y complementándolo con el examen de las leyes internas que rigen estas técnicas.

Etapa Analítica: En el transcurso de la misma primeramente se indagó sobre las técnicas de reproducción humana asistida, su concepto, clasificación y tipos de procedimientos y recepción normativa en nuestra legislación.

Seguidamente se procedió a abordar la definición del derecho a la identidad desde una perspectiva de derechos humanos, analizando su

recepción en la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

Luego, se profundizó el estudio del marco legal vigente y las posturas asumidas por la doctrina tanto nacional como internacional en relación a las técnicas de procreación asistida, a los efectos de conocer las distintas posiciones imperantes y los fundamentos que sustentan cada una de ellas.

Finalmente se abordó de manera comparativa, cuál ha sido la recepción del derecho a la identidad en el orden nacional conforme las distintas fuentes de filiación que hoy existen y cuáles son los antecedentes jurisprudenciales más destacados sobre el derecho a conocer los orígenes, con especial énfasis en los hijos nacidos mediante el uso de las TRHA.

Etapas Evaluativas: A partir de los resultados obtenidos en las etapas precedentes, y a modo de conclusión, se intentó establecer el alcance del derecho a la identidad en las THRA, si existe adecuada armonización del derecho a la identidad desde una perspectiva de derechos humanos, su recepción en la filiación por naturaleza y adopción y reflexionar si sería necesario flexibilizar el sistema adoptado o sus causales que se contemplan para el caso de los hijos nacidos de TRHA, a los fines de receptar adecuadamente este derecho desde una perspectiva de derechos humanos.

6 RESULTADOS

6.1 Antecedentes jurisprudenciales a nivel nacional y de los tribunales internacionales de Derechos Humanos

La jurisprudencia comparada ha comenzado a reconocer progresivamente el derecho a conocer los orígenes biológicos, en una clara tendencia hacia la apertura. Analizaré a continuación algunos casos destacados de la jurisprudencia internacional y nacional en este sentido.

En el año 2001, la Corte Suprema de Canadá declaró la inconstitucionalidad de algunos artículos de la *Assisted Human Reproduction Act* 2004 -Ley de Reproducción Humana Asistida -(c.2,A-13.4) que vulneraban el derecho a conocer los orígenes de las personas nacidas de estas prácticas, fundamentalmente aquellos que regulan el carácter secreto de las donaciones y la posibilidad de acceso a la información.

Un caso de importancia en este sentido es “**Pratten v. British Columbia**” (Corte Suprema de Canadá, 22/12/2010) donde una mujer que había sido concebida a través de la utilización de esperma de donante anónimo litigó con éxito en las distintas instancias. La Suprema Corte de British Columbia decretó la invalidez de la legislación provincial que protegía el anonimato del donante de esperma.

El caso se plantea de la siguiente manera: Olivia Pratten es una exitosa periodista que fue concebida en 1981 mediante el uso de esperma de donante anónimo. El procedimiento de inseminación fue realizado por el Dr. Gerald Korn. En 2001, en ese momento la joven tenía 19 años, se acercó al Dr. Korn en la búsqueda de mayor información sobre su padre biológico.

Olivia alegaba en ese momento sentir como perdida una parte de su identidad, correr el riesgo de iniciar en forma inadecuada una relación sentimental con un posible medio hermano. También manifestaba temer por su salud y la de sus futuros hijos la cual podría verse comprometida a causa de la falta de información.

Según las reglas del Colegio Médico de British Columbia (*Rules of the College of Physicians and Surgeons of British Columbia*) el Dr. Korn no estaba obligado a conservar los registros de donantes por más de seis años, por lo que dichos registros habían sido destruidos. Ello motivó el reclamo de Pratten ya que, al permitir la destrucción de los registros, el Estado le había impedido

acceder al conocimiento de la información fundamental que hacía a su salud física y psicológica.

La justicia entendió que en el caso de la filiación adoptiva se registraba y se guardaba la información concerniente a la historia familiar y los orígenes de los niños adoptados, mientras que en el caso de los hijos concebidos por TRHA a partir de la donación de gametos, ello no era así, esta diferencia de trato importaba un menoscabo en los derechos de los hijos concebidos bajo el uso de estas técnicas.

Se sostuvo que determinados alcances de la normativa en materia de adopción de British Columbia violaban de manera injustificada la secc. 15, Carta de Derechos y Libertades canadiense (Canadian Charter of Rights and Freedoms). El fallo determina que “según evidencia recogida, la reproducción asistida con utilización de donación anónima de gametos es perjudicial para el niño”

Señala además que la provincia ha abordado las necesidades de los adoptantes, pero no aquellas de los hijos del donante, se exhorta entonces a la provincia a que en el plazo de quince meses revise en el ámbito legislativo su esquema normativo y durante ese tiempo dispuso una medida cautelar que prohíbe la destrucción de los registros con la información sobre la identidad de los donantes.

Sin embargo, en 2012, la Corte de Apelaciones de la Columbia Británica negó que el derecho a conocer los orígenes tenga reconocimiento constitucional autónomo y dejó sin efecto la sentencia dictada por la Corte Suprema de ese Estado en el mediático caso “Pratten v British Columbia”, rechazando que existiera una distinción legítima que justifique el reconocimiento de este derecho a las personas adoptadas y su desconocimiento respecto a quienes habían nacido de TRHA.

Desde la doctrina canadiense señala Sherman (2015, pp.7-9) que aún el derecho de ese país no ha logrado avanzar en pos de las reformas legales que se requieren para abordar mejor las cuestiones que se suscitan a partir del creciente empleo de las TRHA. Parte de la normativa canadiense continúa apoyándose sobre las presunciones legales que aún privilegian la biología y el matrimonio al tiempo de crear vínculos y dichas presunciones no abarcan adecuadamente las nuevas familias que crecen en forma exponencial con el empleo de las TRHA.

En aquellos casos en los cuales las legislaturas provinciales han sido lentas al tiempo de sancionar el marco normativo que la utilización de las TRHA requiere, los jueces han resuelto el vacío normativo en múltiples ocasiones desde la posición del *enfoque de derechos del niño* reconociendo la igualdad de las uniones heterosexuales y homosexuales. En este sentido se ha afirmado la posibilidad que el niño tenga dos madres y un padre biológico identificados en el certificado de nacimiento.

En Canadá, las provincias ostentan jurisdicción para regular la mayoría de las cuestiones relativas al estado civil, incluyendo el derecho de familia y la definición de “padre”. Sin embargo, según su Constitución el Parlamento Federal tiene la jurisdicción exclusiva para legislar en materia de “matrimonio y divorcio” incluidos los temas de alimentos y custodia regulados por la normativa de la *Divorce Act* (Ley de Divorcio) y el gobierno federal se reserva la potestad normativa para restringir o prohibir algunas de las prácticas previstas por las TRHA y subrogación.

Una sentencia de especial trascendencia fue también la dictada en el 2002 por la Corte Suprema de Inglaterra y Gales en el caso “***Rose Another v Secretary of State for Health Human Fertilization and Embryology Authority***”- “Rose y otros c/ Secretaría de Estado de Salud y autoridad de

embriología y fertilización humana” (citado en Fernández, 2015, p.1089) ya que poco tiempo después de ella se modificó la legislación aboliendo el anonimato y reconociendo el derecho de las personas nacidas de TRHA a conocer sus orígenes.

Pese a considerar que el pronunciamiento acerca de la existencia o no de vulneración del art. CEDH escapaba a su jurisdicción, admitió que éste se encontraba comprometido en la pretensión de las accionantes de obtener información sobre sus donantes ...*something that goes to de very heart of their identity, and to their make-up as people*” “algo que va al corazón mismo de su identidad y a su constitución como personas.”

La demanda es interpuesta por EM (menor de edad que litiga representada por su madre) y Joanna Rose (mayor de edad), ambas nacidas de donación de gametos, con la pretensión de obtener mayor cantidad de información posible sobre el donante, incluso su identidad. Mientras EM había nacido bajo un sistema legal que, no obstante, no admitir revelar la identidad del donante, sí organizaba un registro de información, al momento del nacimiento de Rose la información, en la práctica era destruida.

En otro fallo el Tribunal Superior Regional de Hamm, en Alemania, el 06/2/2013 (citado en Fernández, 2015, pp. 1089-1090) respaldó la pretensión de Sarah P. y su derecho a que la identidad de su donante le sea develada, pese a haber sido concebida en una época en que los archivos relativos a la donación podían destruirse a partir de los diez años, y de este modo el donante permanecer anónimo.

Fuera de nuestras fronteras es de suma importancia la mirada del TEDH y la CIDH en virtud del papel fundamental que su jurisprudencia tiene en la interpretación de las normas previstas por el Convención Europea de Derechos Humanos y Convención Americana de Derechos Humanos, interés

que viene impuesto por ser Argentina un Estado signatario de la CADH y en las del TEDH por la similitud que existe entre sus decisiones y la de la primera.

Ambos tribunales adoptan una noción del derecho a la identidad que incorpora tanto al derecho a conocer los orígenes como a tener relaciones familiares, tomando como base los art. 7 y 8 CDN e implícitamente reconocido en la CADH y CEDH.

Entre las posibles vulneraciones al derecho a la identidad, la CIDH resalta la desaparición forzada de personas y los procesos adoptivos irregulares, que considera pueden afectar tanto el derecho a conocer los orígenes como al derecho a tener relaciones familiares.

El TEDH considera que el derecho a la identidad es un derecho fundamental de toda persona resguardado por el art. 8, sosteniendo una noción integral, en algunas ocasiones lo ha analizado en relación al derecho a conocer los orígenes, contenido en la noción de vida privada y en otras lo ha hecho refiriendo a las relaciones paternos filiales y como parte del derecho a la vida familiar.

Dependiendo de las circunstancias e intereses particulares le ha reconocido un alcance diferente en ocasiones, considerando la determinación legal de la paternidad del progenitor; y en otros casos, entendiéndolo satisfecho con el permiso para acceder a la información relativa a los orígenes.

Defiende que el derecho a conocer los orígenes biológicos comparta asimismo el derecho a obtener toda la información relevante sobre la historia personal, parte del derecho a la identidad y condición esencial para el ejercicio del principio de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad. Destaca la trascendencia que el acceso a la información tiene en el bienestar de las personas y la preservación de la estabilidad mental, a la que considera

una condición previa indispensable para el goce efectivo del derecho a la vida privada.

No obstante, ello ni la doctrina jurisprudencial de la CIDH ni de la del TEDH se encuentran completas, ya que ninguno de ellos se ha pronunciado aún respecto al derecho a conocer los orígenes de las personas nacidas de donación de gametos o embriones o de gestación por sustitución, a pesar de que sí han llegado a sus estrados planteamientos relativos a las TRHA.

En el ámbito de la CIDH destaca el caso “**Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) v Costa Rica**” de fecha 28/11/12, en el que se analiza la cuestión relativa a las TRHA desde la óptica de los usuarios y sus derechos reproductivos. En el presente fallo se legitima el uso de estas prácticas y considera que ... “*la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho la vida privada*”.

Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja (párr. 272). En este orden de ideas, en la sentencia se expresa que:

las técnicas de reproducción humana asistida (...) se ofrecen como un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que, aunque no está expresamente reconocido en la Constitución Política, se deriva del derecho a la libertad y a la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la libertad para fundar una familia (párr.77).

Por otro lado, la CIDH en este caso también señala que:

el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben

abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos (...) Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas (párr. 286).

Es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras (párr. 292).

El derecho a conocer los orígenes, al ser ajeno a los cuestionamientos de constitucionalidad formulados a la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica que anulaba la regulación de las TRHA no forma parte del pronunciamiento de la CIDH.

El TEDH, por el contrario, si ha tenido ocasión de expresarse al respecto, pero ha preferido respaldarse en el margen de apreciación de los Estados y guardar silencio. En el caso “**J.R.M contra Holanda**” (Fernández, 2015, p.1092) se inadmite la demanda sin entrar a analizar la pretensión del donante de esperma de obtener un régimen de visitas de la niña nacida, a la que aquél y su esposa visitaban regularmente desde su nacimiento.

En “**X.Y. y Z. v el Reino Unido**” (Fernández, 2015, p.1092) se apoya en la falta de unanimidad entre los Estados sobre cómo regular la relación entre los nacidos de TRHA y sus padres sociales y respecto a si el interés superior del niño queda resguardado con el anonimato o con la identificación de los donantes, para denegar la inscripción de la filiación paterna de la

persona transexual pese a haber sido tratado como padre a todos los efectos de la práctica médica.

En **“S.H. y otros v Austria”** (Fernández, 2015, p,1092) no obstante considerar que el derecho de una pareja de concebir un hijo y recurrir a las TRHA está protegido por el art. 8, el TEDH niega que este último se vea vulnerable por la prohibición de la ley austriaca de las TRHA heterólogas, que no excede el margen de apreciación de los Estados y en virtud de la ausencia del consenso sobre el anonimato.

Sin duda que un párrafo aparte merece el caso de Francia, y la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso **“Odièvre v. France”** del 13/2/2003.

Francia es uno de los pocos países que conserva el llamado “parto anónimo”, esto implica que la ley francesa asegura a la madre su decisión de mantener su identidad en el anonimato, de modo que la persona que ella engendró no sólo está impedida de iniciar una acción de filiación, sino de llegar a saber, algún día, quien fue su progenitora.

En la práctica la figura funciona de la siguiente manera: en el certificado de nacimiento se incluye una línea de puntos donde se coloca el nombre de la madre; pues bien, hasta hace algunos años, en el certificado del nacido, en esa línea de puntos, se colocaba automáticamente la letra X, signo que automáticamente lo hacía un niño habilitado para ser adoptado, hoy se escribe el nombre y luego de lo tacha con tinta negra haciéndolo indescifrable.

Esta figura legal proviene de un decreto-ley del 2/9/1941, de naturaleza administrativa, tiempos del gobierno de Vichy en los que aumentó el número de infanticidios, la solución se incorporó al sistema legal en enero de 1993. La norma en cuestión dispone: *“Al momento del parto, la madre puede pedir que*

el secreto de su identidad sea preservado". Para algunos se trata de un derecho reservado a la madre extramatrimonial.

Con relación a esta normativa y la eventual incompatibilidad con la Convención Europea de Derechos Humanos, llega a uno de los tribunales más prestigiosos de la cultura jurídica, como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el planteo de la Sra. Odiévre.

La Sra. Odiévre, es una mujer de aproximadamente 40 años que nació de una mujer que decidió mantener en secreto su identidad al momento del alumbramiento. Luego esta niña fue adoptada por un matrimonio francés (Odiévre) que fue y sigue siendo su familia jurídica y social, sin perjuicio de ello la Sra. Odiévre busca sus orígenes biológicos. La autoridad administrativa en su momento le ha brindado algún tipo de información (sabe que tiene dos hermanos, y nacionalidad de su padre y madre) pero no se le ha permitido acceder a cualquier otro dato que tienda a individualizar a las personas.

La peticionante sostiene que el derecho francés, que guarda la confidencialidad o el secreto de los datos de su madre, viola el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que dispone sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar y que no puede haber injerencia de autoridad pública en el ejercicio de ese derecho, salvo excepciones previstas por la ley.

La Corte en su voto mayoritario finalmente convalida el sistema francés y declara que no vulnera la Convención Europea de Derechos Humanos, entre los argumentos que expone distingue el derecho a la vida íntima y el derecho a la vida familiar, ambos previstos en el art. 8 de la Convención.

Considera que en el presente caso no está en juego el derecho a la vida familiar, no porque la Sra. Odiévre tenga ya una familia, sino porque ella no pretende generar vínculos jurídicos con su familia de origen, ni destruir los que

tiene con su familia adoptiva. Sólo quiere conocer las circunstancias de su nacimiento y del posterior abandono e identificar a sus padres y hermanos biológicos.

La Corte recuerda que, en anteriores pronunciamientos, cita el caso “Mikulic v. Croacia”, del 7/2/2002 donde la denunciante es una niña de 5 años que se quejaba de la lentitud del procedimiento comenzado con la demanda de su madre en contra de su presunto padre y de la inexistencia en el derecho croata de una medida que permita a los jueces obligar al presunto padre a someterse a las pruebas genéticas.

En este caso se afirmó que el art. 8 en tanto menciona el derecho a la vida íntima, protege el derecho a la identidad y a la plenitud personal, como así también un derecho a establecer vínculos y desarrollar relaciones con los semejantes. Consideró que el Estado tenía la obligación de proporcionar medios alternativos que permitiesen a una autoridad independiente transar la cuestión de la paternidad en un plazo razonable, y entendió que el principio de proporcionalidad había sido respetado porque el interés de la denunciante a su identidad personal había sido dejado en la incertidumbre por un tiempo excesivamente prolongado.

