



# *Fecundación Asistida*

## *E*

# *Identidad Personal*

*Trabajo Final de Graduación*

*Abogacía.*

*Alvarado, Ivon melina.-*

*2017.-*

*Tutora: Kowalenko, Andrea Silvana.-*

*El Niño, en virtud de su especial vulnerabilidad  
requiere una consideración especial.*

Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño.-

*A mi Familia, por su apoyo incondicional, a mi esposo Santiago,  
Que siempre estuvo a mi lado y nunca soltó mi mano, a mis hijos  
Nico y Facu que me acompañaron en este largo camino. GRACIAS!*

## **RESUMEN**

En el presente trabajo desarrollaremos un análisis pormenorizado de las diferentes técnicas de fecundación asistida heteróloga, su evolución a lo largo del tiempo y su impacto en la sociedad actual.

El rol que juegan estas técnicas frente a derechos personalísimos, como lo es el Derecho a la Identidad, la vida, la salud, la dignidad de los niños que nacen por el uso de las mismas.

Los nuevos modelos de familias que surgen y adquieren protección legal con la sanción del matrimonio igualitario, las familias ensambladas, y las monoparentales, todas ellas pueden llevar adelante la idea de formar una familia y tener descendencia con la utilización de estas técnicas.

Como se recepta en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación el Instituto de la Fecundación Asistida, el nuevo Régimen Paterno Filial y la Voluntad Procreacional, como determinante de la filiación del niño por nacer.

**ABSTRACT**

In the present work, we will analyze a detailed analysis of the different techniques of heterologous assisted fertilization, their evolution over time and their impact on current society.

The role these techniques play in the face of very personal rights, such as the right to identity, life, health, and human dignity of the children born for the use of them

The new models of families that arise and acquire legal protection with the sanction of egalitarian marriage, assembled families, and single parents, all of them can carry forward the idea of forming a family and having offspring with the use of these techniques.

As it is accepted in the reform of the Civil and Commercial Code of the Nation, the Institute of Assisted Fertilization, the new Parent Parental Regime and the Procreational Will, as a determinant of the child's birth.

# *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

## **INDICE**

### **A- Introducción**

### **B- Capítulo I: Contexto Histórico..... 12**

### **C- Capítulo II: Derecho a la Identidad .....19**

2.1 – Derechos Personalísimos.- Concepto..... 19

2.2- Recepción Legal..... 21

2.2.1- Declaración Universal de Derechos Humanos..... 21

2.2.2- Convencion Americana de los Derechos del Niño..... 22

2.2.3- Ley 26.061 Protección Integral de los Derechos de los Niños Niñas y  
Adolescentes..... 24

2.2.4- Código Civil y Comercial de la Nación..... 26

### **D- Capítulo III: Tratamiento de Reproducción Humana Asistida..... 28**

3.1- Tratamiento de Reproducción Humana Asistida.- Concepto..... 28

3.2- La Reproducción Asistida como Derecho a la Salud ..... 29

3.3- Ley 26.862 y Decreto 956/13..... 32

3.4- Tipos de Tratamientos..... 34

3.4.1- Fecundación Asistida In Vitro ..... 34

# *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

3.4.2- Inseminación Intrauterina o Artificial.....	36
3.4.3- Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides en óvulo.....	36
3.4.4- Criopreservación de Embriones.....	37
3.4.5- Donación de material genético: abordaje legal.....	38
<b>D- Capítulo IV: Vinculo Filial y Derecho a la Identidad.....</b>	<b>40</b>
4.1- Filiación. Antecedentes.....	40
4.1.1- Derecho Comparado.....	41
4.2- Filiación.....	42
4.3- Voluntad Procreacional determinante del vinculo filiatorio.....	43
4.4- Existe un Derecho a conocer el origen biológico.....	46
• <b>Conclusiones generales.</b>	
• <b>Bibliografía.</b>	

## **1- INTRODUCCIÓN**

En los tiempos contemporáneos en lo que vivimos, nos encontramos con diferentes formas de relacionarnos como sociedad, frente a los cuales era necesario reconocerlos y brindarles a los justiciables herramientas legales que contemplaran y protegieran sus derechos. Las familias han evolucionado, nos encontramos con núcleos familiares conformados de formas diferentes, familias ensambladas, personas de un mismo sexo que se unen para formar nuevas familias, y núcleos familiares monoparentales. El Art. 19 de la Constitución Nacional reconoce y promueve el respeto por la libertad y la intimidad, en este caso de formar la familia que se quiera y el Nuevo Código Civil y Comercial viene a llenar ese vacío legal admitiendo y regulando nuevas instituciones que permiten ese cometido, buscando legislar un derecho de familia plural, inclusivo, solidario y responsable. Dentro de todo este universo de tipologías de familias, nos encontramos con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA).

El Código Civil y Comercial, mantiene los principios máximos de la filiación, recogiendo el instituto de TRHA, como una tercera fuente. Pero que sucede si se utiliza material genético de un tercero, como interfiere sobre la identidad de la persona.

Los TRHA, involucran situaciones que repercuten jurídicamente en formas diferentes, ya sea sobre los datos filiatorios en un primer momento y en forma directa sobre su identidad, si tenemos en cuenta que la persona puede llevar adelante un TRHA, con material genético que no pertenece a la pareja interesada, un tercero donante – anónimo o no- ya sea por que presentan un impedimento biológico o por que se trate de parejas de un mismo sexo o solo de una persona (monoparental). La persona, se encuentra con una doble filiación, una biológica o natural, que se desprende directamente de sus vínculos de sangre y otra llamada voluntaria, producto de las personas que llevaron

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

adelante el proceso de embarazo y lo inscriben ante la ley como hijo propio. Es en este punto donde la situación presenta su universo más complejo y en donde centraremos nuestro estudio. Existe la llamada voluntad procreacional, que es tomada por nuestro derecho como determinante para establecer los vínculos filiales de la persona. Pasando por alto la voluntad del menor.

El Derecho a la Identidad es acogido en sus primeras regulaciones legales en la Convención Americana de Derechos Humanos y posteriormente en la Convención de los Derechos del Niño, describiéndolo como uno de los más amplios, que comprende todos los aspectos que hacen a la formación de la persona, que van desde conocer la propia historia, el nombre, la nacionalidad, la protección de la familia y el vínculo.

Los TRHA son legalizados desde hace más de dos décadas en diferentes países del mundo, y han ido evolucionando a lo largo del tiempo conforme las demandas sociales.

Nuestro derecho de fondo es estricto en cuanto a la persona solo se le reconoce dos datos filiatorios, negando o dejando de lado aquellos núcleos familiares en donde encontramos vínculos pluriparentales, como sería el caso de una pareja homosexual que concibe un hijo con material genético de un tercero y este último mantiene relación o vínculo con quien legalmente sería hijo de los primeros. Tampoco ampara dejando un vacío legal en cuanto la persona quiera conocer sus orígenes biológicos, solo reconociendo en este último caso una posibilidad en cuanto se trate de salud o por razones fundadas a pedido del niño, bajo la consideración y decisión de un juez –Art 564 CCyC.

En este trabajo se abordará las diferentes formas de protección y las vías para poder acceder a conocer el origen biológico de las personas que han sido concebidas a través de un método de reproducción humana asistida en cuanto al impacto que el mismo tiene sobre la identidad de los individuos, y por ende al derecho filiatorio, en sus diferentes órbitas, en cuanto es determinante en otros derechos, como sería los derechos alimentarios, a la nacionalidad, a mantener un vínculo con los padres. Tanto en el derecho

# *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

comparado, como así también en las Convenciones y Tratados reconocidos en la Constitución Nacional, como en nuestro derecho de fondo.

## *1.1- Problema de Investigación y Justificación*

La identidad de la persona como derecho personalísimo adquirido desde el momento mismo de la concepción, ¿Se encuentra vulnerado en cuanto al niño nacido mediante TRHA Heterólogas, no se le permite acceder libremente a los datos que identifican la persona del donante, lo que sería desconocer el origen de la persona?

El avance científico que impacta de lleno en los modos sociales, la vorágine por cumplir todos nuestros deseos, nos coloca a veces en situaciones de las cuales desconocemos su alcance y repercusiones. La ciencia ha evolucionado tan rápidamente que no permite al legislador seguirle los pasos, el derecho de a poco va absorbiendo esos cambios sociales y trata de cubrirlos con su manto evitando situaciones complejas a la posteridad. El avance en las técnicas de reproducción que dan vida y felicidad diariamente a diferentes familias, hoy es tema de debate en varios países del mundo, sobre todo cuando la misma es puesta en práctica con material genético de un tercero (heterologa), por cuanto nuestro derecho no nos permite conocer quién es esa persona, tener vínculo y relacionarnos, con ella y su entorno, vulnerando al derecho a la identidad, al origen que nos permite ser quiénes somos y que seamos lo que queremos ser. Es tan importante su cuidado y protección que está amparado por el Derecho Internacional. Negarle a la persona conocer sus orígenes, implica negarle su historia.

La identidad define a la persona, por eso trataremos en este trabajo de encontrar un equilibrio entre el deseo de procrear, la necesidad de la persona de conocer sus orígenes y la necesidad del donante de proteger su identidad. Si tomamos en cuenta que para la ley tan relevante, en cuanto la identidad de la persona es un derecho personalísimo, por lo tanto intransferible, inembargable, innatos, es preciso determinar si

# *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

estos principios no se ven alterados por medio de la voluntad procreacional, contrato que determina quienes serán legalmente los padres del menor, modificando en cierta forma la historia de la persona.

## *1.2- Objetivo General*

Partiendo del análisis pormenorizado de la legislación de fondo nacional e internacional, determinar si se produce una alteración, un menoscabo en el derecho a la identidad de la persona, por ser concebida mediante la utilización de Técnicas de Reproducción Asistida heteróloga.

## *1.3- Hipótesis*

Con la Reforma llevada a cabo en el Nuevo Código Civil y la incorporación de nueva forma de filiación, la que deviene de los hijos nacidos por medio de TRHA, se agrega así a la ley una nueva fuente generadora de vínculos filiatorios, y establece a su vez que la persona solo puede tener dos vínculos filiatorios, que todos gozan de los mismos derechos, sin embargo los niños nacidos por fecundación asistida heterologa, solo pueden acceder a información del donante cuando esta ha sido anónima, sorteando un sinfín de obstáculos y únicamente con autorización judicial, lo que difiere por ejemplo en el caso de la adopción en donde el vinculo con la familia de origen es abierto y está protegido por la ley. Hay una vulneración de derechos del niño que contradice la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país, que establece entre sus principios, la protección del menor, pone de resalto el interés en la protección de los vínculos familiares, el origen, nacionalidad entre otros, y lo importantes que son para el mejor desarrollo de la persona.

## **CAPITULO I**

### *Contexto Histórico*

#### *Introducción.*

En este capítulo abordaremos el recorrido a lo largo del tiempo de las Técnicas de Fecundación Asistida, como fue recogida legalmente en los diferentes países y fueron modificándose hasta llegar a nuestros tiempos. Las nuevas concepciones de los núcleos familiares y el rol que cumplen estas técnicas en la idea de moderna de la familia actual.

El 26 de julio de 1978 se produjo un gran acontecimiento en Gran Bretaña al nacer el primer bebé de probeta (la niña Louise Brown),<sup>1</sup> revolución biológica realizada por los doctores Patrick Steptoe (ginecólogo) y Robert Eduardo (fisiólogo). Se hizo a través de una fecundación in vitro de óvulos de su madre (Leslie Brown) y espermatozoides de su padre (John Brown), seguido de la transferencia embrionaria. (Fornos, E. 2007). Es el primer antecedente registrado sobre un Tratamiento de Fecundación Asistida, practicada en Humanos. Fue el comienzo de una nueva era en reproducción antes impensada para el hombre.

Adentrándonos en el tiempo, hablamos de familia, como núcleo de contención y evolución del hombre, la conocemos desde el comienzo de la humanidad, desde antes del surgimiento del estado propiamente dicho, la familia es concebida para el desarrollo de la

---

<sup>1</sup> La procreación no natural, sino artificial no es un fenómeno desconocido y nuevo, pues en Grecia y Roma se ensayó y en los siglos XVI y XVII se realizan los primeros experimentos técnicos y se logra, entre ellos, la fecundación artificial del gusano de seda y en los perros, pero no imaginaron que podía aplicarse a la especie humana.