Además, en “**Bensaid v. Reino Unido**” del 6/2/2001, sostuvo que la salvaguardia de la estabilidad mental es un presupuesto ineludible para el goce efectivo del derecho al respeto de la vida privada.

En el caso de Odièvre señala que la requirente es una persona que tiene una filiación establecida (adoptiva) que busca a otra persona, que es la madre biológica que expresamente solicitó su secreto.

El art. 8 de la Convención señala que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar” y cuando habla de persona, comprende tanto a la madre como al hijo y a otros sujetos. Por lo tanto, hay un derecho al

conocimiento de los orígenes que encuentra fundamento en la interpretación extensiva de la noción “vida privada” y el interés vital del niño en su plenitud, largamente reconocido por la Convención. Por otro lado, está el interés de la mujer de conservar su anonimato.

La Corte se encuentra entonces frente a dos intereses privados difícilmente conciliables que no afectan a un adulto y a un niño, sino a dos adultos, cada uno de los cuales goza de su propia autonomía. Además de ello en este caso, el parto anónimo afecta también los intereses de terceros, como son los padres adoptantes, y resto de la familia biológica, cuya vida íntima y familiar también podría verse afectada.

En este caso entonces la Corte sostiene que la denunciante ha tenido acceso a información que, aunque no identifica a su madre y familia biológica le ha permitido establecer algunas raíces de su historia, respetando el interés de terceros. Se reconoce que la mayor parte de los Estados que suscribieron la Convención no reconocen el parto anónimo en la variante de la imposibilidad de establecer vínculos jurídicos de filiación con la madre biológica; sin embargo, hay Estados que no establecen la obligación de denunciar el nombre de la madre.

Luego de la reforma del 22/1/2002, señala la Corte que, aunque la normativa sigue admitiendo el parto anónimo, ha reforzado la posibilidad de levantar el secreto de la identidad al facilitar la búsqueda del origen biológico gracias a la creación de un Consejo Nacional de Acceso al Origen Personal (CNAOP), órgano independiente compuesto por magistrados, representante de asociaciones relacionadas con el objeto de la ley, y profesionales que tiene conocimiento sobre el tema en cuestión.

Sin embargo, se considera que este instrumento creado por la legislación francesa es insuficiente ya que en definitiva se limita a invitar a la

madre para que al momento del nacimiento deje sus datos identificatorios en un sobre cerrado y para que deje toda otra información que ella le quiera transmitir al niño, pero nadie la obliga a hacerlo.

Conforme se mencionara anteriormente, en este caso se hace mención a dos precedentes anteriores, el caso de Mikulic que ya fuera desarrollado, y también el de **“Gaskin v Reino Unido”** 7/7/1989 (Kemelmajer,2004, p.5) en donde la Convención protege el interés de toda persona consistente en recibir la información necesaria para comprender su infancia y sus años de formación. Gaskin era una persona que sufría problemas psicológicos en razón de malos tratos que él estimaba había sufrido cuando era pupilo de la asistencia pública; quería por lo tanto tener acceso al expediente que estaba en manos del servicio social. Aquí la Corte declaró que preservar el carácter confidencial de los expedientes oficiales tiene importancia a la hora de recibir información objetiva y digna de fe; además puede ser necesaria para preservar el derecho de terceros, por eso admitió que se pueda tener acceso, con el consentimiento de quien debe informar.

Si bien en los dos casos mencionados como precedentes por la Corte y el caso Odiévre la situación no es la misma, tienen un punto de contacto que es el reconocimiento por parte del tribunal de que hay un derecho a recibir la información necesaria para comprender la infancia y los años de formación.

Pero sin perjuicio de ello bajo la premisa de aplicar el principio de proporcionalidad y de compatibilizar todos los intereses en juego, la Corte concluyó negando el derecho a recibir la información necesaria a la Sra. Odiévre aunque sea sólo biológicamente hablando.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci expresa:

no existen dudas de cómo debía resolverse el conflicto entre el derecho a conocer la realidad biológica y el

interés de los parientes biológicos en conservar el secreto, ya que en las acciones de filiación extramatrimonial el interés de los parientes se ve desplazado, incluso patrimonialmente, en favor de la verdad biológica, no veo razones que justifiquen deba prevalecer el interés de quienes decidieron mantener el secreto (Kemelmajer, 2004, pp.11-12).

Para la doctrinaria que realiza una crítica al fallo del Tribunal la decisión fue equivocada ya que hizo prevalecer la voluntad de quién realizó un acto consciente sobre el derecho de alguien que nada pudo hacer para evitarlo.

En Dinamarca, por ejemplo, la madre tiene el deber de informar a las autoridades en el plazo de un mes desde el nacimiento de su hijo, quién es o puede ser el padre de la criatura. Si el presunto padre rechaza la paternidad, ésta se establecerá por los tribunales. Sin embargo, la madre puede solicitar ante la autoridad competente la exención de dicha obligación siempre que sea mayor de 25 años y disponga de razonables condiciones sociales y económicas (Kemelmajer,2004, pp.12-13).

En el presente caso analizado, el tribunal deja a modo de insinuación la idea que la solución en el caso Odiévre podría haber sido otra, si la peticionante en lugar de ser una mujer adulta hubiera sido una niña, sin tener en cuenta que toda persona, cualquiera sea su edad tiene derecho a conocer su origen biológico y que la respuesta no debería variar en este sentido. Para el caso que hubiera sido una niña con mayor razón la solución del tribunal sería equivocada por violar la CDN.

El conflicto evidentemente es entre dos derechos, el derecho a saber en el caso del hijo y a no saber en el caso de la madre, que no quiere que la persona a la que dio a luz sepa de su existencia.

En este punto refiere la Dra. Kemelmajer (2004, pp.16-17) se encuentra conexión con un caso resuelto por la Corte Federal argentina el 30/9/2003 in

re **“Vazquez Ferras/ incidente de apelación”** el derecho a saber era invocado por los presuntos abuelos, el nieto por el contrario no quería saber.

El derecho a no saber también tiene protección legal. El art. 10 para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano respecto de las aplicaciones de la Biología y la Medicina, Oviedo 1997, dispone: “Toda persona tendrá derecho a conocer toda la información obtenida respecto de su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada”. En estos casos el principio de proporcionalidad manda intentar conciliar ambos derechos.

Retomando el caso de la Sra. Odièvre, finalmente en base a lo analizado vemos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió avalar la legislación francesa y considerar que no era incompatible con la Convención y que la denunciante pudo acceder a información que no identificaba a su familia biológica pero que entendía era suficiente para que pudiera reconstruir parte de su historia.

Como reflexión final a este caso podemos observar que el derecho al conocimiento de la verdad biológica y al establecimiento de la filiación sobre bases biológicas, está mucho más arraigado en los pueblos latinoamericanos que en los europeos. Existe doctrina y jurisprudencia que afirman en este sentido la existencia de un verdadero derecho subjetivo a conocer la identidad biológica, que integra el núcleo duro del derecho a la personalidad y que es exigible al Estado.

En el caso de la jurisprudencia nacional existe gran cantidad de fallos que reconocen el derecho a conocer los orígenes de las personas en los supuestos de filiación por naturaleza y de adopción, justamente y gracias a la valoración que tiene el derecho humano del cual se desprende como es el derecho a la identidad.

En el caso “**Muller**” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 13/11/90 se dirime uno de los tantos casos relacionados con la desaparición forzada de personas durante la última dictadura militar, se alude por primera vez al derecho a la identidad en el voto del magistrado Petracchi, alegando que:

En base a que la persona posee, a la vez, su identidad de origen o genética que, a diferencia de la otra, es estática, no cambia con el paso del tiempo, con la vivencia de nuevas experiencias. “hay derechos y prerrogativas esenciales e intransferibles del hombre y de la sociedad que, aunque no estén expresamente consagradas en la Constitución Nacional, deben ser consideradas garantías implícitas...

Que entre ellas debe sin duda incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen. En efecto, poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende...El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuestas a esos interrogantes vitales...Conocer la verdad permite elaborar un proceso de crecimiento y estructuración del psiquismo (...) Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que aprehendido permita reencontrar una historia única e irrepetible, es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura (Corte Suprema Justicia de la Nación, 13/11/90, “Muller, Jorge s/ denuncia”, voto Dr. Petracchi).

Ahora bien, sólo recientemente es posible encontrar pronunciamientos judiciales en los que se hace directa o indirectamente referencia a este derecho en los supuestos de TRHA.

En el caso “C., V.” de fecha 26/3/12, el juez de primera instancia atiende al dictamen formulado por el Defensor de Menores y ordena a la institución donde se practicó la inseminación artificial la remisión de copia de toda la documentación médica y jurídica referida a la misma, en sobre cerrado con destino a ser reservado para que la persona nacida pueda disponer de ella cuando corresponda.

En ocasión de dilucidar la causa de la procedencia de la adopción integrativa del hijo nacido de TRHA practicada en la cónyuge de la pretensa adoptante, el Defensor entendió que se encontraba incierto un elemento de la identidad del niño: sus orígenes genéticos, en cuanto a la posibilidad de conocer su realidad biológica, pero no en referencia a su emplazamiento filial.

Sin embargo, llegado el caso a la Cámara en apelación, ésta no se pronuncia al respecto considerando que el requerimiento de envío de la documentación excede el ámbito cognocitivo del proceso que debería plantearse a través de una acción de reclamación de estado. Se aparta de este modo, de la opinión de la Defensoría de Menores y solicita el rechazo del recurso y que, en virtud de lo dispuesto por los arts. 3.1, 7 y 8 CDN y 75 inc. 22 CN, entiende es necesario tomar todos los recaudos para preservar los datos civiles y genéticos de donante y nacido, sin que la petición conlleve en modo alguno derecho a reclamar un vínculo jurídico de filiación.

Sostiene que aún, cuando la identidad no sea sólo biológica sino también social, el niño, niña o adolescente tiene derecho a conocer sus orígenes genéticos, tan valiosa en un caso como en otros y su valor ha sido defendido con firmeza en nuestro país como un derecho humano fundamental, indisponible e imprescriptible en su defensa (C. Nac. Civ., Sala E, 26/3/21).

Otro caso favorable al derecho a conocer los orígenes, tiene lugar en el caso “ N.N o D.G.M.B.M s/ inscripción de nacimiento” (2013) cuando en

oportunidad de determinar la filiación de una niña nacida a través de gestación por sustitución en virtud de la voluntad procreacional, el juez- atendiendo al pedido de la Fiscalía- dispone...que en forma análoga a lo previsto por el art. 321 inc. h) Código Civil en ese momento, se haga constar en la eventual sentencia a dictarse, que los coactores se comprometen a hacer conocer a su hija, la realidad del modo en que se gestó y segmentó su nacimiento.

Este mandato judicial a los padres de hacer conocer la realidad gestacional recibió el apoyo de Kemelmajer, Herrera y Lamm, no sólo por el empleo de la expresión derecho a conocer la realidad gestacional, sino por dejar entrever que:

el derecho a conocer los orígenes tiene diversas aristas, incluso dentro del campo de la filiación por TRHA y que en estos supuestos compromete no sólo el derecho del niño a saber que nació de un acuerdo de gestación por sustitución, sino además, el derecho a conocer la identidad de la gestante, información que queda resguardada cuando el proceso tramita ante un proceso judicial, ex ante, como se proponía en el proyecto de reforma, o ex post como se lo hace de manera obligada por la realidad en el fallo mencionado(citadas en Fernández, 2015,p. 1102).

En otro caso sin desconocer que el dato biológico es trascendente en la proyección de la persona, y que su respeto puede lograrse por un medio distinto al emplazamiento filial, un fallo dictado por la Cámara Federal de Mar del Plata genera un gran aporte al establecer la forma de resguardar el derecho a la identidad; el Dr. Tazza dijo:

“...tratándose de una fecundación in vitro con óvulo de una tercera dadora...a) deberá obtenerse el consentimiento libre de todas las partes involucradas en el suceso, debiendo resguardarse los datos biogenéticos e identificatorios de todas las partes involucradas en el suceso

de forma confidencial impidiéndose, por ende la publicidad de los mismos, hasta tanto se reglamenten por el Poder Legislativo las modalidades de los tratamientos que utilicen gametos de terceros y sus eventuales consecuencias y asimismo deberá obtener el consentimiento de todas ellas. En él se manifestará que la dadora ha sido advertida que los óvulos serán utilizados para fines de procreación, que ha sido informada pormenorizadamente de los objetivos que se persiguen y de sus implicancias que puede surgir el derecho a la identidad biológica en los términos del art. 11 Ley 26.061...” (C.Fed., Mar del Plata, “B. C y otra v UP s/amparo, 17/12/2009).

Pero sin duda el más trascendente en este sentido y que abordara anteriormente de manera sintética es un caso dictado por la Sala 5 de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo en los **autos “C.E.M y otros v EN-M Salud s/ Amparo Ley 16.986”** con fecha 29/4/14. Este precedente ha sido el primero en la jurisprudencia nacional en animarse a abordar una de las cuestiones más sensibles vinculadas al uso de las TRHA.

Si bien la Cámara aborda el tema del acceso a la información en el caso de las TRHA heterólogas, se le cuestiona haber quedado a mitad de camino al reconocer solamente el derecho de los amparistas a que la información relativa a los datos identificatorios de la donante de óvulo utilizado para la concepción de su hija menor sea preservada de manera efectiva por el Estado Nacional a través de los mecanismos pertinentes.

Si bien es competencia del legislador determinar la oportunidad y conveniencia de la creación de un registro que contenga la información de los dadores como también meritarse acerca de las personas que se encuentran legitimadas para acceder a esta información y los requisitos que han de cumplir, los magistrados podrían haber establecido que la menor se

encontraba legitimada para acceder a la información de su donante y que en este aspecto la sentencia marcó su límite.

Una de las críticas más fuerte a este fallo es que el tribunal podría haber observado que uno de los principios que rige la Convención y la Ley 26.061 es el interés superior del niño y que es ese interés el que manda respetar el derecho a la identidad de los menores, permitiendo en este caso, no sólo preservar la información de quien fue la donante del óvulo, sino el acceso a la misma.

Es decir, la resolución tiene un alcance limitado, atento a que comprende únicamente a los amparistas o, mejor dicho, a la hija de ellos y no a todas las personas nacidas de TRHA heteróloga, atento a que no ordena la creación del registro que alcanzaría a todos los nacidos por TRHA heterólogas, sino a preservar la información del donante de la hija de los amparistas.

Pese a las observaciones formuladas al fallo judicial se destaca del mismo ser el primero en ordenar al Estado la conservación de la información relativa a las donaciones de gametos. Sin embargo, ya existían otros precedentes en los que se hacía referencia al derecho a conocer los orígenes biológicos.

7.2 Tutela del derecho a la identidad de los hijos nacidos por TRHA desde una perspectiva de Derechos Humanos.

Sin duda que las lamentables vulneraciones a la identidad padecidas durante los años 1976 y 1983 despertaron la sensibilidad y conciencia social y han colocado a nuestro país a la vanguardia en el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos.

Sin perjuicio de ello y en contraste con esta situación mencionada reina un silencio respecto al derecho a conocer los orígenes en las TRHA, pero que

no puede ser interpretado en el sentido que el ordenamiento jurídico argentino niegue este derecho a las personas que han nacido bajo el uso de estas técnicas.

A partir de la sanción de la ley 26.862 son cada vez más las personas y parejas que acuden a las TRHA heterólogas, y más aún si tomamos en cuenta que al incluir nuestro país en su normativa la figura del matrimonio igualitario, siempre las parejas del mismo sexo y también las personas solas deberán acudir a un donante.

Por lo tanto, es evidente que en nuestro país serán cada vez más los niños y niñas que nazcan gracias a la donación de gametos de terceros, siendo cada día más imperioso que la ley brinde reglas precisas sobre cómo garantizar el derecho a la información y a conocer los orígenes genéticos.

En diferentes Congresos internacionales celebrados desde el año 1990 ya se viene sosteniendo una postura de amplitud en este sentido. Daré algunos ejemplos: En el Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y Familia, realizado en Turín, Italia, setiembre de 1990 se sostuvo en una de las recomendaciones (7ma) “Los niños engendrados por el sistema de procreación artificial tiene derecho a una información oportuna y amplia acerca de su origen. La legislación de cada país deberá precisar los eventuales límites de tal información con respecto a la privacidad de los adultos” (citado en Taberero, 1993, p.323).