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

persona, procreación, educación, conservación y contención. [...] aquella comunidad que, iniciada o basada en la unión permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad, directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y desarrollo económico del grupo, y se hayan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente. (Corral, H. 1994)

Al hablar de familia, no podemos hacerlo en forma individual, si tenemos en cuenta que es la base de toda sociedad, no podemos enfrentar los derechos del niño con el de la mujer o con otros derechos personalísimos, debemos siempre tener en cuenta a la sociedad toda en su conjunto para no enfrentarnos o crear conflicto de intereses, debemos pensar en la evolución conjunta sin ser egoístas a la hora de tomar decisiones o legislar sobre determinados institutos, no siempre los intereses o los deseos de las personas van de la mano con los intereses supremos de la sociedad y ponen en jaqué otros principios primordiales que componen las bases bajo las cuales nos movemos. Estamos modificando esas bases, la familia desde tiempos inmemoriales se construyó sobre los lazos biológicos, que nos hacían pertenecer a tal o cual familia y nos daban las herramientas incluso para pelear cuando eran pretendidamente desconocidos; en nuestros tiempos, en estos tiempos modernos que transitamos, me atrevería a decir, casi de la mano de la creación de una ficción ya no hablamos solamente de lazos biológicos para determinar la pertenencia de una persona a un grupo familiar, el lazo consanguíneo, comienza a ser sustituido por lo que en la actualidad llamamos “voluntad procreacional”, capaz de modificar toda la vida de la persona. Hablamos de hijos que cuentan con dos madres legalmente reconocidas y un padre incierto, o con una sola madre o padre y otro progenitor que se desconoce, que en algunos casos no es posible acceder a su identificación, porque no contamos con las herramientas legales que nos permitan tomar conocimiento de los datos del aportante del material genético. En este vasto universo de posibilidades nos encontramos en la actualidad, donde es importante detectar si realmente se produce un enfrentamiento de

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

derechos o un desconocimiento de derechos constitucionalmente reconocidos, para poder dar las garantías legales necesarias para que la sociedad toda pueda dar un nuevo paso, frente a esta nueva realidad, sin poner en juego derechos históricamente protegidos y buscando garantizar equilibradamente la libertad y la autonomía del otro, en este caso del niño por nacer.

El Comité de Derechos de la ONU establece la tutela de la familia en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme a las siguientes ideas:

[...] “el Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de uno a otro estado, y aun entre regiones dentro de un mismo estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, destaca que, cuando la legislación y la práctica de un estado consideren a un grupo de personas como una familia, este debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Y en el caso de que existieran diversos conceptos de familia dentro de un estado "nuclear" y "extensa", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los estados partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las practicas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.”(CARBONELL, M. 2003, p.426).

La implementación de modernas tecnologías reproductivas en pacientes con problemas procreacionales, ha generado un fuerte impacto tanto social, jurídico como político. El número de parejas con problemas de fertilidad ha crecido en forma agigantada en las últimas décadas, provocando una mayor implementación de estas técnicas. Lo que indudablemente no ha ido acompañado del avance legal necesario para tratar de cubrir todas las lagunas que puedan generarse ante estas nuevas formas de concebir y los derechos en juego.

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

Los tratamientos de reproducción asistida comenzaron a ser practicados en nuestro país en la década del 70 como una respuesta a los problemas de salud procreacional que presentaban algunas parejas. Con el paso de los años el instituto fue cambiando y aparecieron nuevos métodos para llevar adelante la práctica, como así también nuevos interesados en los mismos. Estos cambios producen una modificación en las bases a través de las cuales se mueve la sociedad, surgen nuevos interrogantes y comienzan a plantearse situaciones antes impensadas. Si bien los primeros planteos judiciales sobre Derecho a la Identidad que se produjeron en nuestro país fue luego del Proceso Militar de 1976, luego de la desaparición de centenares de personas, se planteo ante los tribunales nacionales causas judiciales en las que se discutían sobre la verdadera identidad de personas que fueron arrancadas de sus senos familiares y llevadas a nuevos hogares suprimiéndose su verdadera historia. Causas que fueron sentando las bases y la postura a seguir por los tribunales cuando de Derecho a la Identidad se trata.

Nos es un dato menor a tener en cuenta, que Argentina es uno de los dieciocho países en la actualidad, en el mundo que reconoce y legisla la figura del matrimonio igualitario, que siendo personas del mismo sexo, para poder tener hijos deben acudir a la persona de un donante a lo igual que las personas solas. Lo que demuestra que con el paso del tiempo se van a ir presentando en nuestro país cada vez más casos relacionados a la identidad de esos hijos e hijas, por lo que se hace imperioso darles una ley que regule en forma clara y precisa de qué forma se puede acceder a la información del donante, a conocer el origen genético.

La Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación, que entro en vigor en el año 2015, introdujo la figura de TRHA, como una necesidad imperiosa de dar reconocimiento a una institución que hace ya varias décadas se venía practicando en

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

nuestro país, si bien en sus albores surge como una necesidad frente a los problemas de salud que padecían algunos matrimonios, que les impedía tener descendencia, posteriormente, con el paso del tiempo y la transformaciones sociales y culturales que han ido modificando las bases de las familias tradicional, en cuanto esa evolución ha llevado al surgimiento o en realidad reconocimiento de nuevos vínculos familiares, que si bien han existido en las sociedades desde el principio de los tiempos, su reconocimiento legal y de una forma más pausada, su aceptación social, provoca nuevas realidades, nuevos vínculos que dan surgimiento a estos nuevos modelos, como las monoparentales, familias ensambladas, o simplemente el deseo de crear un vínculo familiar de procrear por parte de personas que no se encuentran en una relación afectiva con otra persona, frente a lo cual era imprescindible darle un marco legal más fuerte. Si bien con la Reforma constitucional llevada a cabo en 1994, se le reconoce rango Constitucional a través del art. 75 inc.22, a diferentes tratados sobre institutos que se encuentran relacionados directamente con la temática que aquí nos ocupa, Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y su protocolos, La Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros, no había una regulación por parte de nuestro derecho interno, de los tratamientos de reproducción asistida hasta la sanción de la ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida del año 2013. Cuál es la realidad, hablamos de:

- a) Fecundación Homóloga, en donde el material genético utilizado para dar nacimiento a una nueva persona, proviene de los interesados directamente, del padre y la madre, en ese caso la filiación será natural.
- b) Fecundación Heteróloga, en este caso uno o ambos de los aportantes del material genético (esperma y/o ovulo) proviene de una persona ajena a la relación principal. En este caso la filiación que antes era natural es suplantada por lo que se llama la voluntad procreacional, la filiación con el aportante del material genético es superpuesta por quien prestó consentimiento la llamada voluntad procreacional.

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

- c) Fecundación en una mujer sola, en este caso se utiliza generalmente material genético de un donante anónimo y de la misma interesada. El vínculo filiatorio con la madre se da por naturaleza y con el padre se desconoce. En muy pocos casos se permite q hijo pueda tomar conocimiento de la identidad del dador.
- d) Maternidad subrogada o sustituida, este es un caso aun más complejo, puede tratarse que la mujer geste un hijo que es formado con material genético de terceros (ovulo y esperma), quienes el futuro serán los padres del niño o no, o que se utilice el ovulo de la prestadora del vientre y el semen de un tercero, en este último caso si el niño es tenido por hijo del aportante del material genético y otra persona diferente, en este situación aun es más difícil poder determinar una clara filiación.

Por lo que observamos es una ley sumamente amplia, que no proyecta límite alguno, en lo que concierne a la edad máxima de los interesados, ni al estado civil, a la cantidad de aportes de material genético. Dejando en total descuido los derechos del niño por nacer, por cuanto existe la posibilidad de que jamás pueda acceder a conocer su verdadera realidad biológica, dado que no existe la obligatoriedad de llevar los datos de los donantes, no existe la figura de un banco que aporte el material genético y por lo tanto que lleve un registro de donantes y de la cantidad de donaciones llevadas a cabo, que quede un registro un asentamiento de quienes recibieron el material genético y de quien provenía. No existe la obligatoriedad por parte de las instituciones que llevan adelante estos tratamientos, de que previamente se realice un estudio acabado de la situación personal y socio-económicas de los interesados, teniendo en cuenta que no estamos ni más ni menos, que creando vida, algo que en unas décadas atrás, solo lo concebíamos como producto del amor y las bases de la familia.

En este punto, podríamos advertir que en los tiempos modernos parecería que se busca priorizar los deseos del adulto por procrear, por sobre los del niño que va a nacer,

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

hablamos de desvirtuar los lazos biológicos de la persona por nacer, sustituyéndolos por la voluntad de la personas interesadas, ya no hablamos de procreación asistida como un sustituto frente a una situación patológica que impide un proceso gestacional exitoso, sino que la usamos a voluntad y discrecionalmente para complacer deseos particulares. "El interés primordial de los niños orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de las cosas, razón por la cual se requiere adoptar medidas especiales para su protección en atención a su condición de vulnerabilidad." (CSJN, 06/02/2001, Fallos, 324:122; 29/04/2008, Fallos, 331:941; 02/12/2008, Fallos, 331:2691).

En este universo de posibilidades, es que nos movemos en la actualidad, donde la vorágine de la evolución y las demandas sociales nos ponen al frente de situaciones que son muy difíciles de responder sin un análisis profundo y acabado de la situación." Se trata de un cambio revolucionario. De una modificación que dice del humanismo del enfoque actual y de la deshumanización del derecho anterior. (Mosset Iturraspe, 1992, pag.11)."

## **CAPITULO II**

### *Derecho a la Identidad*

#### *Introducción*

Para lograr una mayor comprensión de la importancia que tiene el Derecho a la Identidad en su relación con las Técnicas de Fecundación Asistida, desarrollaremos un análisis desde los derechos personalísimos, la recepción y regulación del derecho a la Identidad en los diferentes cuerpos normativos que han sido ratificados por nuestra Constitución y en nuestro derecho interno.

#### *2.1 – Derechos Personalísimos - Concepto.*

Para poder dar una definición que nos acerque a conceptualizar el mundo que envuelve cuando hablamos del Derecho a la Identidad. Primeramente debemos ubicarlo dentro del organigrama de nuestro derecho y del derecho en general; entendemos que la identidad de la persona se encuentra dentro del catalogo de los derechos personalísimos del ser humano, muchos juristas han definido los derechos personalísimos, coincidiendo en que los mismos abarcan diversos aspectos de la persona, como son el derecho a la vida a la integridad, al honor, al nombre, etc. Que son indispensables no solo para el hombre en sí, sino también para su desarrollo en sociedad.

Cifuentes explica que los derechos personalísimos, son derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios, inherentes a la persona y como tales extrapatrimoniales y necesarios, por lo tanto no son pasibles de ser transmitidos, ni tampoco puede disponerse sobre los mismos.

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

De esta descripción que nos brinda el citado autor, podemos extraer en forma sucinta las características más relevantes que poseen, estos derechos emanan de la misma condición de seres humanos, por lo que se tienen durante toda la vida, desde el nacimiento hasta la muerte, al ser adquiridos por la misma condición de persona en forma natural, es que se consideran innatos, necesarios para vivir en sociedad, es también por lo que son extrapatrimoniales, no poseen valor económico alguno, no pueden venderse y transferirse, son inembargables, indisponibles e intransferibles. Pero esto no indica que su lesión no pueda dar lugar a un resarcimiento pecuniario por el daño sufrido.

Estos derechos que la persona adquiere en forma natural por su condición de tal, que son reconocidos y protegidos en forma cada vez más amplia por los ordenamientos Jurídicos, son los que conforman las bases de la sociedad en su conjunto y nos permite coexistir, es por eso que son tan importantes para el hombre, porque su desconocimiento o alteración implicaría el menoscabo de la persona como tal.

Como un desprendimiento del derecho personalísimo de identificación se encuentra el derecho de filiación e identidad. El derecho de filiación, que es lo que determina la pertenencia a una familia y por ende todos los derechos derivados de la misma, como lo es, la alimentación, educación, salud y todas aquellas otras obligaciones derivadas del núcleo parental. Dentro de este derecho a la filiación se encuentra el derecho a la identidad, que define en la persona rasgos sustanciales, abarca todo aquello que somos, que fuimos y queremos ser. Hace referencia a lo que decidimos ser, a nuestras particularidades que nos definen y que nos representan frente a la sociedad. Ese sentimiento de pertenencia a un grupo es lo que a lo largo del tiempo fue formando las diferentes culturas y permite que se propague de generación en generación, y marca la identidad de los pueblos.

# *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

Como todo derecho personalísimo el derecho a la identidad, es de rango supra constitucional, por ende anterior, preexistente al derecho positivo, por lo que éste solo debe reconocerlo y dotarlo de todos los elementos necesarios, para evitar que sea atacado o vulnerado. Con la reforma constitucional de 1994 que incorpora con rango constitucional en el Art. 75 inc.22, la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño. Se otorga una mayor protección y se dota de un gran número de Instrumentos legales que protegen el derecho en cuestión.

## *2.2- Recepción Legal*

### *2.2.1- Declaración Universal de Derechos Humanos*

La Declaración Universal de Derechos Humanos, fue adoptada por la Asamblea General de las naciones Unidas en 1948. En su preámbulo establece que los hombres nacen libres e iguales, que los Estados deben respetar y fomentar esos derechos, para que de esa manera el hombre pueda vivir en dignidad.