Se concluyó también en el Primer Congreso Argentino de Derecho de Menores de Rosario, junio de 1991, que: “Se deberán dictar normas adecuadas para respetar el derecho a la identidad. El derecho del hombre a conocer sus orígenes es un derecho fundamental, como es el de la intimidad o el de la personalidad” (citado en Taraborelli, 1994, p.5)

También en las III Jornadas de Derecho de Familia y Sucesiones, realizadas en Morón, en octubre de 1993, se concluyó en el despacho 6 que: "...Nuestro ordenamiento jurídico deberá proteger el derecho a la identidad biológica como un derecho inalienable, derivado de la naturaleza humana y esencialmente para el equilibrio psíquico -social del ser humano" (citado en Taraborelli,1994, p.5)

Como ya mencionara, en lo que se refiere al marco legal de nuestro país el art. 558 del CCCN, incorpora a las TRHA como nueva fuente filiación, estableciendo su igualdad en casi todos los efectos entre los que puedan tener lugar en la concepción por naturaleza, TRHA y adopción.

Ahora bien, respecto de los niños/niñas que fueron concebidos con material genético de un tercero anónimo, la pregunta que realizamos es ¿quién será responsable de informarle a ese niño sobre sus orígenes genéticos, tendrán derecho a saber?

El Código otorga en los arts. 563 y 564 el derecho a las personas nacidas mediante TRHA, de obtener información únicamente respecto de los "datos médicos de salud relevante" y revelar la identidad del donante, pero por "razones debidamente fundadas evaluadas por la autoridad judicial" quedando este criterio a interpretación del juez.

En las TRHA heterólogas hay un tercero que realiza el aporte de gametos (ya sea masculino o femenino) que sin adquirir el significante de madre o padre constituye una parte del entramado identitario del sujeto deseado y procreado. Ahora bien, el dato genético constituye un elemento central de una identidad basada en la verdad, aunque no genere efectos jurídicos filiatorios, razón por la cual esta información siempre debe ser resguardada y colectada.

Conforme lo desarrollado en capítulos anteriores nuestro CCCN adoptó una postura intermedia en este sentido con las siguientes particularidades: a) regula ambos aspectos del derecho a la información (identificatoria y no identificatoria); b) la no identificatoria es más amplia (puede ser solicitada por el niño, cualquiera sea la edad, incluso por terceros) y se accede a ella en forma rápida y fácil atento a que no requiere judicialización.

Por otro lado, en el caso de la c) información identificatoria del donante tiene más limitaciones y exige de la intervención judicial. Se trata entonces de un registro pasivo que depende de la voluntad del legitimado que esté estrictamente determinado y de un trámite de habilitación judicial para acceder a la información genética.

En consecuencia y de acuerdo, a lo dispuesto por la norma los sujetos activos son las personas nacidas por TRHA, sin establecer como requisito que sean mayores de edad, con lo cual el ejercicio del derecho dependerá del desarrollo de las capacidades progresivas del niño/niña o bien del peso del derecho a la salud en cuyo caso también se habilita a los padres y médicos. Los sujetos pasivos que intervienen son los centros de salud donde se desarrollaron las TRHA.

Conforme a lo desarrollado la información no identificatoria es de fácil acceso a simple petición, la identificatoria, en cambio dependerá de las razones alegadas por el peticionario y de una autorización judicial. Es decir, el texto de la norma nacional (art. 563 y 564 CCCN) posterior a su reforma en el año 2015, no explícita un criterio a seguir, sino que queda a criterio de interpretación del juez.

Si analizamos comparativamente a través del tiempo la evolución que en este sentido ha tenido la figura de la adopción, en un comienzo y por mucho tiempo, el secreto sobre los orígenes era un elemento gravitante de esta fuente

de filiación. También se creía que ocultarle la verdad sobre el vínculo filial al adoptado lo protegería del dolor y la marginación que suponía haber sido abandonado.

El paso del tiempo, y los avances en el mundo de la sociología y la psicología, dieron cuenta de los efectos negativos derivados de ocultar la verdad en la adopción. “En la actualidad se afirma la imposibilidad de construir la propia identidad sobre la falta o falso conocimiento relativo a los orígenes” (Herrera, 2008, p.115 T2).

Este cambio de paradigma también se vio reflejado en el actual CCCN que establece expresamente el derecho a conocer los orígenes por parte del adoptado (art. 596) y la posibilidad de acceder al expediente judicial y administrativo que dio lugar a su trámite.

Sin embargo, en el caso de las TRHA se mantuvo el secreto sobre la identidad del donante sin un análisis exhaustivo sobre las consecuencias que podría traer aparejada en un futuro. Hoy se presenta entonces, el anonimato del donante como el principal obstáculo para el disfrute del derecho del niño a conocer su origen. Tal vez el principal argumento en estos casos fue impedir que la mujer transfiera al donante, el efecto debido al “marido” y asegurar la disponibilidad de semen y óvulos para satisfacer la demanda del mercado de la medicina reproductiva.

Pese a lo anteriormente expresado, el interés superior del niño debe ser atendido con preeminencia al momento de adoptar cualquier tipo de medida que pueda afectar el ejercicio y goce de sus derechos, como es el de conocer su origen biológico.

Es importante entonces el examen de proporcionalidad de la norma, que exige considerar los derechos implicados y delimitar los alcances de “las

razones debidamente fundadas” que darán lugar al levantamiento de la reserva de la identidad del donante.

Es decir que en caso de colisión de derechos “se debe verificar que la restricción que prevalezca sea la más restringida o la que afecte a un derecho de menor jerarquía”, de modo que como sostiene la CIDH, “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido...Es decir que la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo” (citado en Pinto, 2004, p.16)

Parecería ser que esa proporcionalidad no se ve reflejada en la norma si se tiene en cuenta que quien dona el material genético lo hace en pleno ejercicio de su libertad, es decir se coloca voluntariamente en esa situación, por lo que no parece irrazonable exigirle que asuma las consecuencias de su accionar, en cambio el niño o adulto concebido mediante TRHA ha sido ajeno al acto.

Como sostuvo Kemelmajer de Carlucci en su crítica al caso Odièvre del TEDH se hace prevalecer la voluntad de quien realizó un acto generalmente consciente sobre el derecho de alguien que nada pudo hacer para evitar el conflicto pues no estaba en su decisión nacer o no nacer (Kemelmajer, 2004 p.89).

Si bien los arts. 563 y 564 CCCN, protege en parte, el derecho a la información de las personas a conocer sus orígenes, no lo realiza de manera contundente como en el caso de la figura de la adopción, sino que lo deja librado al arbitrio de la decisión judicial, y esa interpretación es lo que genera una situación de incertidumbre a la hora de pensar si ese derecho será respetado.

Es decir que trasladar esta responsabilidad al juez, puede conducir a soluciones disvaliosas ya que delegar en el magistrado la evaluación de razones fundadas que puedan justificar el acceso a la identidad del donante resulta sumamente riesgoso, quedará librada la mayoría de las veces esta posibilidad a sus convicciones internas y valoraciones.

La discrecionalidad de la autoridad judicial puede conducir a situaciones de desigualdad y parecería demasiado trasladar a una persona una responsabilidad de tal magnitud, como lo es el acceso a elementos que contribuyen con la realización de este derecho humano personalísimo que se busca proteger. Lo cierto es que siempre que una persona invoque el derecho a la identidad genética estarán acreditadas las razones debidamente fundadas que exige la norma.

Es ya sabido a la luz de la reforma constitucional del año 1994, que se ha modificado también el derecho referido a la filiación mediante la incorporación de Tratados internacionales de Derechos Humanos. Éstos tienen injerencia inmediata en el derecho analizado y al estar ratificados son de aplicación obligatoria, en nuestro país e incluidos dentro de la Constitución Nacional.

Por lo tanto y en base a lo hasta aquí expuesto, cuando una norma interna no coincida o fuera contraria a lo dispuesto por un tratado internacional incorporado a través de la CN, el derecho interno deberá modificarlo y mientras ello no ocurra podrá ser declarado judicialmente inconstitucional.

De esta forma podemos decir que el derecho a la identidad de los niños encuentra protección en las siguientes figuras legales: a) *Principio de no discriminación*, que comprende a los hijos sin que pueda efectuarse distinciones en cuanto a sus derechos. b) *Principio de respetar el interés superior del niño*, debiendo primar sobre cualquier otro derecho que se

encuentre en juego. c) *Principio de identidad biológica*: La identidad no se limita exclusivamente a la verdad biológica, sino que es comprensiva de otros aspectos que integran la persona, por tratarse de un proceso que comienza con la concepción y culmina con la muerte, pero que también surgen de la identidad genética aportada en los gametos.

Es decir, la disociación entre verdad biológica y voluntad procreacional, no impide que el hijo en un momento de su vida decida acceder a su origen completo, sin poner en peligro el emplazamiento filial conforme la voluntad procreacional.

Tampoco la regulación establecida en nuestro Código impide que existan centros de salud donde tanto dadores como receptores acepten la existencia de un régimen abierto, es decir que adopten una modalidad de registración no anónima de los donantes, como la posibilidad de notificación fehaciente al niño/niña de la existencia de dichos datos al alcanzar la mayoría de edad, siempre avalado por el consentimiento informado de ambas partes.

Como ya señalara mientras que en caso de la adopción existe un derecho consagrado expresamente reflejo de los derechos internacionales consagrados y de los derechos del niño, en el caso de aquel que ha nacido fruto del uso de las TRHA no cuenta con esos recursos de manera clara, sino que queda sujeto a instancias de la revisión judicial. Es decir que los niños nacidos mediante TRHA requieren también de una protección especial.

Para el caso de aquella persona que ha nacido a través del uso de las TRHA heterólogas se puede observar que su derecho presenta dos aristas, por un lado, conocer y saber que se ha nacido de TRHA, y por otro que en dicha práctica médica se ha utilizado material genético de un tercero y es una preocupación sincera que han abordados algunos proyectos de ley que analizaré en breve. Es importante destacar también que, para avanzar en este

sentido, es necesario de-construir la idea del silencio, privacidad o intimidad que aún persiste en el campo de las TRHA, en el que aún es muy bajo el porcentaje de padres que les comunican a sus hijos que han nacido por donación de gametos.

Para que este derecho entonces pueda hacerse efectivo, el niño/niña tiene que saber que ha nacido como consecuencia de haber recurrido a las TRHA con gametos de un tercero.

Anteriormente las clínicas que ofrecían tratamientos con gametos de donantes alentaban a los futuros padres a “olvidar” prácticamente que en alguna oportunidad se había realizado ese tratamiento una vez logrado el embarazo ya que la divulgación a los niños concebidos por donantes acerca de su concepción se desaconsejaba sobre la base de que era innecesario y potencialmente dañino.

Sin embargo, en los últimos años se ha producido un cambio significativo en este sentido, reconociendo la importancia en la divulgación sobre el uso de gametos de donante como el suministro de información y de identificación acerca de ellos. Es decir, hoy se considera una buena práctica, comunicarles a los hijos que han sido concebidos por donantes en una edad más bien temprana contando con profesionales y grupos de apoyo.

Varios estudios desarrollados en el extranjero sostienen que el secreto en cuanto al modo de concepción puede dañar las relaciones familiares con un consecuente impacto negativo en el desarrollo psicológico del niño, por eso la recomendación de informar acerca de su origen, en especial antes de la adolescencia (Herrera, Lamm, 2014, p.12).

En la obra de Fernández, Ugozzoli LLugdar, Riestra, Nabel y Papier “*¿Cuántos niños nacidos por ovodonación conocen su modo de concepción?*” se trae a colación un estudio descriptivo, prospectivo, observacional realizado

en el año 2011 por un centro de fertilidad ubicado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en el cual se encuestó de manera anónima a 279 mujeres de parejas heterosexuales que habían concebido un niño por ovodonación entre los años 2000 y 2008, y que arrojó como resultado al interrogar sobre la decisión de contar a sus hijos sobre el modo en que fueron concebidos lo siguiente: el 37% reveló que tenía intención de hacerles saber en un futuro, 9% que ya les había revelado a sus hijos, el 30% se declaró indeciso y el 24% declaró haber decidido no contarle a sus hijos que había nacido por TRHA de óvulos donados (citado en Herrera, Lamm, 2014, p. 7).

Fuera de la Argentina, los estudios en general revelan que los padres no informan a sus hijos que han nacido a través de TRHA con donante. En un estudio encabezado por Readings, se examinó en distintas familias en las que los niños no tenían vínculo genético y/o gestacional con sus padres: 36 familias recurrieron a la IA (inseminación artificial), 32 familias a la DO (donación de óvulo) y 33 a la gestación por sustitución. Todas las familias fueron entrevistadas cuando los niños tenían 7 años. De dicha entrevista surgió que la mitad de los niños concebidos por donación de óvulos, no estaban al tanto que su madre era su progenitora genética, y casi tres cuartas partes de los niños concebidos por inseminación no estaban al tanto de que su padre no era su progenitor genético. Por el contrario, casi todos los comitentes en los casos de gestación por sustitución si les habían informado a sus hijos cómo nacieron (Herrera, Lamm, 2014, p.13).

Sin duda es importante la cuestión relativa a la identidad de los niños nacidos por TRHA heteróloga y la necesidad de contemplación legislativa de este derecho parecería que ya no da margen a discusión, de allí el hecho que en nuestro país existan varios proyectos que hacen referencia a esta cuestión: si bien son un total de 5, 3 de ellos se dedican a regular específicamente la cuestión de la donación y son los que analizaré a continuación.

Por un lado, se encuentra el “**Proyecto sobre el acceso a la Información genética de las personas concebidas mediante fecundación asistida**” también conocido como “Proyecto Donda” y que busca garantizar a las personas nacidas de donación de gametos o embriones ... *el acceso sencillo y expedito a la información referente a su identidad genética.*

Sostiene que la libertad reinante en nuestro país por la falta de regulación vulnera el derecho a conocer los orígenes biológicos, parte integrante del derecho fundamental a la identidad, reconocido por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

Con este fundamento y en virtud del interés superior del niño se prohíbe las donaciones anónimas e impone varias obligaciones a los banco e instituciones médicas que practiquen TRHA: a) conservar la información relativa al nombre y apellido, domicilio, etc. de los donantes, historia médica individual y familiar y su deseo de ser contactados en el futuro por escrito, la identidad de los nacidos y de los receptores, fechas de utilización de gametos, técnica empleada y su resultado y el centro de salud interviniente; b) implementar un registro con los datos que permitan identificar a los donantes; c) garantizar la conservación y accesibilidad de los mismos por el término de 50 años; d) informar a los donantes sobre la existencia de dichos registros y el derecho de los nacidos de acceder a partir de los 18 años a toda información en ellos contenida a través de un recurso sencillo y ágil.

Otro de los proyectos a mencionar es el “**Proyecto de Ley integral de Técnicas de Reproducción Humana Asistida**” que pertenece a la diputada Brawer, que trae un claro reconocimiento y regulación del derecho a la identidad y a conocer los orígenes, al que incluye entre los principios de la ley, junto a otros como el interés superior del niño y el principio de igualdad y no discriminación.

El art. 7 del proyecto consagra el derecho a conocer los orígenes biológicos de los nacidos de TRHA al que desmenuza en dos: el derecho a saber el modo de concepción y el derecho a la información. Por otro lado, el art. 104 establece el derecho de la persona a saber que nació de donación de gametos o embriones, identificando como obligados a los padres, quienes deben cumplir ello... *en la medida de lo posible, con asesoramiento interdisciplinario y conforme edad y grado de madurez de la persona nacida.*

El art. 77 exige que los padres al inscribir el nacimiento de su hijo o hija acompañen, junto al certificado médico de nacimiento, una copia de la historia clínica que consta en el centro de salud interviniente y que se considera parte integrante de la inscripción.

Se reconoce asimismo el derecho de las personas nacidas de TRHA a la información relativa a la misma, que se subdivide en no identificatoria e identificatoria del donante. De esta manera, la persona nacida de TRHA que tuviere “...*edad y grado de madurez suficiente puede solicitar del establecimiento especializado interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando ello sea relevante para su salud*”. La persona nacida puede requerir al juez por el procedimiento más breve que prevea la ley local que se revele la identidad del donante. Ahora bien, el reconocimiento de este derecho no desprotege al donante, que es exonerado de toda responsabilidad jurídica y resguardo en su intimidad, a través de la consagración del “principio de confidencialidad”.

Finalmente, está el “**Proyecto Puiggros**” donde también se analiza garantizar el derecho fundamental a la identidad genética de las personas nacidas de TRHA, en miras al cual dispone la creación del Registro Nacional de Donante de Gametos y/o embriones que permita resguardar la información para ser entregada cuando sea requerida.

Poder dar respuestas a las dudas que se plantean y reencontrarse con los orígenes es una manera de descubrirse para construirse. Negar, ocultar y mentir no es lo aconsejable en estos casos. La idea es buscar una solución que brinde la máxima satisfacción posible a los derechos en juego y provoque la menor restricción posible a su alcance.