En el artículo primero, se esboza, que todas las personas nacen libres e iguales, agregando posteriormente que todas gozan de los mismos derechos sin distinción de raza, religión y nacimiento, entre otros. Ya desde el comienzo expresa que las personas son

# *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

iguales sin distinción, que nacemos iguales por lo que todos gozamos de una identidad adquirida desde el momento mismo de la concepción; establece que los Estados deben garantizar estos derechos que permiten al hombre vivir en dignidad, el respetarnos unos a otros es lo que permite a la persona realizarse como tal, y eso solo puede lograrse si la persona desde su nacimiento conoce su origen su historia. El conocer nuestro pasado ayuda a formar la personalidad, nos define como tales y nos otorga un espacio dentro de una determinada comunidad. Es de resaltar que en los tiempos de sanción de la DUDH, no se concebía la idea de personas nacidas en forma cotidiana, por medio de la utilización de técnicas artificiales, o hablar de matrimonios igualitarios, entre otras situaciones que hoy se nos presentan en forma cotidiana. Pero sus principios son tan trascendentales, que sobreviven a los tiempos y se encuentran tan actuales y vigentes q aun hoy podemos discutir su aplicabilidad. (IIDH, 2008).

Salvaguardar la identidad de la persona es tan importante que se ha convertido en la actualidad en eje central de las políticas de innumerables Estados, que van desde los registros civiles creados hace más de un siglo atrás, hasta leyes que reconocen y buscan amparar las diferentes situaciones que se presentan involucrando personas transgeneros, que buscan que el estado las reconozca como tales y de esta manera poder comenzar actuar en sociedad. (IIDH, 2008).

## *2.2.2 - Convencion Americana de los Derechos del Niño*

Para comenzar a hablar sobre el Derecho a la Identidad, como un derecho humano que se posee desde el nacimiento, debemos coincidir, que mas allá de las diferentes posturas ideológicas, su punto de partida se da en la recepción que se hace del instituto en la Convencion sobre los Derechos del niño. En consecuencia el Derecho a la identidad comprende el de todo niño a: estar inscripto inmediatamente, tener vínculo filial, un nombre, una nacionalidad y, en la medida de lo posible, conocer a sus padres y ser

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

cuidado por ellos. También tiene derecho a que su identidad sea preservada en las relaciones familiares sin injerencias indebidas, a vivir y a permanecer con la familia de origen, excepto que ello no se posible por razones fundadas en el interés superior del niño. Por ello el Derecho a la Identidad nuclea, otros derechos que ostentan autonomía o entidad propia; Y uno de ellos es el derecho a conocer los orígenes. (KEMELEJER de C. y Otros -2012).

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad... “puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia”. También se refiere allí la Corte a la existencia del “derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad”. (CIDH, 2011).

La Convención de los Derechos Niños, incorporada a la Constitución Nacional, en el Art 75 inc.22, en la reforma de 1994, nos dice en su Preámbulo que “Todas las personas tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivo de raza, sexo, color, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

- ✓ “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (art. 8, 1).
- ✓ “Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad” (art. 8, 2).

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

- ✓ “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá, será el interés superior del niño” (art. 3).

La Convención de los Derechos del Niño, establece de manera específica la necesidad de reconocer y amparar al niño, sin discriminación alguna, otorgando una paridad de derechos en cada uno, sin tratos discriminatorios o diferentes, por lo que no se debe reconocer derechos diferentes a los niños, poniendo en un lugar de primacía la forma en la que fueron concebidos por sobre la persona misma. Se establece por encima de todo el interés superior del niño, por sobre los derechos de terceros e incluso de sus progenitores. Cuando se suscita un conflicto de intereses en que un menor es parte interesada, la Convención es determinante en cuanto establece como pauta a seguir al momento de decidir, que siempre debe prevalecer el interés del niño. Debemos tener en cuenta que la Convención es parte integrante del bloque constitucional, por lo que se impone a cualquier resolución en contrario que podría surgir de los tribunales o de las leyes de derecho interno que podrían sancionarse. Si bien amparado en estos principios la doctrina se encuentra aun dividida con argumentos que difieren unos de otros, cuando hablamos de Identidad y técnicas de reproducción asistidas.

### *2.2.3 – Ley 26.061 Protección Integral de los derechos de Niñas Niños y Adolescentes*

La ley 26.061, es sancionada en nuestro país como respaldo a la Convención Americana del niño, incorporada al Art. 75 inc.22 de la Carta Magna en la reforma del año 1994, garantizando su plena aplicación y en cumplimiento del compromiso asumido por nuestro país al ratificar la convención.

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

Esta ley es de carácter plenamente operativo, por lo que no es necesario se reglamente su aplicación, hace plenamente operativa los principios contemplados en la Convencion.

Se destaca por que en su art. 3 establece la supremacía de los intereses del niño, niña y adolescentes que comprende la obligación del estado de velar por ello, derecho a ser oído, derecho a la dignidad, derecho a la integridad física, derecho a la vida, derecho a la identidad, derecho a la salud, derecho a la educación, a la libertad, y al abogado del niño. Establece como deber primordial del estado el resguardo del menor para que pueda vivir y desarrollarse junto a sus vínculos familiares y vivir en sociedad. Queda establecido que frente a cualquier conflicto de interés que pueda generarse siempre prevalecerán los intereses del menor, por sobre el de los demás. Estos principios entran en juego a mi entender de una forma contradictoria a lo que regula actualmente la legislación nacional en el nuevo Código Civil y Comercial, en cuanto a filiación, técnicas de reproducción asistida heterologa y origen genético.

El Art. 11, establece los principios que rigen el derecho a la identidad, determinando que el mismo envuelve, derecho al nombre, nacionalidad, idioma, conocer a sus padres, a la protección familiar, su cultura de origen, a protección de su identidad e idiosincrasia. Esta ley establece la obligación del Estado de garantizar que no se rompa el vínculo con la familia de origen del menor y si este es interrumpido o negado debe mediar todos sus esfuerzos para paliar la situación. Se coloca nuevamente por encima, el interés del menor, este principio se basa en lo importante que es para el desarrollo de la persona ya sea en su faz interna como en la externa, el conocer su historia, porque a través de la misma se adquieren principios, cultura, idioma, religión, que son parte importante para que el individuo pueda relacionarse socialmente.

Como garantía de este derecho, regula también la obligatoriedad del estado de reglamentar registros públicos en los cuales se deberá realizar la inscripción de los nacidos, obligatoria, oportuna e inmediatamente después del nacimiento del mismo. Estableciendo que la madre se determinara por la persona que da a luz al niño/niña; en

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

este punto encontramos una contradicción con la situación actual, en la cual la persona que da a luz, que podríamos conocer como madre biológica, posteriormente es suplantada por la persona que firma la voluntad procreacional, (mujer u hombre).

### *2.2.4 – Código Civil y Comercial de la Nación*

Con la sanción del nuevo código civil, que entro en vigencia en el año 2015, dentro de la regulación del instituto de filiación, se introduce por primera vez el reconocimiento de las personas nacidas por métodos de reproducción asistida como una tercera fuente de filiación, el art 558 del Código Civil y Comercial, describe los tipos de vínculos filiales que reconoce nuestro derecho, por naturaleza, por adopción y por reproducción humana asistida; estableciendo que todos gozan de los mismos derechos. Imponiendo también un límite, la ley no reconoce a la persona más de dos vínculos filiales, independientemente de cuál sea su naturaleza.

De esta manera la ley de fondo admite se pueda reconocer a hijos nacidos mediante el uso de reproducción asistida, sin hacer distinción entre los tipos de métodos empleados o la calidad de las personas intervinientes, sobre todo teniendo en cuenta que el mayor conflicto se genera cuando se ha empleado material genético de un tercero ajeno a la relación principal o cuando el niño ha sido gestado por una persona diferente a quien legalmente son sus padre, pero parte del material genético utilizado corresponde a uno o ambos, esta situación es aún más compleja por que intervienen tres personas en forma directa en el desarrollo de la nueva vida. Es aquí donde nos encontramos con gran vacío legal. La incorporación del matrimonio igualitario, también genera cierta controversia y se encuentra íntimamente emparentado con estos tratamientos debido a veces a la incompatibilidad biológica que presentan estos núcleos familiares para poder procrear de manera natural.

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

El debate sobre el tema de la reproducción asistida, previo a la aprobación del nuevo código civil, fue largo y arduo, se presentaron varias propuestas y se pusieron en evidencia muchas aristas y puntos que entraban en contradicción con otros principios constitucionales, entre ellos el derecho del niño a conocer su familia de origen, establecido en la convención de los derechos del niño, incorporada hoy a la Constitución Nacional, y limitado actualmente este derecho en el nuevo código a situaciones extraordinarias que sea indispensable conocer los antecedentes del donante y siempre con autorización judicial.

Es tan escaso el marco legal en el que nos movemos, que no podemos evitar ver los intereses económicos que mueve este universo de situaciones, que unido al avance de la ciencia, en muchas situaciones deja de ser una posibilidad para aquellos que padecen de alguna afección que les impide concebir de manera natural, para convertirse en una opción y hasta a veces en un capricho que nos permite elegir hasta como queremos que sean físicamente nuestros hijos. El avance científico se da con una vorágine que deja la sensación que el legislador llega siempre a destiempo, y en la realidad son situaciones tan cotidianas que requieren de un estudio acabado que mutan constantemente y que no permiten al derecho avanzar al mismo paso.

## **CAPITULO III**

### *Tratamiento de reproducción Humana Asistida*

#### *Introducción*

En este capítulo, abordaremos la Reproducción Humana tratando de determinar si se trata de un derecho, en sus diferentes posturas. Analizaremos en forma individual, los diferentes procedimientos que existen para llevar adelante un tratamiento de fecundación humana asistida, explicando de que manera se procede en cada unos, así como conceptos básicos asociados a la temática en cuestión, para lograr una mayor comprensión y entendimiento de los Derechos que consideramos se encuentran comprometidos.

#### *3.1- Tratamiento de Reproducción Humana Asistida - Concepto*

La procreación humana asistida puede ser definida como, “Los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos el proceso natural de reproducción”. (LUNA, F. 1999, p.229).

Nos referimos a aquellas formas de concebir una vida humana, utilizando mecanismos que difieren de la forma natural de concebir, a través de la unión sexual del varón y la mujer. Se caracteriza por la participación de terceros que actúan en consecuencia para cumplir con el objetivo que en este caso es concluir con el proceso de la procreación, esto es lo que diferencia la procreación asistida de la natural, que sería la participación del cuerpo médico especializado para llevar adelante el acto. (LUNA, F. 1999).

# *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

Teniendo en cuenta el origen de los gametos, podemos hablar de diferentes tipos de procedimientos: Homólogos, el material genético utilizado proviene del matrimonio o pareja interviniente; Heterólogos, cuando los gametos utilizados provienen de terceros ajenos al núcleo íntimo de los intervinientes.

En el glosario de terminología de la OMS describe los TRA, como aquellos tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos, para el establecimiento de un embarazo. (ICMART, 2010).

### *3.2- La Reproducción Asistida como Derecho a la Salud.*

El derecho a la salud es uno de los derechos esenciales del hombre. En el marco de la Constitución Nacional contempla el derecho a la salud de forma genérica en el art 33 y en forma más específica en el art. 42, en cuanto hace referencia a la protección a la salud.<sup>2</sup>

Por su parte la Organización Mundial de Salud, hace referencia en su preámbulo al derecho a la salud como aquel que es fundamental para el ser humano, pero no habla de salud como ausencia de enfermedad sino más bien como un estado amplio de bienestar, en el que intervienen otros factores como son los culturales, sociales, económicos y no solo sanitarios.

Hay diferentes doctrinas entorno a la temática en estudio, por ende encontramos tesis a favor de la reproducción como un derecho (tesis afirmativa) y quienes niegan tal derecho (tesis negativa). Quienes conciben a este como un derecho, lo resumen en un doble aspecto, uno negativo: que implica la facultad de que nadie puede verse negado a tener descendencia, y otro aspecto positivo: que consiste en garantizar todas las herramientas necesarias para lograr tal cometido. La postura negativa parece ser la más

---

<sup>2</sup> Art 42, Constitución Nacional, “Los consumidores y Usuarios de Bienes y Servicios tiene derecho, en la relación de consumo a la protección de la salud”.

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

fácil de sostener, dado que es difícil determinar cuáles son aquellas herramientas que serían necesarias para poder superar la esterilidad, puede ser desde una vivienda digna, sistema de salud, alimentación, es una respuesta demasiado amplia. Para otro sector de la doctrina positiva, sostiene que el derecho a reproducirse es un derecho-deber, que viene de la propia naturaleza del ser humana, es el derecho a la vida que se tramite de generación en generación, el ser humano la recibe y la da, es obligación de quien la recibe dar nuevamente (JUNQUERA, 1998). La legislación no reconoce un derecho a procrearse explícitamente, podemos hablar más bien de un derecho a la autonomía de propio ser humano, en donde cada persona elige en absoluta libertad, desde esta postura podemos hablar de un derecho a la libertad procreacional, que encierra el poder de decidir en que momento se quiere o no tener descendencia. Quienes niegan la existencia de un derecho a la procreación absoluto, sostiene que darle reconocimiento a un derecho tan amplio, implica desconocer que en el mismo confluyen diferentes intereses y derechos de dos personas como mínimo que se encuentran en juego y limitan mutuamente, llevaría en situaciones inclusive a poner en riesgo la vida del futuro niño, si se considera que el mismo es nocivo para la vida de su progenitores. Enaltecer este derecho pondría a la propia autonomía física de la persona por sobre cualquier otro derecho reconocido. En este punto el Estado solo podría respetar las decisiones reproductivas de los ciudadanos y proveer los medios necesarios para lograrlo (VEIGA, M. 1998).