La ciencia ha avanzado y ese avance debe ir acompañado por nuestro sistema legal, protegiendo el derecho a formar una familia, a gozar del beneficio del progreso científico, a la igualdad, autonomía, a la dignidad, pero también al acceso a la integridad personal. Preservar el derecho a la identidad implica un actuar del Estado que proteja y difunda, a los propios interesados, los elementos básicos para el armado de su historia vital.

7 DISCUSIÓN

7.1 Sistema adoptado por nuestro país con relación a las TRHA heterólogas y el derecho a conocer los orígenes.

Fue y aún sigue siendo un tema de gran debate el derecho a conocer los orígenes que tienen los hijos nacidos por TRHA cuando se ha utilizado material genético de un tercero. Desde lo normativo nuestra legislación civil ha establecido 2 artículos específicamente para ello: art. 563 y 564 CCCN.

Según las doctrinarias Herrera y Lamm de ambas normas surgen las cuatro facetas que involucran este derecho, que merecen ser individualizadas para comprender con mayor precisión la postura que adopta la legislación civil y comercial y que son: 1) el saber que se ha nacido de TRHA con material genético de un tercero; 2) la obligación del Estado de resguardar la información sobre los donantes de los gametos que dieron origen a la persona nacida de TRHA heteróloga; 3) el obtener información no identificatoria (datos genéticos o de salud del donante) y 4) obtener información identificatoria que permita individualizar al donante(Bergel, Lily, Herrera, Lamm, Wierzba, 2017, p. 416)

. Es una realidad que, si los progenitores no le revelan al hijo, el origen de su concepción no tiene forma de conocerlo, salvo que su nacimiento se haya producido en el marco de una familia monoparental u homoparental, ya que es obvio en estos casos el uso de material genético de un tercero. La mayor dificultad se presenta con las parejas- unidas en matrimonio o no- de diverso sexo ya que aquí como refería anteriormente es más difícil conocer los orígenes, a menos que ocurra algún descubrimiento casual.

Por ello es importante si abordamos una perspectiva de derechos humanos que estos padres conozcan la importancia que tiene para el hijo conocer la verdad de su origen que involucra su identidad, es decir es necesario que conozca que ha nacido producto del uso de las TRHA, y que además se ha hecho con el aporte del material genético de un tercero.

En nuestro ordenamiento legal se protege la información para que la persona pueda conocer que ha nacido producto de la utilización de las TRHA, con material genético de un tercero, compromiso que queda plasmado en un instrumento de tipo administrativo- consentimiento informado- y que por lo tanto es de difícil control.

El proyecto de ley especial integral sobre TRHA que aún está pendiente prevee en su art. 16 que: a) el aporte de gametos o embriones para terceros reviste carácter reservado y confidencial ;b) los centros de salud autorizados deben elaborar un legajo con los datos de identidad del/la aportante, incluyéndose información médica así como antecedentes clínicos familiares aportados bajo declaración jurada el que debe confeccionarse en soporte magnético y seguro para “ la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad, y recuperabilidad de los datos contenidos en el mismo, debiendo adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de

modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad y confidencialidad” debiéndose remitir copia al Registro Único.

Si se produjere el nacimiento con vida, debe remitirse al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas copia del o los consentimientos para la correspondiente inscripción del nacimiento.

El proyecto de ley también establece que debe guardarse confidencialidad respecto de las personas que hubieran pretendido constituirse en aportantes de gametos para terceros y que no hubiesen sido aceptados como tales por cuestiones inherentes a su salud, así como de quienes retiren sus muestras de material genético.

En el caso de las personas nacidas por THRA heterólogas el contenido referido a la identidad del donante sólo podrá ser revelado en los supuestos del art. 564 CCCN, es decir: *“A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local”* teniendo como razón fundada riesgo para la vida o salud física o psíquica.

Es decir, la información sobre los orígenes genéticos tiene carácter “reservado” pero no secreto, es decir que admite excepciones para que pueda ser revelado, siempre con el debido respeto a los intereses de los padres y progenitores, no haciendo difusión pública de esta información.

Cuando se dice que el juez valorará las razones que habiliten brindar la identidad del donante, es decir que existan “razones debidamente fundadas” según señala el CCCN, la norma no especifica cuáles son estas razones, lo

cual da lugar a diferentes interpretaciones, muchas de ellas ligadas a que se encuentre en riesgo la vida, la salud o la integridad psicofísica.

Ahora bien, el derecho a conocer los orígenes, ¿es una razón en sí misma? ¿es considerada una razón suficiente, valedera y fundada para poder acceder a la identidad del donante? Si interpretamos a la noción de identidad como un derecho humano fundamental, la respuesta a la que arribemos debería ser en sentido positivo a los fines de no vulnerar este derecho.

A partir del precedente dictado en nuestro país por la Cámara Contencioso Administrativa Federal, Sala V, del 29/04/2014 en autos “ **C.E.M. y otros c EN-M Salud s/ amparo ley 16.986**” donde un matrimonio con 2 hijas concebidas a partir de TRHA con óvulos donados por terceros, solicita en un proceso de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional, más precisamente al Ministerio de Salud la creación de un registro con toda la información que poseen los centros de fertilidad y bancos de gametos legalmente habilitados en el país referido a la identidad de los donantes de gametos.

En este caso el problema se plantea ya que el matrimonio conoce la identidad de la donante de una de sus hijas, que es una amiga de la familia, pero no así de su hija menor, ya que su concepción fue a través del uso de óvulos donados por medio de un Centro, desconociendo la identidad de la aportante del material.

La Cámara distingue dos aspectos importantes a tener en cuenta: 1) el derecho a conservar la información obtenida por el centro médico que intervino en el procedimiento de las TRHA sobre la identidad de la donante y 2) derecho de una de las hijas a tener acceso a esa información y a las condiciones o modalidades bajo las cuales podrá hacerlo en el futuro.

La importancia del fallo se centra en la preservación de la información, por esto ordena conservarla, como una obligación y compromiso estatal, más

allá de lo que posteriormente será su acceso lo cual será motivo de la ley especial sobre TRHA.

Información no identificatoria del donante

Antes de cualquier donación se realizan estudios médicos a los potenciales donantes para asegurar que aquellos que pudieran suponer un riesgo para la salud de los posibles receptores o niños sean descartados, sin que esto implique la búsqueda de donantes con características particulares, sino como una forma de protección del derecho a la integridad personal y a la salud.

En el proyecto de ley integral, mencionado ya, se regulan varias de estas cuestiones. En su art. 3 regula quiénes puede ser donantes, en el caso de las mujeres deben ser capaces, mayores de 18 años y hasta los 35 años; en el caso de los hombres capaces, mayores de 18 años y hasta los 40 años inclusive.

En el art. 4 se establece la realización de los estudios médicos sujeto a protocolo que establezca la autoridad de aplicación, debiendo el aportante del material revelar cualquier dato que resulte de relevancia médica, protegiendo de esta manera el derecho a la salud e integridad de la persona que va a nacer productos de las TRHA y de aquellos que acuden al uso de las técnicas.

En su art. 20 también se establecen cuestiones relevantes referidas al Registro Único, entre ellas la obligación de mantener actualizada la nómina de centros de salud autorizados a llevar adelante éstas técnicas de reproducción asistida, también mantener actualizado el listado de personas que se hayan constituido en aportante de gametos para terceros, resolver en forma expedita la consulta que le realicen los centros de salud respecto de la aptitud de las personas que quieren ser aportantes de gametos para terceros y confeccionar

un legajo personal de cada uno de ellos respetando el principio de confidencialidad.

Es de suma importancia la confección de este legajo de los aportantes y los datos allí contenidos, como también su fácil acceso, ya que eventualmente pueden surgir circunstancias en que la información que allí fue consignada sea significativa no sólo desde el punto de vista médico sino también de algún otro dato que resulte de utilidad.

El Código Civil y Comercial actual establece en este punto en su art. 563 que: *“La información relativa a la persona que ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.”*

Es decir, como una forma de protección del derecho a la identidad como un derecho humano, tal cual sucede en la filiación adoptiva y el acceso a los orígenes, en el legajo base sobre el cual se realiza la inscripción del nacimiento y se emite la correspondiente partida, debe también constar la información de que el niño ha nacido de TRHA heteróloga. Ahora bien, en este legajo no constará información sobre el donante, la cual queda reservada en el centro de salud y Registro Único que prevé la ley especial.

En virtud del principio de capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes, no existe una edad mínima que permita el acceso a esta información, y si pese a su menor edad acudiera a un centro de salud a solicitar información sobre aspectos referidos a la salud del donante, este interés debe ser atendido respetando el principio antes mencionado. Cabe aclarar que el acceso a la información no identificatoria no ha generado grandes debates doctrinarios, ya que no afecta la identidad del donante, cosa que sí sucede en el caso de la información identificatoria que analizaré a continuación.

Información identificatoria del donante

En este punto, nos detendremos a analizar la solución adoptada legislativamente por nuestro país ya que posteriormente abordaremos las respuestas dadas por otros países en el derecho comparado al momento de analizar el marco legal respectivo, adelantando desde ya que en el caso del derecho internacional no existe una única respuesta y que cada país ha adoptado aquella que ha considerado más apropiada de acuerdo a su idiosincrasia y cultura.

Comenzando por el análisis del derecho interno, adelantamos ya que nuestro Código Civil y Comercial ha adoptado una postura intermedia entre el anonimato del donante y el derecho de las personas nacidas bajo el uso de estas técnicas para conocer sus orígenes.

De alguna manera la postura asumida por nuestra normativa interna ha buscado equilibrar y proteger todos los intereses en juego, preservar las TRHA heterólogas, por un lado, para que no ocurra una disminución en las donaciones y la posibilidad de que niños/niñas puedan nacer en virtud de ellas.

Señalan las doctrinarias Herrera y Lamm, que esta información del donante- es decir la identificatoria- es la que mayores debates ha generado a nivel doctrinario tanto nacional como internacional (Bergel, Lily, Herrera, Lamm, Wierzba, 2017, p. 438). Nuestro Código Civil conforme ya señalara anteriormente aborda este tema en su art. 564:

A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b. revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local

¿De qué hablamos cuando nos referimos a la información identificatoria del donante? Es el acceso a la información sobre el nombre, apellido, domicilio, teléfono y cualquier otro dato que permita ubicar el paradero de la persona que donó material genético para un tercero.

El Código exige entonces para tener acceso a estos datos que previamente se deba acudir al órgano jurisdiccional, esgrimiendo razones valederas para levantar el anonimato de la persona a la cual se le garantizó reservar su identidad. Otro tema que genera grandes dudas es que se consideran razones valederas, y en este sentido se ha interpretado que entre las razones fundadas están cuando haya un riesgo para la vida o para la salud física y psíquica de la persona nacida por TRHA.

Sin duda que uno de los argumentos para esta postura asumida por nuestro Código Civil y Comercial de la Nación es no afectar el número de donaciones necesarias para muchas parejas que desean acceder al uso de éstas técnicas de reproducción asistida, el cuestionamiento es saber si la postura asumida resguarda de igual forma el derecho de las personas concebidas por TRHA a conocer no sólo la forma en la cual fueron concebidas, sino también la identidad y otros datos que les resulten de importancia sobre el donante, es decir el debido respeto para quienes han nacido bajo el uso de las TRHA a conocer sus orígenes biológicos.

7.2 Marco Legal en el Derecho Comparado

En el derecho comparado tampoco encontramos una sola respuesta con relación a este tema, pero sí efectivamente el sistema llamado del “anonimato del donante” es el mayoritariamente adoptado. Respecto de este sistema la Ab. Mariana A. De Lorenzi (citada en Fernández, 2015, p. 1084) realiza un análisis indicando que existen 3 posturas.

La primera de ellas, *tradicionalmente reguladora*, donde se ubican aquellos estados que desde hace más de 20 años legislan la donación anónima de material genético, sea prohibiéndola, sea imponiéndola. Otra segunda postura seguida por países que nunca han regulado el tema, muchas veces debido a la presión que ejercen los grupos con intereses económicos para mantener la libertad que otorga el silencio y que llama *abstencionista*, y finalmente una tercera postura que llama *liberacionista*, que reúne algunos países que, después de casi dos décadas de legislación en la materia, comienzan a debatir si en una sociedad como la actual, que enfatiza la libertad y derecho de los pacientes, existen razones para elegir la protección sobre la autonomía.

Analizaré a continuación los sistemas adoptados por diferentes países del continente europeo y de Latinoamérica, para conocer la postura legislativa asumida por distintos estados del mundo con relación a este tema.

Como ya adelantara, existen una gran variedad de respuestas. Las autoras Herrera y Lamm en un estudio pormenorizado sobre el derecho comparado refieren que: En República Checa, Dinamarca, Francia, Grecia, Bélgica, Hungría, Islandia, Portugal y España el anonimato del donante está protegido por ley. Algunos de estos países prohíben directamente que el donante sea conocido, en ocasiones con excepciones legales previstas, (caso de Francia y España) y otros admiten esta posibilidad si el donante así lo consiente: Bélgica, Hungría, Islandia, Portugal (Bergel, Lily, Herrera, Lamm, Wierzba, 2017, pp. 431-438).

En Bélgica y Bulgaria la regla es el anonimato, con excepciones para la donación de gametos de personas conocidas. En el caso de Bélgica las personas que prestan servicio en las clínicas de fertilidad tienen obligación de guardar secreto profesional. Las excepciones que se mencionan incluyen

información acerca de las características físicas del donante que puede ser compartida con los beneficiarios al momento de elegir un donante; información médica que puede ser obtenida a pedido de las personas concebidas y cuando donante y receptor solicitan mutuamente el no anonimato.

Es decir, rige el principio de la donación anónima salvo acuerdo en contrario entre donante y receptores, en cuyo caso la información relativa a los donantes será transmitida a los receptores, o en ausencia de convenio cuando así lo requiera la salud de la persona concebida (art. 22,35,36,57.1,64 y 65 de *la Loi relative á la procreation médicalemente assistée et á la destination des embryons surnuméraires et des gametes*, de 6/7/2007).

Este sistema que implementa Bélgica de alguna manera relativiza el anonimato o secreto del donante y deja librada a su voluntad que su identidad pueda o no ser conocida, se conoce también como *double-track*, sistema que también ha adoptado Islandia por ejemplo, que reconoce libertad al donante para decidir si su identidad podrá o no revelarse, y en caso afirmativo, se resguarda toda la información en un archivo especial al que la persona nacida de TRHA podrá acceder a partir de los 18 años de edad (art. 4 de la Artificial Fertilization Act 55/1996 y 18 de la Regulation on artificial fertilization)

En el caso de Italia, inicialmente su legislación en materia de TRHA prohibía la fecundación heteróloga (art. 4 legge 19 febbraio 2004, n.40). Este inciso fue posteriormente declarado inconstitucional por la sentencia 162 del Tribunal Constitucional italiano, del 9/4/2014.

Alemania no reconoce expresamente en su legislación un derecho a conocer los orígenes a las personas concebidas con gametos donados y la donación de óvulos se encuentra expresamente prohibida (Ley 745/9 de protección del embrión, del 1312/1990) y las directrices médicas aconsejan que la donación de espermatozoides sólo se permita si el donante consiente a que el

nacido pueda conocer su nombre, previa solicitud. Es decir, el médico debe informar al donante que puede ser requerido a develar su nombre al nacido de su donación sin poder invocar el secreto médico para negarse.

Pese al silencio en su legislación alemana sobre TRHA, tampoco admite el anonimato del donante según la interpretación de su legislación y doctrina del Tribunal Constitucional que ha desempeñado un papel fundamental en este sentido y en el reconocimiento al derecho a conocer los orígenes biológicos.

El 28 de enero del año 2015, el Tribunal Federal de Karlsruhe, ante la petición de dos hermanas de 12 y 17 años concebidas a partir de espermatozoides donados, declaró que los concebidos de esta forma tienen derecho a conocer la identidad del su padre biológico, aún poco después de su nacimiento si actúan representados por sus padres. En caso de que dicha solicitud se llevara a cabo, el donante podrá decidir si quiere que su identidad sea revelada. Esta sentencia revoca una anterior de primera instancia del tribunal de Hannover, que consideró que las hermanas sólo podían acceder a esta petición una vez que ambas alcanzaran los 16 años de edad.

Si bien de alguna forma este pronunciamiento del Tribunal Federal de Karlsruhe considera prevalente el derecho del donante, señaló la importancia del derecho del nacido bajo estas técnicas de conocer la identidad del donante.

Conforme lo analizado, podemos ver que algunos países no establecen en sus legislaciones que el donante no pueda ser conocido, sino que simplemente no realizan ninguna manifestación al respecto y aquellas que se inclinan por el secreto en la identidad del donante, tienen cierta flexibilidad, admitiendo excepciones al acceso a la información con diferentes alcances ya sea admitiendo sólo la obtención de datos médicos o físicos o también conocer su identidad.

Seguidamente voy a analizar ahora a aquellos países europeos que se han alineado en la otra vereda llamada de “acceso a la información” con distintas variantes.

La Dra. Mariana A. De Lorenzi (citada en Fernández, 2015, p.1087) refiere que en el derecho comparado hay una clara y progresiva tendencia a la apertura, resultado de un proceso que se ha dado en dos momentos diferentes. Uno inicial que comenzó con la primera ley de reproducción asistida prohibiendo el anonimato en las donaciones de esperma dictada por Suecia en el año 1984, y que fue seguida durante la década de los 90 por Austria, Suiza y Victoria.

Suecia fue una de las pioneras en permitir que, una vez alcanzada la madurez suficiente, acceder a la información identificativa del donante de esperma ya que la donación de óvulos estaba prohibida (art. 4 Ley 1140, de 1984 IA). Esa ley fue posteriormente sustituida por la ley 351 del año 2006 (cap. 6 sec.5) y que, permitida la donación de óvulos para FIV, extiende este derecho a los concebidos mediante óvulos donados (cap.7sec.7).

En el caso de Austria la Ley de reproducción médica 275/1992 admite el acceso a la información sobre los orígenes a partir de los 15 años previa asistencia psicológica, por sí o sus representantes legales, pero actuando en interés del hijo, por ejemplo por razones médicas, pueden solicitar información sobre el donante.

Esta información que está a disposición en el centro médico atento a lo dispuesto en el art. 15 de la ley consiste en nombre y apellido, fecha de nacimiento, nacionalidad, del donante, nombre y apellido de los padres, momento en el que se llevó a cabo la donación y resultado de las pruebas médicas. Cabe aclarar que las prohibiciones anteriormente señaladas fueron cuestionadas, sin éxito ante el TEDH, en el caso “S.H. y otros c Austria”. Si

bien se consideró que las prohibiciones carecían de una justificación objetiva y razonable, ya que eran contrarias al art. 14 CEDH y art. 8, la gran sala por sentencia del 3/11/11 avaló dicha ley al considerar que debe otorgarse un amplio margen de apreciación a los Estados en materia de donación de gametos.

Es de destacar en el caso de Suiza que existe una protección constitucional al acceso de toda persona a sus datos genéticos (art. 119/2). En este sentido su ley federal sobre procreación médicamente asistida, del 18/12/1998, y en vigor desde 2001, reconoció el derecho de los concebidos mediante esperma donado, porque la donación de óvulos no está permitida, a obtener información personal sobre el donante una vez alcanzado los 18 años de edad (art. 27).

La información a la cual se le permite acceso es: nombre y apellido del donante, fecha y lugar de nacimiento, domicilio, lugar de origen en Suiza o nacionalidad, ocupación, educación y apariencia física. Antes de revelar estos datos personales del donante la Oficina Federal debe hacer lo posible por informarle. Si el donante no quiere tener contacto personal con el nacido, éste debe ser informado de la negativa y del derecho a la intimidad familiar y personal del donante.

Si no obstante lo informado, el nacido insiste en obtener información personal del donante, la misma debe ser suministrada. El resto de los datos como aquellos referidos a la fecha de donación o resultado de las prácticas médicas realizadas al donante pueden ser solicitadas en cualquier momento, siempre que haya un interés legítimo.

Una tendencia mucho más reciente ha tenido lugar a partir del cambio progresivo de rumbo de países originariamente defensores del anonimato

hacia la supresión del secreto y admisión del derecho a conocer los orígenes, como Noruega, Países Bajos, Reino Unido o Finlandia.

Noruega (art. 2-7 ley 100, del 05/12/2003) sobre la aplicación de biotecnología en la medicina humana permite al concebido mediante esperma donado ser informado sobre la identidad del donante una vez alcanzado los 18 años. La donación de óvulos en cambio se encuentra prohibida en aquel país (art. 2-18).

En el caso de los Países Bajos, tras varios años de debate se aprueba finalmente la ley 25 de abril de 2002, en vigencia desde el 01/06/2004. Esta ley permite a los mayores de 16 años concebidos mediante material genético de un tercero (sea esperma u óvulos donados), solicitar información sobre la identidad del donante. En el año 2008 la legislación británica avanza y rebaja la edad mínima de acceso, ya que anteriormente era a los 18 años, extendiendo incluso el ámbito de legitimados a los hermanos genético

Los mayores de 12 años sólo pueden acceder a la información no identificatoria. Para tener acceso a esta información se creó una fundación sobre datos del donante a la que pueden acceder las personas que sospechan o saben que fueron concebidas mediante donación de gametos. Si el donante se opone a ser identificado, debido a que las razones de la donación pueden haber cambiado, la fundación debe sopesar los pro y contras, salvo que existan razones de peso a favor del donante, prevalece el deseo de la persona concebida mediante el uso de estas técnicas.

En el Reino Unido a partir de la reforma de 2008 a la Human Fertilization and Embriology Act se permite a los concebido, religión, si tiene hijos etc, y al cumplir los 18 años tienen derecho a acceder a la información identificable: nombre, fecha de nacimiento y última dirección del donante. La ley no tiene carácter retroactivo, pero autoriza a quienes hayan hecho una donación antes

del 2005, a levantar el secreto de su identidad inscribiéndose en el Registro de Donantes Voluntarios, para lo cual pueden acceder enviando un formulario a través de la página de la HFEA.

Según registros recientes, todas las peticiones ante el Registro por parte de personas concebidas por donantes han sido por información no identificatoria, ya que la información identificatoria, sólo estará disponible a partir del año 2024 cuando los que nacieron después del año 2005 alcancen la edad de 18 años. Si bien se podría acceder a esta información con anterioridad a esta fecha, respecto de los donantes que se hubieran inscripto como identificables, la realidad es que no se han realizado peticiones en este sentido.

Sin duda que una de las cuestiones que mayor preocupación genera respecto al acceso a la información del donante por parte de las personas concebidas por ellos y sus padres, es lo relativo a la información médica del donante para el futuro de la salud del concebido por éste.

Un reporte que realizó en abril del año 2013 el Nuffield Council on Bioethics (Consejo de Bioética de Nuffield) titulado Concepción por donación: aspectos éticos sobre el intercambio de información, considera que esta información es ampliamente sobreestimada y que sólo en casos excepcionales, la falta de historial médico personal o familiar del donante hará alguna diferencia significativa para la salud del concebido.

Asimismo, en ese mismo informe señaló que no es papel de las autoridades estatales, ya sea a través del contacto directo con la gente concebida por donantes a medida que alcanza la edad adulta o el uso de documentos oficiales, como son los certificados de nacimiento, intervenir para asegurar que todas las personas concebidas con gametos donados conozcan

sobre las circunstancias de su concepción. Se considera que adoptar medidas en este sentido no es recomendable.

Se considera que si bien el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que trata sobre el respeto a la vida privada y familiar contempla el derecho a conocer, los derechos del mismo art. 8 de los beneficiarios y donantes están también comprometidos en cualquier política en este ámbito y los intereses en disputa deben estar debidamente equilibrados.

El informe si recomienda como buena práctica profesional, es que las clínicas provean sesiones de consejería como parte de las consultas realizadas antes de efectuar los tratamientos de TRHA con gametos o embriones donados.

Finalmente, y en el continente europeo la última ley en abordar la materia es Finlandia, Ley 1237, del 22/12/2006, cuya sec. 23 permite al concebido mediante gametos o embriones donados, a partir de los 18 años conocer la identidad del donante. Lo novedoso de esta legislación es que el donante de esperma, antes de la donación puede prestar su consentimiento para que el concebido, pueda además de conocer su identidad, ser declarado hijo suyo, a tal fin se legitima a la madre y al hijo a ejercer las acciones de filiación correspondiente.

A continuación detallaré algunos aspectos que si bien tiene algunos años, parecen interesantes y fueron relevados del informe del Consejo Europeo del 4/6/1998 celebrado en Estrasburgo sobre Procreación Medica Asistida y protección del embrión humano y un estudio comparativo realizado en 39 estados: Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Estonia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Latvia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Rusia, San Marino, Eslovaquia, Eslovenia,

España, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania, Reino Unido, Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos .

1.- En general a quién se considera en derecho madre del niño?	RESPUESTA
a) a la mujer que lleva al niño	26 PAISES
b) a la mujer que produjo el óvulo	13 PAISES

2.- Es el esposo que ha dado su consentimiento con el donante considerado el padre legítimo del niño?	RESPUESTAS
26 PAISES	SI
13 PAISES	NO
3.- En los casos de donación de gametos se respeta el principio del secreto de la procreación?	RESPUESTA
28 PAISES	SI
11 PAISES	NO
Entre los países que no respetan se encuentran: Alemania, Irlanda, Liechetestein, Luxemburgo, Portugal, Rumania, Malta, San Marino, Suecia, Ucrania y Nueva Zelanda	

4.- Se respeta el principio del secreto de la identidad del donante?	RESPUESTA
24 PAISES	SI
15 PAISES	NO
Entre los países que no respetan se encuentran: Austria, Bulgaria, Alemania, Irlanda, Liechtestein Luxemburgo, Malta, Portugal, Rumania, Turquía, San Marino, Suecia, Suiza, Ucrania y Nueva Zelanda	

5.- Tienen los tribunales la facultad de identificar al donante?	RESPUESTA
9 PAISES	SI
20 PAISES	N/R
10 PAISES	NO

6.- Es posible el acceso a la identidad del donante para analizar un posible riesgo hereditario para el niño	RESPUESTA
---	------------------

13 PAISES	SI
6 PAISES	NO
10	N/R
7.- Si el niño recibe información sobre el donante, se pone en conocimiento al donante?	RESPUESTA
3 PAISES	SI
5 PAISES	NO
31 PAISES	N/R

8.- Es posible que se establezca una relación filial entre un niño concebido y el donante de gametos?	RESPUESTA
a) en general	26 PAISES NO
b) sólo en casos excepcionales	7 PAISES SI

9.- El niño tiene derecho a requerir en algún momento información sobre su concepción?	RESPUESTA
7 PAISES	SI
12 PAISES	NO
10 PAISES	N/R

10.- El niño tiene derecho a solicitar en algún momento información sobre la identidad del donante:	RESPUESTA
2 PAISES (Suecia y Australia)	SI
16 PAISES	NO
21	N/R

En Estados Unidos y Canadá los donantes pueden elegir si desean donar de manera anónima o no. En este sentido es de importancia el caso "Pratten v British Columbia" resuelto por el Tribunal de apelaciones de la Columbia Británica el 27/11/12 y que ya analizara anteriormente.

En Nueva Zelanda desde el año 2005 se exige que los donantes sean potencialmente identificables una vez que los nacidos por donación alcancen los 18 años de edad, y de manera similar ha sido regulado en otros estados de Australia.

Cabe destacar el caso de Victoria, que es un estado australiano, ya que es el único ordenamiento que, si ha optado legislativamente por la inscripción del origen de la concepción, a través de la mención “donor conceived” en el Registro de nacimientos. Esta incorporación se realizó a través de una enmienda a la ley de registro de nacimientos, defunciones y matrimonios por la ley de TRHA del año 2008.

La persona que ha sido concebida de este modo, es la única que tiene acceso a un anexo del certificado, donde se especifica que existe más información al respecto. Ahora bien, los donantes también tienen derecho a solicitar información identificatoria de los niños concebidos con su material genético, previo consentimiento de los concebidos antes de brindar dicha información.

Dentro de lo que es América Latina y Brasil, la res. 2013/2013 del Consejo Federal de Medicina establece que *“Obligatoriamente debe ser mantenido en silencio la identidad de los dadores de gametos y embriones, como receptores. En situaciones especiales, la información sobre los donantes por razones médicas, pueden ser brindadas exclusivamente por los médicos resguardando la identidad del dador.”*

Por último y en el caso de la Ley TRHA uruguaya, del año 2013, establece en su art. 12 que: *“la donación de gametos se realizará en forma anónima y altruista, debiendo garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes, sin perjuicio de lo establecido en el art. 21 de la presente ley.”* En el art. 21 se trata en particular sobre la identidad del donante, y se establece que será revelada previa resolución judicial cuando el nacido o sus descendientes así lo soliciten al Juez competente, de conformidad a lo dispuesto por los arts. 22, 23 y 24 de la ley.

Ahora bien, la información proporcionada en ningún caso implica la publicidad de la identidad del donante ni producirá efectos jurídicos con relación a la filiación. El art. 22 específicamente señala que: *“Toda información relativa a la donación de gametos se encuentra alcanzada por el secreto profesional y en todos los casos sujeta a las responsabilidades que establecen las leyes y los códigos de ética vigentes. El deber del secreto alcanza también a todas las personas que en virtud de las tareas que desempeñen relacionadas con la donación de gametos tengan acceso a la información a que se refieren los arts. 12 y 13 de la ley.”*

El art. 23 señala *“la acción podrá ser ejercida por el nacido por aplicación de técnicas de reproducción humana asistida o sus representantes legales, y en caso de que hubiere fallecido, por sus descendientes en línea directa hasta el segundo grado, por sí o por medio de sus representantes”*.

En lo referido al procedimiento el art. 24 establece que, una vez formulada la demanda, el magistrado actuante previa vista al Ministerio Público Fiscal, requerirá por oficio información a la institución donde se realizó la técnica de reproducción asistida, relevándola del secreto establecido en el art. 22 antes mencionado, y solicitando la identidad del donante, la será notificada en forma personal al demandante.

Vemos entonces por un lado que existe en el derecho comparado una progresiva tendencia hacia la apertura, incluso así resulta de la comparación de los informes del Consejo de Europa entre los años 1998 y 2005, que durante esos años, pese a que aún no se ven reflejadas algunas reformas legislativas, el número de países que permite conocer la identidad del donante se ha incrementado de 2 a 9.

Luego de haber analizado la postura asumida por diferentes países del mundo, y la posición adoptada por Argentina que hoy se ubica en una línea

intermedia, conforme los distintos intereses en juego, preservar las TRHA heterólogas y que no exista una disminución en las donaciones de acuerdo al criterio legislativo asumido en el CCCN.

Señalaré a continuación las conclusiones a las que he arribado en el presente trabajo, luego de lo estudiado y desarrollado hasta aquí.

8 CONCLUSIONES

A diferencia de lo que acontece con aquellos niños/niñas que tienen un escenario completo de todas las personas que formaron parte de su historia personal, en los casos de aquellos que fueron adoptados, o bien en el marco de una filiación natural pero que albergan algún tipo de duda sobre su identidad de origen, o aquellos que nacieron fruto de las TRHA y desean también indagar acerca de su identidad genética requieren de la colaboración parental y de la colaboración estatal, para poder acceder a la construcción de su verdad personal, su historia e identidad y para ello necesitan del reconocimiento de su capacidad de acceso en condiciones de autonomía a aquellos sitios, documentos, registros etc., que contengan esa verdad.

La realización de las TRHA con donación de gametos que es lo que ha motivado el presente trabajo, debería contar con un amparo concreto, respecto de poder revelar los datos del donante anónimo. Sin duda que esta diferencia legislativa, junto a la delegación en el juez como intérprete de las razones debidamente fundadas para poder tener acceso a una parte de esa información, generan una mayor exposición del niño por nacer, que la de los otros niños que sí gozan de dicho derecho de manera clara.

Es importante entonces revelar la identidad del donante anónimo para aquel que lo solicite, debiendo el juez otorgarla sin más trámite, entendiendo que es un derecho inalienable de toda persona humana, con jerarquía

internacional y constitucional, en la que nadie puede entonces entrometerse, ni decidir sobre la afectación en el desarrollo de la vida emocional del otro.

La autora Rubaja (2012, pp.329-330) justamente señala que existiría un “limbo legal” en este sentido, y que debe resolverse en consonancia con “los derechos fundamentales de los niños, incluidos el derecho a no sufrir discriminación; este deberá ser el parámetro que inspire la creatividad de los jueces para dar respuesta a los planteos judiciales que se presenten en esta materia.

Es importante entonces que se permita el acceso a los orígenes en el caso de las personas nacidas bajo el uso de las TRHA heterólogas, pero conservando la identidad que han construido durante los años, ya que al lado de la realidad biológica existe otra “verdad” que no puede ser ignorada. La verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana.

Es incuestionable que hay un derecho a saber, a conocer sus orígenes, su identidad, máxime si ese desconocimiento genera en quienes padecen la inquietud de lo incierto, angustia, y además no le permite al individuo proyectar su futuro. Temor a lo desconocido porque desconocido es su origen mismo. El juez no puede avalar ese estado de incertidumbre, sino por el contrario, su deber es echar luz, dar certeza y respuestas al justiciable.