Nuestra legislación Nacional, a partir de la sanción de la ley 26.862 del 2013, que regula los tratamientos de reproducción asistida, abriendo las puertas a todo aquel que preste su consentimiento y manifieste su voluntad procreacional, convoca a cualquier persona que cumpliendo con esos dos requisitos pueda acceder a llevar adelante su deseo de formar una familia, a desarrollarse como progenitor y padre sin más límites que sus deseos. El legislador de esta forma invita a un sin números de situaciones e interrogantes a presentarse en el futuro, es dable poner ciertos límites o parámetros a quienes pretendan ser sometidos a uno de estos tratamientos, teniendo en cuenta que se encuentran en juego derechos que son indisponibles para la propia persona. No se trata simplemente de llevar

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

adelante un anhelo, un deseo, sino de hacerlo con conciencia en resguardo y respeto de la persona que añoramos tener.

En contraposición y lejos de buscar un equilibrio entre los diferentes intereses en juego, por Resolución N 2190 del 06 de Diciembre del 2016, el Ministerio de Salud de la Nación Argentina, creo el Programa Nacional de Reproducción Medicamentada Asistida, con el objeto de resguardar y asegurar el acceso libre e igualitario a todas las personas que así lo manifiesten a las practicas normadas por la ley 26.862 y concordantes. Esta nueva resolución no hace mención a los temas éticos, jurídicos que nos preocupan y que están siendo tema de debates en varios lugares del mundo, solo habla de la operatividad del programa, dejando de lado temas como los relacionados a la identidad del niño nacido, por la disociación que genera entre la identidad biológica y genética, los gametos fecundados y no implantados, el tema de la identidad de los donantes, el limite a los números de donaciones de material genético que puede realizar una persona, temas que no son menores y que preocupan y ocupan a gran número de entendidos en la materia.

Lo que se reclama es que no hay un límite a quien pretenda someterse a estas técnicas, no se concibe a las técnicas de Reproducción Asistida como un derecho a la salud, cuando quien pretende su utilización es una persona fértil sana, que puede concebir de manera natural, pero decide acudir a estos tratamientos con el fin de llevar a cabo un deseo altruista de formar una familia, pero sin tener que asumir compromisos con otra persona, que sería el otro progenitor y dejando de lado el interés del menor y la lesión que dicho acto puede provocar en su identidad. No hablamos aquí de una persona que no puede concebir por un impedimento físico real, si no simplemente un deseo de hacerlo de esta manera, hablamos en cierta forma de un derecho creado para satisfacer en algunos casos deseos egoísta, y nos olvidamos del verdadero fin del instituto. El derecho de fondo pone en jaque derechos indisponibles de la persona, dejando sin respaldo legal situaciones jurídicamente complicadas y muchas de ellas en conflicto con valores morales irrenunciables.

# *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

## *3.3- Ley 26.862 y Decreto 956/13.<sup>3</sup>*

La sanción de la ley 26.862 del año 2013, que garantiza el acceso a toda persona que así lo requiera, a poder ser objeto de un tratamiento o proceso de reproducción medicamente asistida, por medio de la incorporación de los mismos dentro de toda prestación básica que debe cubrir en forma obligatoria obras sociales, mutuales, prepagas. Poniéndole un freno a la ola de amparos que se estaban presentando por la negativa de las prestadoras a cubrir los gastos que dichos tratamientos demandan.

En un primer punto la ley da una definición en su artículo segundo de lo que se reconoce por técnicas o procedimientos de reproducción medicamente asistida, conceptualizándolo de un modo amplio, como aquel que se produce por medio de la intervención médica para la consecución del embarazo. Dejando abierta las puertas para el reconocimiento de nuevas técnicas de acuerdo al avance de la ciencia, previa aprobación de la autoridad pertinente. También realiza una sub clasificación dentro de los diferentes procedimientos y los divide en aquellos de baja y alta complejidad, según el procedimiento sea llevado dentro del sistema reproductivo de la mujer, o fuera del mismo en forma extracorpórea.

Establece que la autoridad de aplicación es el Ministerio de Salud y Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación.

La citada ley también establece que los procedimientos por ella autorizados, solo podrán llevarse a cabo en los establecimientos habilitados, que den cumplimiento previamente a los requisitos que la autoridad de aplicación establezca. Por medio del decreto reglamentario se determina que habrá un registro único de establecimientos habilitados para la realización de los tratamientos así también para aquellos bancos de

---

<sup>3</sup> Ley 26.862 Reproduccion Medicamente Asistida. Acceso integral a los procedimientos y tecnica médicos- asistenciales de reproducción medicamente asistida. -2013.-

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

gametos y/o embriones. Delegando a las provincias la obligación de llevar a cabo sus propios registros, respetando la categorización que establece la ley de fondo.

En cuanto a los beneficiarios se refiere, la ley no hace mención exhausta de los requisitos que deberían presentar para poder acceder a dichos tratamientos, solo regula que sean mayores de edad y que presenten el consentimiento informado conforme lo dicta la ley de derechos de los pacientes.<sup>4</sup>Dejando en claro q el mismo es revocable. El Código Civil establece que en su art. 560 que la entidad sanitaria es quien debe recabar el consentimiento y el mismo debe darse cada vez que se proceda a la utilización de embriones o gametos.

Tanto la ley en cuestión como el Código Civil y Comercial de la Nación, nada dicen sobre la regulación que debe darse al material genético recolectado, no se expide en cuanto a la cantidad del mismo que se autoriza a extraer, ni al tratamiento que deba darse al mismo. No se regula la existencia de banco de datos de donantes y que se lleven registros de la personas donatarias y aquellas q recibieron el material genético. Considerando este un punto crucial y que la carencia de regulación produce un daño que puede ser irreparable para el menor, en tanto no existan leyes que obliguen a llevar banco de datos, con esta desinformación se provoca un perjuicio en la identidad de los menores que a la posteridad es muy difícil de subsanar.

Nuestra ley es una de las más permisivas en comparación con las regulaciones existentes en el Derecho Internacional. Que con el paso de los años sumado a vasta experiencia van tomando mayor rigor en sus regulaciones. En nuestro país donde la historia pone de manifiesto la lucha durante años por buscar y restablecer la identidad biológica suprimida de tantas personas como lo fue durante la última dictadura cívico militar Argentina (1976-1983), y que seguimos festejando aun en la actualidad cada vez que se produce un nuevo hallazgo. Tanto años de lucha han forjado en la sociedad una conciencia de lucha, respeto, y enaltecimiento del Derecho a la Identidad que es básicamente el derecho a ser nosotros mismos, que conlleva de la mano otro sin fin de

---

<sup>4</sup> Ley 26.529- Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de Salud. 2009.