El conocimiento de la verdad permite reconstruir el pasado, vivir el presente y poder proyectar el mañana. Cuando la duda acecha, el Estado no puede permanecer al margen ya que esa incertidumbre impide al que la padece reconstruir su historia. Si nuestro ordenamiento jurídico garantiza el derecho a la identidad, debe prever también los medios para que éste sea ejercido de manera efectiva.

Muchas veces la búsqueda de la identidad biológica, como se ha dado en la adopción, se agota en saber que uno tiene el derecho. No es lo mismo a nuestra percepción saber que uno está en una habitación cuya puerta está cerrada con llave que estar en esa misma habitación, pero encontrándonos en posesión de ésta última. Tener la posibilidad de ejercer el derecho nos da la libertad de hacer algo, así como de no hacerlo.

Es necesario en el caso de los hijos nacidos de TRHA en general, garantizarles, no sólo el acceso a la información contenida en el legajo base para la inscripción del nacimiento conforme lo previsto en el art. 563 CCCN, sino que es menester la creación de un registro especial a estos fines, tal como surge del decisorio de sala 5ta de la Cámara Contencioso Administrativa Federal el 29/4/14.

Como bien señalan las autoras Herrera y Lamm (2014, p.5) al comentar este fallo: “En definitiva, es absolutamente necesaria la creación del registro tal como se peticiona en la acción de amparo en análisis, porque sólo de ese modo se va a poder garantizar el derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes genéticos”.

Es evidente la existencia de un conflicto entre la dación de gametos de manera anónima y el derecho a la identidad y a su vez parecería no ser suficiente a los fines de dar respuesta y remediar las consecuencias de la disociación entre voluntad procreacional e identidad genética la sola preservación de la identidad de los dadores, pero sí es un comienzo.

En nuestro país, la dación de gametos para su aplicación en el marco de las TRHA se realiza fuera de todo marco legal regulador. Si bien en julio de 2013 se sancionó la ley 26862, que entró en vigencia luego de articularse la acción de amparo mencionada, dicha ley tiene por objeto garantizar el acceso

integral a las técnicas, mas no regular su realización y las consecuencias que derivan de ellas.

La persona concebida por dación de gametos puede plantear 4 posibles actitudes: no querer saber nada, indagar sobre los orígenes sólo para conocer datos médicos, indagar sobre los orígenes y establecer algún contacto con la persona dadora, o bien indagar sobre los orígenes y pretender algún vínculo filiatorio con la persona dadora de gametos, y el anonimato sólo satisface a los que no quieren saber nada sobre su origen, es decir a una sola de estas actitudes.

Es importante tener en cuenta que, así como en la adopción la búsqueda de los orígenes no implica amenazas para los padres adoptivos, ni ruptura de los lazos filiales, las mismas consideraciones se pueden realizar respecto de las situaciones que devienen de la aplicación de las TRHA. Si bien el hecho de la donación no lo inscribe en su filiación, no por no conocido deja de existir.

Es muy probable que con el correr de los años, la donación de gametos con fines de su utilización en TRHA heterólogas, provoque una creciente litigiosidad, pues se ha desarrollado en nuestro país fuera de todo marco legal y una medida paliativa a los fines de no vulnerar el derecho a la identidad de los concebidos es conservar la información de los dadores de gametos para poder garantizar así un acceso real y completo a la información sobre su identidad.

En la Argentina es necesario consagrar un trato igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, sin que ello importe distinciones o discriminaciones injustas y arbitrarias. El desafío importa que tanto la normativa como la doctrina judicial no creen distinciones o discriminaciones injustas.

Los nuevos problemas que se plantean hoy desde el punto de vista bioético o bien en la cuestión referida a la identidad en el caso de las personas concebidas por TRHA heterólogas han desbordado las estructuras jurídicas existentes y requieren de un abordaje diferente, fundamentalmente desde una perspectiva de derechos humanos.

El incremento en el uso de las TRHA y reconocimiento del matrimonio igualitario, han modificado las presunciones sobre paternidad ya no pueden derivarse exclusivamente del hecho del parto ni tampoco del matrimonio, ya que estas presunciones no abarcan adecuadamente a las nuevas familias que crecen en forma exponencial con el empleo de las TRHA.

Sin duda que el sistema actual por el cual optó el CCCN es proporcional hoy en día en un presente donde la existencia de TRHA heterólogas hace necesario un mecanismo en principio anónimo a los fines de poder mantener un universo de donantes lo suficientemente amplio para garantizar el proyecto familiar de las personas que así lo desean.

Como ya señalara anteriormente el derecho a la identidad de niños/niñas nacidas con la intervención de una tercera persona ajena al proyecto parental, comprende diversas aristas o eslabones.

En primer lugar, conocer que se ha nacido con intervención de un tercero por TRHA, este es un derecho que deben asegurar los progenitores a sus hijos/as pero que requiere de un compromiso de todos los operadores que trabajan con usuarios/pacientes de TRHA, para que desde un enfoque psicológico y social comprendan la importancia de criar a un hijo desde la verdad.

El Estado a su vez, como autoridad de aplicación debería coadyudar a esta concientización a través de la elaboración de campañas de difusión que destierre los miedos y mitos en torno a la donación de gametos.

El Programa Nacional de Reproducción Médicamente Asistida, dependiente del Poder Ejecutivo Nacional, en conjunto con el Comité Ad-Hoc creado, está facultado para disponer vía resolución la creación de un registro de donante de gametos y embriones que permita resguardar los datos a fin de que la persona nacida de TRHA pueda, en caso de requerirlo ejercer el derecho a solicitar la información de sus donantes.

Es decir que es competencia exclusiva del Estado sanear esta omisión y crear y mantener un registro actualizado de donante de gametos y embriones, ya que en el mejor de los casos, están a resguardo de manos privadas: los centros de fertilidad, pese a ser el Estado el responsable de su creación, razón por la cual sigue siendo una deuda pendiente en nuestro país a los fines de garantizar el acceso efectivo a esta información y resguardar de este modo un derecho humano fundamental como es el derecho a la identidad, en este caso de las personas nacidas por TRHA heteróloga.

Por otra parte, y como conclusión a este trabajo, instamos a los progenitores de personas concebidas por TRHA heterólogas a hacer conocer a sus hijos en cuanto tengan un grado de madurez suficiente su realidad respecto de su modo de concepción, ya que les permitirá comprender su historia vital, evitando de este modo vivenciar situaciones familiares desagradables en un futuro.

Finalmente y analizando este derecho al origen en las TRHA heterólogas desde una perspectiva de derechos humanos, se sugiere la conservación de todo tipo de documentación relativa la forma de concepción e identidad del donante, incluso si a los fines de acceder a ella se ha tenido que iniciar un proceso judicial, teniendo en cuenta que son documentos con un “ valor jurídico permanente” y que en un futuro serán de importancia incalculable para el desarrollo pleno de la personalidad de un ser humano.

En un futuro signado por la progresividad de derechos y una vez deconstruida la idea de heterobiología será el momento, tal vez, de un sistema integral de acceso pleno a la información identificatoria de los donantes incluso sin necesidad de intervención judicial y a través de un proceso ágil y expedito que permita a la persona nacida por TRHA tener real acceso a la información y conocimiento de todas las personas que formaron parte de su historia, entendiendo así el derecho a la identidad como un derecho integral.

9 RECOMENDACIONES

El acceso a las TRHA con gametos donados es sin duda una realidad que va en aumento, de allí la importancia del presente trabajo, y en base a lo analizado se realizan las siguientes recomendaciones:

- Reconocer la existencia de un derecho a conocer los orígenes en el caso de las personas nacidas de TRHA a los fines de plantear su alcance al momento de su ejercicio.
- Comprender este derecho a conocer los orígenes, realmente como un derecho y no como una obligación, con lo cual su ejercicio debe ser libre por parte de quien sea su titular.
- Reflexionar sobre los aspectos éticos que puede generar el ejercicio de este derecho teniendo en cuenta que siempre existirán dos partes afectadas en este asunto.
- Facilitar por parte de los centros de salud interviniente en este tipo de procedimientos y de los poderes públicos el acceso a la información en estos casos.
- Recomendar a las familias cuyos hijos hayan nacido mediante el uso de las TRHA, manejar la situación con honestidad sobre la forma de

concepción, atento a que no existe una obligación legal que pese sobre los padres en este sentido.

- Procurar el mejor balance posible entre los derechos implicados (derecho a saber del hijo y a la intimidad de sus progenitores o donantes).
- Respetar el principio de igualdad ante la ley en el conocimiento del propio origen, ya que no hay razones que justifiquen soluciones distintas para cada supuesto, por razón de nacimiento, condición o circunstancias.
- Posibilidad de plantear una acción autónoma destinada a hacer efectivo este derecho a la identidad en el caso de las TRHA, tal como ocurre en el caso de la adopción.
- Creación de un Registro Nacional informatizado de donantes de gametos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ales Uría M. (2014) “Derecho a la identidad y técnicas de reproducción humana asistida” en Solari, N.E Benavente, M.I. (dirs.) Régimen de los menores de edad, La Ley, 26/6/14, p.3, Cita on line: AR/DOC/1970/2014.

Bergel, S., Flash, L., Herrera, M., Lamm E., Wierzba, S. (2017) “Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación”, cap. VIII, p.296, p.300, p. 321, p. 324, p.380, p.416, p.438

Consejo de Bioética de Nuffield. Concepción por donación: aspectos éticos del intercambio de información. Nuffield Council on Bioethics. Donor conception: ethical aspect of information sharing, abril de 2013.

Consejo Europeo del 4/6/1998 celebrado en Estraburgo sobre Procreación Medica Asistida y protección del embrión humano. Disponible en:

[https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-INF\(98\)8PMA.pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-INF(98)8PMA.pdf)

De la Torre, N., (2019) “A 30 años de la Convención sobre los derechos del Niño, Avances, Críticas y Desafíos- “El Derecho a la identidad de niños,niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida heterólogas”, cap. VII, p. 954, 956, 957, 958.

Establecimientos de salud con Fertilización Asistida incluidos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (REFES). Disponible en: <http://www.msal.gob.ar/>.

Famá, M., (2017) “Filiación por Técnicas de Reproducción Humana asistida” pp. 1-3.

Fernandez Sessarego, C., (1996) Daño a la identidad personal. En: Libro de ponencias del Congreso Internacional “La persona y el derecho en el fin del siglo”pp. 91-92.

Fernandez Sessarego, C., (1992), Derecho a la identidad personal, p. 114.

Fernández, S., (2015) “Tratado de los Derechos del niño, niñas y adolescente. La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional legal y jurisprudencial. Nuevo Código Civil y Comercial, Cap. 4 “La Bioética como herramienta para el abordaje de conflictos en materia de derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes” p. 330.

Fernández, S., (2015) "Tratado de los Derechos del niño, niñas y adolescente. La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional legal y jurisprudencial. Nuevo Código Civil y Comercial, Cap. 7 "El derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes nacidos de técnicas de reproducción humana asistida" pp. 1068-1069.

Fernández, S., (2015) "Tratado de los Derechos del niño, niñas y adolescente. La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional legal y jurisprudencial. Nuevo Código Civil y Comercial, Cap. 8 "El derecho de los niños nacidos de TRHA a conocer sus orígenes biológicos" p.1084, 1087, pp. 1089-1090, 1092, 1102.

Guahnon, S., Iovanna, M., Somer, M., (2006) "Reproducción humana asistida una perspectiva biojurídica, p 6-7.

Herrera, M. (2008) "El derecho a la identidad en la adopción", p.175.

Herrera, M., Lamm, E., (2014) "De identidad e identidades". El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga", LL, p. 5,10,12, 13.

Kemelmajer de Carlucci, A., (2004) "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación (a propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/13 en el caso Odièvre v. France" Publicado en: RDFRDF 2003-26-77, Cita online: 0029/000211 pp.5, 11-12, 16-18.

Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M. y Lamm, E. (2010) "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", LL, p.1.

Minyersky, N., Flah, L. (2014) "Reproducción asistida. Derecho a la identidad. Dilemas y contradicciones", Publicado en: RDF 66. 211, Cita online: AP/DOC/1072/2014

Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el alcance del derecho a la identidad (OEA), agosto 2007, número 12, número 17.

Pinto M., (2004) "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, pp. 16 y ss.

Registro Argentino de Fertilización Asistida (RAFA), 2015 y 2016, disponible en: http://www.samer.org.ar/pdf/presentación_rafa_2015_2016.pdf.

Rubaja, N., (2012) "Derecho Internacional Privado de Familia", Ed. Abeledo Perrot, pp. 329-330.

Schiro, M. (2015) "El derecho al conocimiento de los orígenes biológicos y su ejercicio autónomo en las diferentes fuentes de la filiación" Publicado en : RDF 68, 101, Cita on line: AP/DOC/59/2015, p.7-8.

Sherman, I. (2015) "Jurisprudencia norteamericana. ¿Quién es el padre? ¿Quién es la madre? Preguntas simples, respuestas complejas. Cambios en las nociones de maternidad y paternidad en la revolución reproductiva, Publicado en: RDF 58,267, Cita online: AP/DOC/59/2015, p. 7-9.

Taberero, R.; Bertolotto, M.; Lastiri, M., y Orsi, R. (1993) "El derecho a la identidad" Revista de Jurisprudencia Provincial, abril, n.4, p. 323.

Taraborrelli, J., Bianchi, S. "El derecho a la identidad y el derecho a conocer el destino del componente genético frente a la inseminación heteróloga. Aspectos a tener en cuenta para una futura legislación", Publicado e: JAJA 1994-II-876, Cita online: 0003/00220, p. 5.

Turner, A.J and Coyle, A (2000) "What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counseling and therapy" Human Reproduction - "¿Qué significa ser descendiente de un donante? Las experiencias de identidad de los adultos concebidos por inseminación de donante y las implicancias del asesoramiento y terapia "Reproducción Humana asistida, pp. 2041-2051, pp. 2043-2046.

Van Heugten, K. y Hunter, J. (2005) "Assisted Human Reproduction" Government of Canada, A brave new world: Where Biotechnology and Human Rights, Intersect- Reproducción humana asistida "Gobierno de Canadá, Un mundo nuevo y feliz: donde la biotecnología y los derechos humanos se cruzan, p.19.

Legislación:

a) Nacional

Código Civil y Comercial de la Nación

Constitución Nacional

Decreto Reglamentario 956/2013

Ley 26862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción mediamente asistida

Ley 26061 de Protección integral de los derechos de los niñas, niños y adolescentes

Proyecto sobre el acceso a la Información genética de las personas concebidas mediante fecundación asistida – “Proyecto Donda”

<https://www.diputados.gov.ar/comisiones/permanentes/casyspublica/proyectos/proyecto.jsp?exp=0365-D-2014>

Proyecto de Ley integral de Técnicas de Reproducción Humana asistida- “Proyecto Diputada Brawer”

<https://www.hcdn.gov.ar/comisiones/permanentes/clgeneral/proyectos/proyecto.jsp?exp=4058-D-2014>

Proyecto de Ley Nacional de Fertilización Humana asistida- “Proyecto Puiggros”

<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyectoTP.jsp?exp=2568-D-2012>

b) Legislación extranjera

Ley de procreación asistida medicamente y el destino de embriones y gametos supernumerarios- 6/7/2007 (Bélgica)

https://www.absym-bvas.be/images/legislation/PMA/L_2007_07_06_PMA_et_destination_em_bryons_MaJ_2015_08_17.pdf

Ley de fertilización artificial N°55 de 29/5/1996 (Islandia)

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/55.pdf>

Ley en materia de procreación medicamente asistida, Legge 19 febbraio, n 40 (Italia)

<https://www.camera.it/parlam/leggi/04040l.htm>

Ley de protección del embrión, Ley 745/9 del 13/12/90 (Alemania)

[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0A365E8D55169B5B0525830C0057CC31/\\$FILE/ley_Alemana.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0A365E8D55169B5B0525830C0057CC31/$FILE/ley_Alemana.pdf)

Ley de reproducción médica 275/1992 (Austria)

Ley federal sobre procreación medicamente asistida del 18/12/1998 (Suiza)

Ley sobre aplicación de la biotecnología en la medicina humana, ley 100 del 5/12/2003 (Noruega)

Ley sobre fecundación humana y embriología, 2008 (Reino Unido)

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/enacted>

Ley 1237 sobre procreación humana asistida, del 22/12/06 (Finlandia)

Ley de reproducción humana asistida, del 22/11/13 (Uruguay)

<https://mysu.org.uy/que-hacemos/observatorio/normativas/ley-decreto-y-ordenanza/ley-19167-reproduccion-humana-asistida/>

Instrumentos Internacionales

Convención sobre los Derechos del Niño

Convenio Europeo de Derechos Humanos

Convenio sobre Protección de los Derechos Humanos la Dignidad del Ser Humano respecto de las aplicaciones de la Biología y la Medicina, Oviedo, 1997.

<https://www.cndh.org.mx/noticia/convenio-para-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-y-la-dignidad-del-ser-humano-respecto>

Declaración Universal de Derechos Humanos

Pacto de San José de Costa Rica

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Jurisprudencia:

“Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” Fallo de la CIDH de fecha 28/11/12 disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

“B. C. y otra v. UP s/ amparo” C. Fed. Mar del Plata, de fecha 17/12/2009, id Infojus: FA09390001

“C.E.M y otros v EN-M Salud s/ Amparo Ley 16.986” C. Cont. Adm. Fed., Sala V, 29/4/14, LL, 26/06/14,5, disponible en Anexo.

“C.F v J.C.G. “Juzg. Familia N°4 Córdoba, 7/9/2005, autos LNC 2006-2-213.

“C. V” C. Nac. Civ, sala E, 26/3/12, AP/JUR/805/2012.

Gaskin v Reino Unido, 07/07/1989, Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22dmdocnumber%22:%5B%22695368%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-57491%22%5D%7D>

Mikulic v Croacia, 7/2/2002, Tribunal Europeo de Derechos Humanos

http://www.aimjf.org/storage/www.aimjf.org/Jurisprudence_CEDU/CASE_OF_MIKULIC_v_CROATIA.pdf

“Muller, Jorge s/ denuncia” Corte Suprema de Justicia de la Nación., 13/11/1990, 199 1-B-470 (voto en disidencia del Dr. Enrique Petracchi)

<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-muller-jorge-denuncia-fa90000357-1990-11-13/123456789-753-0000-9ots-eupmocsollaf>

“Odievre v. France”, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, 13/2/2004.

http://www.itei.org.mx/v3/micrositios/diplomado/2017/puerto_vallarta/anexos/presentaciones/sesion_5.2.2.pdf

“Pratten, O. v British Columbia” Fallo de la Corte Suprema de Canadá, Reproducción Humana asistida- Supreme Court of Canada, Reassited Human Reproduction, Act, 2010 SCC61, 2010 3S.C.R 457, 22/12/2010.

<https://www.cbc.ca/bc/news/bc-110519-pratten-sperm-donor-ruling.pdf>

ANEXOS

REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA

Ley 26.862

Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

Sancionada: Junio 5 de 2013

Promulgada de Hecho: Junio 25 de 2013

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de

Ley:

ARTICULO 1° — Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

ARTICULO 2° — Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación.

ARTICULO 3° — *Autoridad de aplicación.* Será la autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación.

ARTICULO 4° — *Registro.* Créase, en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida. Quedan incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones.

ARTICULO 5° — *Requisitos.* Los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida sólo pueden realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine la autoridad de aplicación.

ARTICULO 6° — *Funciones.* El Ministerio de Salud de la Nación, sin perjuicio de sus funciones como autoridad de aplicación y para llevar a cabo el objeto de la presente, deberá:

- a) Arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la presente;
- b) Publicar la lista de centros de referencia públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional con miras a facilitar el acceso de la población a las mismas;
- c) Efectuar campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones.
- d) Propiciar la formación y capacitación continua de recursos humanos especializados en los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida.

ARTICULO 7° — Beneficiarios. Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

ARTICULO 8° — Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

ARTICULO 9° — *Presupuesto.* A los fines de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación deberá proveer anualmente la correspondiente asignación presupuestaria.

ARTICULO 10. — Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes.

ARTICULO 11. — La presente ley será reglamentada dentro de los noventa (90) días de su publicación.

ARTICULO 12. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.
DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS CINCO DEL MES DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL TRECE.

Decreto:956/2013

Ley N° 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida. Reglamentación.

Bs. As., 19/7/2013

VISTO el Expediente N° 1-2002-12.895/13-7 del Registro del MINISTERIO DE SALUD y la Ley N° 26.862, y

CONSIDERANDO:

Que la Ley N° 26.862 tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

Que en dicha ley prevalecen, entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango Constitucional (conforme artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna), los derechos de toda persona a la paternidad / maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud.

Que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la Ley N° 26.862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (conforme la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos).

Que la Ley N° 26.862 se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y, promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa.

Que la Ley N° 26.862 establece que pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda introducir requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado. La cobertura prestacional la deben brindar los establecimientos asistenciales de los TRES (3) subsectores de la salud: público, seguridad social (obras sociales) y privado (medicina prepaga).

Que la ley de marras sigue lo prescripto científicamente por la ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en orden a la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida.

Que por lo expuesto, se procede en esta instancia al dictado de las normas reglamentarias necesarias que permitan la puesta en funcionamiento de las previsiones contenidas en la Ley N° 26.862.

Que la DIRECCION GENERAL DE ASUNTOS JURIDICOS del MINISTERIO DE SALUD ha tomado la intervención que le compete.

Que el presente se dicta en uso de las atribuciones emergentes del artículo 99, inciso 2 de la CONSTITUCION NACIONAL.

Por ello,

LA PRESIDENTA DE LA NACION ARGENTINA

DECRETA:

Artículo 1° — Apruébase la reglamentación de la Ley N° 26.862 que como ANEXO I forma parte del presente Decreto.

Art. 2° — Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. — FERNANDEZ DE KIRCHNER. — Juan M. Abal Medina. — Juan L. Manzur.

ANEXO I

REGLAMENTACION DE LA LEY N° 26.862 - ACCESO INTEGRAL A LOS
PROCEDIMIENTOS Y TECNICAS MEDICO-ASISTENCIALES DE
REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA

ARTICULO 1°.- Objeto. Entiéndase que la garantía establecida por la Ley N° 26.862 tiene por objeto el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, como la posibilidad de acceder a dichos procedimientos y técnicas cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho. A esos fines, los Prestadores del Servicio de Salud de los ámbitos público, de la Seguridad Social y privado, deberán proveer sus prestaciones respectivas conforme la Ley N° 26.862, la presente reglamentación y demás normas complementarias que al efecto se dicten.

ARTICULO 2°.- Definiciones. Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante.

Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.

La Autoridad de Aplicación resolverá la inclusión de nuevos procedimientos y técnicas en la cobertura que explicita la Ley N° 26.862, siempre que tales procedimientos y técnicas hayan demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia A, es decir, a través de ensayos clínicos aleatorizados y controlados, y luego de la evaluación técnica realizada por la DIRECCION NACIONAL DE REGULACION SANITARIA Y CALIDAD DE LOS SERVICIOS DE SALUD, conforme las previsiones del PROGRAMA NACIONAL DE GARANTIA DE CALIDAD DE LA ATENCION MEDICA. Los mismos serán incorporados por normas complementarias dictadas por el MINISTERIO DE SALUD.

ARTICULO 3°.- Autoridad de Aplicación. La Autoridad de Aplicación de la Ley N° 26.862 y de la presente Reglamentación es el MINISTERIO DE SALUD y la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD, en lo que resulte materia de su competencia.

La Autoridad de Aplicación podrá coordinar con las autoridades sanitarias provinciales y de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES el desarrollo y aprobación de las normas de habilitación categorizante de los servicios de reproducción humana asistida.

ARTICULO 4°.- Registro. El registro único de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida y los bancos de gametos y/o embriones funcionará en el ámbito del REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (ReFES) en la DIRECCION NACIONAL DE REGULACION SANITARIA Y CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD, dependiente de la SUBSECRETARIA DE POLITICAS, REGULACION Y FISCALIZACION de la SECRETARIA DE POLITICAS, REGULACION E INSTITUTOS del MINISTERIO DE SALUD. Las autoridades sanitarias de las provincias y de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES serán las responsables de registrar los establecimientos que hayan habilitado a tal fin, conforme a las normas de habilitación categorizante que se hubieran aprobado.

ARTICULO 5°.- Requisitos. La Autoridad de Aplicación deberá establecer los requisitos de habilitación de los establecimientos sanitarios destinados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, en el marco de la normativa de habilitación categorizante del PROGRAMA NACIONAL DE GARANTIA DE LA CALIDAD DE LA ASISTENCIA MEDICA.

La habilitación sanitaria del servicio y de los establecimientos será otorgada por la autoridad jurisdiccional competente.

ARTICULO 6°.- Funciones. El MINISTERIO DE SALUD, a los fines de cumplir con lo establecido por el artículo 6° de la Ley Nº 26.862, deberá:

a) Coordinar con las autoridades sanitarias de las provincias y de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES la creación de servicios de reproducción medicamente asistida de distintas complejidades, según necesidades y existencia previa de los mencionados servicios en establecimientos sanitarios públicos de cada jurisdicción o a nivel regional, que cumplan con los requisitos generales de habilitación categorizante del PROGRAMA NACIONAL DE GARANTIA DE LA CALIDAD DE LA ASISTENCIA MEDICA.

b) Mantener en la página Web del MINISTERIO DE SALUD y en el SISTEMA INTEGRADO DE INFORMACION SANITARIA la lista actualizada de establecimientos sanitarios públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional, para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida.

c) Realizar campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones a través del PROGRAMA DE SALUD SEXUAL Y PROCREACION RESPONSABLE, dependiente de la DIRECCION DE MEDICINA COMUNITARIA en la órbita de la SUBSECRETARIA DE SALUD COMUNITARIA de la SECRETARIA DE PROMOCION Y PROGRAMAS SANITARIOS.

d) Promover conjuntamente con el MINISTERIO DE EDUCACION, la actualización del capital humano en la materia, involucrando a las universidades formadoras en ciencias de la salud.

ARTICULO 7°.- Beneficiarios. El consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la

firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, las Leyes N° 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y N° 25.326 de Protección de los Datos Personales.

En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión.

ARTICULO 8°.- Cobertura. Quedan obligados a brindar cobertura en los términos de la presente reglamentación y sus normas complementarias los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud enmarcados en las Leyes N° 23.660 y N° 23.661, las Entidades de Medicina Prepaga (Ley N° 26.682), el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (Ley N° 19.032), la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, el Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas, las Obras Sociales Universitarias (Ley N° 24.741), y todos aquellos agentes que brinden servicios médico asistenciales independientemente de la forma jurídica que posean.

El sistema de Salud Público cubrirá a todo argentino y a todo habitante que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente, y que no posea otra cobertura de salud.

En los términos que marca la Ley N° 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de

reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos.

Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo TRES (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad.

Quedan incluidos en el PROGRAMA MEDICO OBLIGATORIO (PMO), los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8° de la Ley N° 26.862.

No se considerará como situación de preexistencia, en los términos del artículo 10 de la Ley N° 26.682, la condición de infertilidad o la imposibilidad de concebir un embarazo.

En caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (ReFES) de la DIRECCION NACIONAL DE REGULACION SANITARIA Y CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD, dependiente del MINISTERIO DE SALUD.

Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión

en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante.

La donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.

La autoridad de aplicación podrá elaborar una norma de diagnóstico e indicaciones terapéuticas de medicamentos, procedimientos y técnicas de reproducción asistida para la cobertura por el Programa Médico Obligatorio, sin que ello implique demora en la aplicación inmediata de las garantías que establece la Ley N° 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. La ausencia del dictado de tal norma no implicará dilación alguna en la aplicación inmediata de las mencionadas garantías.

ARTICULO 9°.- Presupuesto. Conforme lo establecido por el artículo 6° de la Ley N° 26.862, el MINISTERIO DE SALUD asignará anualmente las partidas presupuestarias correspondientes, para la atención de la población en los términos del artículo 8° de la presente reglamentación.

ARTICULO 10.- Las respectivas autoridades sanitarias de las jurisdicciones provinciales y de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES, deberán adoptar los recaudos tendientes a la efectiva implementación de la Ley en el ámbito de sus competencias, incluyendo las previsiones presupuestarias correspondientes.

Poder Judicial de la Nación CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA V 40549/2011 C., E. M. Y OTROS c/ EN-MŞ SALUD s/AMPARO LEY 16.986 Buenos Aires, de abril de 2014.-

VISTOS Y CONSIDERANDO: Los Sres. Jueces de Cámara, Dres. Guillermo F. Treacy y Jorge F. Alemany, dicen: I.- Que la Sra. E. M. C. y el Sr. M. B. Z., por derecho propio y en representación de sus dos hijas menores de edad, promovieron la presente acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional con el objeto de que, a través del Ministerio de Salud o el organismo que se considerara competente, se disponga la creación de un registro con toda la información que poseen los centros de fertilidad y bancos de gametas legalmente habilitados en el país sobre la identidad de los donantes de gametas, con la finalidad de que sus hijas y todas las personas nacidas en virtud de las técnicas de fertilización asistida con material heterólogo puedan, al cumplir la mayoría de edad, ejercer su derecho a conocer su identidad biológica, accediendo a esa información con la correspondiente autorización judicial. Precisaron que tienen dos hijas concebidas a partir de técnicas de fertilización asistida con óvulos donados por terceros e indicaron que conocen la identidad de la donante de los óvulos con los que fue concebida la mayor de sus hijas, dado que se trataba de una amiga de la familia, pero que la menor de sus hijas fue concebida con óvulos donados y por medio procedimiento practicado en el Centro Especializado en Reproducción (CER), por lo que desconocen la identidad de la donante. Afirmaron que en virtud de que en nuestro país no se encuentra reglamentada la donación de material genético, los centros de fertilidad y los bancos de gametas no tienen la obligación de conservar la información relativa a los donantes de las gametas, motivo por el cual existe el riesgo cierto de que la referida información se pierda de manera definitiva. Manifestaron que se encontraban en juego los derechos a la salud, a la procreación, a la protección de la familia y a la identidad y solicitaron el

dictado de una medida cautelar, que fue rechazada por la juez de primera instancia a fs. 26/27.

II.- Que a fs. 73/74 vta. la juez de primera instancia rechazó la acción de amparo, con fundamento en que "... en la acción que da lugar al presente amparo no existe siquiera un texto legal cuyo apego a la constitución nacional pueda ponerse en duda. En razón de ello la acción intentada carece de la madurez necesaria para configurar un caso o controversia judicial y se asemeja a una opinión consultiva o una declaración genérica". Se agregó que el proyecto de la hoy sancionada Ley N° 26.862 de reproducción médicamente asistida "... deja la puerta abierta a fin de hacer viable el reclamo de autos por ante los organismos competentes". Impuso las costas en el orden causado.

III.- Que, contra ese pronunciamiento, la parte actora apeló y fundó su recurso a fs. 79/93. En cuanto aquí interesa, los demandantes argumentan que el derecho de las personas nacidas en virtud de técnicas de fertilización asistida con material heterólogo a conocer su verdadera identidad debe prevalecer frente al derecho al anonimato del donante de gametas. Manifiestan que en la Ley N° 16.986 no se establece como requisito para la procedencia de la acción de amparo la existencia de una ley que lesione los derechos constitucionales, como lo consideró la juez a quo. Por otro lado, sostienen que el proyecto que dio lugar a la Ley N° 26.862, de reproducción médicamente asistida, no regula lo relativo al registro de la información acerca de la identidad de los donantes de gametas. En tal sentido, expresa que el 19 de noviembre de 2012 la Diputada Victoria Donda presentó un proyecto de ley por medio del que se garantiza a las personas nacidas como consecuencia de técnicas de reproducción humana asistida con donación de gametas el acceso a la información respecto de la identidad de los donantes (expte. 8182-D-2012, trámite parlamentario 169), pero que no existe certeza del que ese proyecto pueda llegar a convertirse en ley. Afirman que el derecho a la identidad de sus

hijas no se encuentra condicionado a la aprobación de una ley, puesto que está consagrado en la Constitución Nacional y tutelado por el artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño. Finalmente, sostienen que la sentencia apelada resulta discriminatoria, dado que no reconoce a sus hijas el derecho a conocer su identidad biológica, que si está reconocido en la Ley N° 24.779 para los niños adoptados.

IV.- Que, por su parte, a fs. 101/106 la Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales de la Capital Federal apeló el pronunciamiento de fs. 73/74 vta. por el que se rechazó la acción de amparo. Sostiene que no resulta razonable supeditar el derecho de toda persona concebida en virtud de técnicas de fertilización asistida con material heterólogo a conocer su realidad biológica, al hecho de tener que realizar arduas investigaciones y averiguaciones en los centros de fertilidad y bancos de gametas, al alcanzar la mayoría de edad; máxime si se considera que la Ley N° 24.779 de adopción incorporó al Código Civil el artículo 328, que resguarda el derecho de la persona adoptada a conocer su realidad biológica luego de cumplidos los 18 años. En ese orden de ideas, expresa que si bien la referida ley de adopción no dispuso la creación de un registro como el que se pretende en el caso de autos, el espíritu de esa norma se endereza a la tutela del derecho a la identidad de las personas adoptadas. Al respecto, afirma que la pretensión de autos armoniza con la “lógica” y el “sustento científico” que se siguió con el dictado de la Ley N° 23.511, que creó el Banco Nacional de Datos Genéticos en el que se almacena información genética a los fines de facilitar la recuperación de la identidad de niños apropiados durante la última dictadura militar. Dice que a las personas nacidas por aplicación de un tratamiento reproductivo con gametos heterólogos les asiste el derecho a la identidad consagrado en el artículo 8º de la Convención sobre Derechos del Niño y el artículo 11 de la Ley N° 26.061, por lo que el Estado Nacional no puede

desconocerlo con sustento en disposiciones del derecho interno, por aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En ese sentido, considera que la autoridad pública no puede dejar librado al arbitrio de los centros de fertilidad y bancos de espermatozoides el destino de la información vinculada a la identidad biológica de una gran cantidad de niños. Considera que existe una amenaza inminente a los derechos de los niños debido a que los bancos de gametas y centros de fertilidad podrían perder la información de los donantes, ante la falta de obligación de conservarla. Agrega que en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por el Decreto N° 191/11 se regulan los derechos de las personas nacidas a través de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero, y se prevé la posibilidad de que esas personas accedan a la identidad del respectivo donante bajo ciertas condiciones; es decir, razones debidamente fundadas y evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local (artículo 564). En síntesis, afirma que la información sobre los donantes debe ser protegida hasta tanto se legisle al respecto.

V.- Que llegadas las actuaciones a esta instancia, se confirió traslado de los fundamentos de los recursos a la parte demandada, quien los contestó a fs. 119/120; asimismo, se dio intervención al Sr. Fiscal General, que dictaminó a fs. 122 y vta.

VI.- Que, en primer término, cabe señalar que el Poder Judicial de la Nación solo interviene en el conocimiento y decisión de "causas" (artículo 116 de la Constitución Nacional), y que la legitimación procesal constituye un presupuesto necesario para que exista causa o controversia (Fallos: 326:2998 y 3007, entre otros). Al respecto, es dable recordar que, tras la reforma de 1994, la Constitución Nacional ha ampliado el universo de los sujetos legitimados para deducir la acción de amparo, tradicionalmente limitada a los

particulares que fueran titulares de un derecho subjetivo individual. Si bien en determinados casos los derechos de contenido extra-patrimonial, relativos a la integridad, la salud, o la vida de las personas, han sido caracterizados “de incidencia colectiva” (Fallos: 329:4593 y sus citas), en el presente caso no se advierte la existencia de razones suficientes para reconocer a los demandantes la representación universal de todos los menores que se hallan en situaciones análogas, es decir, interesados en preservar y eventualmente obtener la información relativa a los donantes de los gametos con que han sido concebidos. Ello es así porque lo resuelto en Fallos 332:111 con respecto a la legitimación del demandante y a los alcances “expansivos” de la cosa juzgada derivada de la sentencia respectiva debe ser considerado como una solución de excepción cuya ponderación deber ser formulada caso por caso, ya que la interpretación contraria conduciría a concluir que cualquier persona que invocara la afectación de un derecho humano fundamental ocasionada por una omisión estatal quedaría mecánicamente legitimada para promover una verdadera acción colectiva, en nombre y representación de todos aquellos afectados de manera análoga, sin que en nuestro régimen procesal exista una reglamentación general de las acciones de clase.

VII.- Que, en el sub examine, y tal como ya se ha expresado, los amparistas, por derecho propio y en representación de sus dos hijas menores de edad, persiguen que el Poder Ejecutivo Nacional cree un registro con toda la información que poseen los centros de fertilidad y bancos de gametas del país legalmente habilitados respecto de los donantes de las gametas, a efectos de preservar esa información para que sus hijas y todas las personas nacidas en virtud de técnicas de fertilización asistida con material heterólogo, puedan ejercer su derecho a la identidad al cumplir la mayoría de edad, accediendo a esa información con la correspondiente autorización judicial. Sin embargo, y por las razones expresadas en el considerando precedente, cabe señalar que

los demandantes deben considerarse como legitimados solamente en la medida en que representan el interés de su hija menor, concebida por medio del referido procedimiento de fertilización asistida, respecto de quien se desconoce la identidad de la donante de óvulos. En tal sentido, han manifestado que ya conocen la identidad de la donante de los óvulos con los cuales se realizó el tratamiento de fertilidad, a partir del cual fue concebida la mayor de sus hijas (v. fs. 2 vta.).

VIII. Que en el artículo 8º de la Convención sobre los Derechos de Niño, que constituye uno de los tratados internacionales a los que se refiere el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, se establece, en cuanto al caso interesa, que “[l]os Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre, y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas”. Ese texto ha sido interpretado, de manera concordante con el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido que el derecho de niño a la identidad se refiere tanto a la identidad en el sentido legal como a la verdadera o genuina, es decir, a conocer su identidad biológica (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Contreras vs. El Salvador”, sentencia del 31 de agosto de 2011, apartados 112 y 113 -ver corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232%20_esp1.doc-; en el apartado 214 de la demanda interpuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ese litigio se pone de manifiesto que el texto definitivo del artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño tuvo origen en la propuesta alternativa presentada por la delegación argentina, acerca de la necesidad de incorporar el derecho a la identidad, tal como se expone en la nota al pie de página N° 157 del apartado 214 de ese documento -ver www.cidh.org/demandas/12.517_ElSalvador_ESP.pdf-; en el mismo sentido se pronunció la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso “Godelli vs.

Italia”, del 25 de septiembre de 2012, en cuanto al alcance del derecho a conocer la identidad en sentido biológico).

IX.- Que en el caso corresponde distinguir dos aspectos de la pretensión formulada por los demandantes: el primer aspecto se refiere al derecho a la conservación de la información obtenida por el centro médico que intervino en el procedimiento de fertilización asistida acerca de la identidad de la donante de los óvulos, y el segundo aspecto se refiere al derecho de una de las hijas de los coactores a tener acceso a esa información, y a las condiciones y modalidades bajo las cuales eventualmente podrá hacerlo en el futuro. Con respecto al primer aspecto, tal como se ha señalado, en el artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce el derecho a la identidad, inclusive biológica, de conformidad con lo que se disponga al respecto en la legislación de cada Estado. Por tal razón, y a fines de garantizar la posibilidad de ejercicio efectivo del derecho reconocido en ese precepto, en las condiciones que establezca la legislación respectiva, corresponde hacer lugar de manera parcial a la demanda de amparo y, en consecuencia, ordenar al Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios necesarios, mediante el dictado de actos administrativos de alcance particular o general, para asegurar que el centro médico y/o el banco de gametas involucrado en el caso preserve la información relativa a la identidad del donante, y la mantenga de forma reservada y sin dar acceso a ella. Todo ello, en ejercicio de las atribuciones que las leyes les confieren para habilitar y reglamentar el funcionamiento de esa clase de instituciones; es decir, ya sea por una orden singular o bien mediante la toma de razón en una nómina general o la medida que estime más adecuada al respecto. Es que la omisión estatal de obrar en tal sentido no condice con la obligación estatal de garantizar y respetar los derechos reconocidos en el artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 11 de la Ley Nº 26.061, por lo que, en

las condiciones ya expuestas en los considerandos precedentes, cabe concluir que en la especie se dan los supuestos previstos en el artículo 1º de la Ley N 16.986 para admitir la acción de amparo. Sin embargo, con relación al segundo aspecto cabe advertir que lo relacionado con el modo de preservar y mantener esa información, es decir, lo relativo a la creación de un registro formal de carácter general y lo relativo a la determinación de las condiciones y modalidades en las que concretamente la menor interesada podrá tener acceso a ella constituye un asunto que es de resorte primario del legislador; y depende de la política legislativa que concretamente el Congreso Nacional adopte sobre la materia. Al respecto, cabe recordar que no es posible sustituir al poder legislador en las funciones que le son propias y ejerce de acuerdo con las mayorías exigidas por la Constitución Nacional; ni corresponde a los jueces reemplazar la voluntad de los legisladores en lo relativo al acierto y conveniencia de la política legislativa sancionada en ejercicio de sus competencias constitucionales (cf. Fallos: 277:25; 300:700; 335:1315). Todo ello, sin perjuicio de que, ante una eventual alegación de inconstitucionalidad por parte de las personas debidamente legitimadas a tal efecto, corresponda examinar de manera concreta la compatibilidad y la coherencia de la regulación legislativa ya sancionada con los preceptos de rango superior inherentes a la materia en debate.

X.- Que, en el orden de ideas ya expuesto cabe destacar que en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación aprobado recientemente por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación se establece: “Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento” (artículo 563).

Por otro lado, se dispone: “Contenido de la información. A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local” (artículo 564). Además, se prevé: “Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. (...) Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena” (artículo 575). En los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación del designada por el Decreto N° 191/11 relativo a la cuestión en estudio, cuyo texto no fue modificado sustancialmente en el proyecto aprobado por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación en lo que respecta al tema bajo análisis, se estableció que “La reforma regula otra cuestión que se deriva del uso de gametos de terceros como es el derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos a través de estas técnicas; doctrina y jurisprudencia derivan el derecho a conocer los orígenes de la noción de identidad, como un derecho humano, de considerable peso en la historia argentina. Si bien el Anteproyecto establece la regla del anonimato, prevé supuestos de apertura o flexibilización de dicho carácter. En efecto, se reconoce el derecho de las personas nacidas de este modo a obtener información médica sobre los donantes en caso de riesgo para la salud, sin necesidad de intervención judicial. La identidad del donante, en

cambio, puede ser develada cuando se invocan otras razones debidamente fundadas, que deben ser evaluadas por la autoridad judicial (no ya administrativa) en atención a los intereses en juego. De este modo, la reforma adopta una postura intermedia, frente a un panorama dispar en el derecho comparado. Se sigue de cerca la legislación española (Ley nº 14/2006) pero se abre la posibilidad de abandonar el anonimato frente a razones fundadas que deben ser valoradas judicialmente”.

XI.- Que, en ese mismo orden de ideas, corresponde poner de relieve que en la legislación comparada existen diferentes posturas en relación con la materia objeto de este amparo. Así, en las regulaciones de Reino Unido, Holanda, Australia, Nueva Zelanda, Finlandia, Noruega y Suecia se privilegia el derecho del niño a conocer su origen. Por su parte, en Bulgaria, Bélgica e Islandia se permite que la elección sea llevada adelante por los donantes o receptores. Portugal y Brasil siguen una posición intermedia, en virtud de la cual se permite conocer la identidad del donante en determinadas circunstancias. En cambio, en las legislaciones de Francia, Dinamarca y Rusia se mantiene el anonimato del donante (cf. De la Torre, Natalia y otros, “Técnicas de reproducción humana asistida”, en Herrera, Marisa (directora), Teoría y práctica del derecho de familia hoy, Buenos Aires, Eudeba, 2012, págs. 492/493). Por tanto, y tal como se ha expresado, lo relacionado con la creación de un registro general, y la determinación de las condiciones y modalidades de acceso quedan librados a las decisiones de política legislativa que oportunamente se adopten al respecto (cf. Lloveras, Nora - Orlandi, Olga – Faraoni, Fabián Eduardo, “El derecho a la identidad y el emplazamiento filiatario en las prácticas de procreación asistida”, en Lloveras, Nora - Herrera Marisa (directoras), El derecho de familia en Latinoamérica, Buenos Aires, Nuevo Enfoque Jurídico, 2010, págs. 667/695; Duran Rivacoba, Ramón, Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre la

reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma, Revista *Ius et Praxis*, Año 16, Nº 1, 2010, págs. 3/54; Corral Talciani, Hernán, Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos, Revista *Ius et Praxis*, Año 16, Nº 2, 2010, págs. 57/88).

XII.- Que en cuanto a las costas, corresponde imponer las de ambas instancias en el orden causado, en virtud del carácter novedoso y complejo de las cuestiones controvertidas en la causa (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Por todo lo expuesto, corresponde: Admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto; dejar sin efecto la sentencia apelada; hacer lugar, también en parte, a la demanda de amparo; y ordenar al Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal correspondiente a esta materia. Con costas por su orden en ambas instancias. ASÍ VOTAMOS.

El Sr. Juez de Cámara, Dr. Pablo Gallegos Fedriani, dice: I.- Que en cuanto al relato de los hechos me remito a lo expuesto en los considerandos I a V del voto que antecede.

II.- Que, en primer lugar, cabe poner de resalto que la pretensión de los coactores se limita a que se ordene la creación de un registro estatal con la información que posean los centros de fertilidad y bancos de esperma

legalmente habilitados respecto de los donantes de óvulos y esperma, a efectos de que tales datos sean conservados para que sus hijas y todas las personas nacidas en virtud de tratamientos reproductivos con gametos de terceros tengan la posibilidad de acceder a esa información con la correspondiente autorización judicial al cumplir la mayoría de edad.

III.- Que, sentado ello, corresponde reconocer la legitimación colectiva de los amparistas, puesto que persiguen la protección de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos en los términos establecidos por la Corte Suprema en el precedente “Halabi” (Fallos: 332:111). Ello es así, dado que, por un lado, existe un hecho único que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos homogéneos, que está constituido por la ausencia de reglamentación específica que establezca la obligatoriedad de la conservación de la información relativa a los donantes de gametas. Por su parte, la pretensión procesal está enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho, dado que los actores pretenden que se resguarde toda la información de los donantes de gametas que posean los centros de fertilidad y bancos de esperma. Además, el ejercicio de la acción individual no aparece plenamente justificado, ya que no tiene sentido exigir a cada una de las personas afectadas que promueva una demanda peticionando el resguardo de los datos de los donantes de las gametas utilizadas en el procedimiento de fertilización asistida a partir del cual fue concebida. Finalmente, se observa que existe un fuerte interés estatal en la protección de los derechos involucrados, toda vez que la cuestión a resolver se vincula directamente con los derechos fundamentales de los niños nacidos a través de técnicas de fertilización con gametos de terceros, como son los derechos a la identidad y a la salud, que se encuentran consagrados en los artículos 8º, inciso 1º, y 24 de la Convención sobre Derechos del Niño y los artículos 11 y 14 de la Ley de

Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061.

IV.- Que, tal como lo alegan los recurrentes, en nuestro sistema jurídico no existe una regulación específica respecto de la preservación y conservación de la información vinculada a los donantes de gametas ni se encuentra reglamentada la donación de material genético. En tal sentido, cabe señalar que el proyecto de ley presentado por la Diputada Victoria Donda y tramitado en el expediente N° 8182-D-2012 -trámite parlamentario 169 (19/11/2012)-, en el que, en lo que aquí interesa, se disponía la implementación de un registro con la información de las personas que brindaron el material genético, perdió estado parlamentario por no haber sido tratado oportunamente. Por otro lado, se advierte que si bien en el artículo 564 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación se dispone el acceso de personas nacidas a través de técnicas de reproducción humana asistida a la información vinculada a los donantes de gametas en ciertos supuestos, en ese cuerpo normativo no se prevé expresamente ni la modalidad ni la obligatoriedad de la conservación de esos datos; y, además, para que el acceso a esa información no resulte de imposible cumplimiento, es indispensable que hasta tanto se sancione el referido código los datos en cuestión estén correctamente resguardados.

V.- Que, como consecuencia de lo expuesto, se advierte que la ausencia de regulación específica que determine la obligatoriedad de la conservación de la información relativa a los donantes de gametas implica un riesgo inminente de que se pierdan los datos en trato y, en consecuencia, las personas nacidas en virtud de técnicas de fertilización con gametos de terceros sufran una irremediable afectación de sus derechos fundamentales. En tales condiciones, corresponde hacer lugar a los recursos de apelación interpuestos por la parte

actora y por la Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales de la Capital Federal y, en consecuencia, ordenar al Poder Ejecutivo Nacional que cree un registro con la información que posean los centros de fertilidad y bancos de espermatozoides del país legalmente habilitados respecto de los donantes de óvulos y espermatozoides. Con costas a la parte vencida (artículo 14 de la Ley N° 16.986). ASÍ VOTO.

Por ello, por mayoría, SE RESUELVE: Admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto; dejar sin efecto la sentencia apelada; hacer lugar, también en parte, a la demanda de amparo; y ordenar al Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal correspondiente a esta materia. Con costas por su orden en ambas instancias. Regístrese, notifíquese a las partes por Secretaría y a los Sres. Fiscal General y Defensora Pública Oficial en sus públicos despachos, y devuélvase.

Ab. Adriana Vanesa Montivero

DNI 26794078