# *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

derechos que son irrenunciables y que con esta nueva regulación no podemos ver que son alterados y vulnerados, que se produce una disminución de ellos, dando prioridad a la voluntad, al deseo de procrear, por sobre los derechos de la persona por nacer. También se considera un trato discriminatorio en comparación con los derechos de la adopción, los cuales encuentran el derecho a conocer su origen biológico como una obligación del estado el resguardo de los mismos y su protección, situación que es negada para los nacidos de fecundación artificial con materia genético donado.

### *3.4- Tipo de Tratamiento de Fecundación Asistida.*

#### *3.4.1- Fecundación Asistida In Vitro.*

La fecundación in vitro, se encuentra dentro de los tratamientos denominados por la ley, de alta complejidad, fue desarrollada en un principio para el tratamiento de la infertilidad causada por la obstrucción de la trompas de falopio, sin embargo, con el paso del tiempo comenzó a hacerse extensivo a otros casos como aquellos en los cuales se encontraban inconvenientes en que los espermatozoides alcancen los óvulos, así se han tratado a lo largo del tiempo, problemas de endometriosis, factores masculinos, inmunológicos, esterilidad aparente, entre otros, se consigue a través de la fecundación del ovocitos por el espermatozoide fuera del cuerpo materno (extracorpórea), procediendo luego a la implantación del cigoto (ovulo ya fecundado) en el útero materno con la intención de dar comienzo al embarazo. Esta técnica se logra por medio de la manipulación hormonal que se produce en el cuerpo de la futura madre a fin de poder extraer los óvulos necesarios.

Estos procedimientos FIV, a su vez se dividen en dos, con transferencia de los embriones al útero (FIV/TE) y la transferencia de gametos a la trompa (GIFT). Ambos tratamientos pueden utilizarse con material genético de la pareja interviniente o de donantes.

Pasos de la FIV:

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

- Hiperestimulación Ovárica Controlada y monitoreo de la evaluación, en esta etapa el profesional indica al paciente el consumo de hormonas a fin de estimular la ovulación, buscando obtener un mayor número de ovocitos y controlando la calidad de los mismos.
- Recuperación ovocitaria, en esta parte del procedimiento es donde procede a la extracción de folículos del cuerpo de la mujer, por medio de un transductor ecográfico vaginal, que posee una guía de punción por donde pasa la aguja y se aspira el folículo. Se procede a aspirar varios folículos y luego se analizan para determinar si hay óvulos y el estado de maduración de los mismos. Es un tratamiento ambulatorio que requiere anestesia local.
- Fertilización, una vez que los ovocitos son examinados y clasificados, dentro del mismo día, se debe tener la muestra de semen (de la pareja o un donante), por medio de una técnica llama swim up o por gradientes de Percoll se separa a los espermatozoides móviles y son llevados junto con los óvulos a una estufa donde se los mantiene a la misma temperatura corporal que la mujer. Si el número de espermatozoide es escaso se procede a inyectarlos directamente en los óvulos. Luego de 18 horas se examinan para determinar si hay óvulos fecundados, ello se observa por medio de la presencia de dos pro núcleos, el masculino y el femenino. Se continúa el cultivo por 48 o 72 horas más.
- Transferencia Embrionaria, es un parte del tratamiento que es sencilla pero importante, es ambulatoria y no requiere anestesia, consiste en la carga de embriones en un catéter blando que se pasa por el cuello uterino para depositar los embriones en la cavidad uterina. No hay un número que limite la cantidad de embriones a fecundar y depositar en el útero de la madre, tema que hoy es muy debatido y que en algunos países del mundo ya se ha comenzado a limitar en números, pero generalmente se procede a depositar entres dos y tres embriones.
- Resultados, los resultados positivos son de 25/30 % en el primer procedimiento y de un 70% en el tercero, llegando así a igualar el

porcentaje que se obtiene de forma natural que es de aproximadamente el 20%.

### 3.4.2- Inseminación Intrauterina o Artificial.

Es una técnica sencilla, que consiste en el depósito de espermatozoides de forma no natural en el tracto reproductivo de la mujer, en el tiempo próximo a producirse la ovulación, con el objetivo de producir el embarazo. Es la primera opción que se da cuando coinciden, al menos un buen estado en una trompa de falopio y una buena cantidad de espermatozoides móviles.

Puede ser Homologa, se utiliza semen y ovulo de la pareja. Heterologa, se utiliza semen u óvulos de un donador anónimo o tercero ajeno a la pareja.

### 3.4.3- Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides en Óvulo.

A partir de 1992, con la introducción de la Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), se inicio una nueva era en la medicina reproductiva.

Una vez que es seleccionado el espermatozoide en la pipeta de microinyección, es colocado directamente en el interior del ovocito. Esta técnica presenta una mayor manipulación del material genético y un mayor control sobre el comienzo de la vida. Se aplica cuando el espermatozoide presenta problemas para penetrar en el ovocito o cuando presenta sumas muy bajas. Se han detectado menor peso de los niños al nacer, JUNQUERA, E. 2013).

En este procedimiento también es posible que sea homologo o heterólogo, dependiendo del origen del material genético utilizado.

### 3.4.4- Criopreservación de Embriones.

Este tema es uno de los que mayor debate desde el punto de vista moral y legal ha desatado. Como se ha ido explicando, todos los tratamientos de reproducción asistida suelen realizarse a partir de una hiperestimulación ovárica con el fin de obtener un buen número de óvulos y embriones. Generalmente el número de embriones a transferir es de dos a cuatro, si hay mas, se podrán conservar por medio de una técnica llamada Criopreservación, la misma consiste en conservar los embriones a muy baja temperatura, de modo que se detiene sus funciones celulares, pudiendo mantenerse a sí, por muchos años, de esta manera pueden ser descongelados y utilizados tiempo después, evitando someter a la mujer nuevamente a ciclos de hiperestimulación ovárica.

La cuestión se centra aquí, en aquellos embriones que quedan conservados y con un futuro incierto, con respecto a si serán utilizados o no en adelante. Debemos tener en cuenta que nuestra ley no establece un límite con respecto al número de óvulos que se puede fecundar, como tampoco aquellos a implantar, ni tampoco con respecto a la suerte que correrán aquellos criopreservados que no sean implantados. Dejando un gran debate abierto si tenemos en cuenta que nuestro derecho considera persona por nacer desde el momento mismo de la concepción, teniendo que caer aquí en una suerte de distinción para evitar la contradicción con el derecho de fondo, que la concepción de considera una vez que el ovulo fecundado ha sido implantado en el útero materno. El derecho europeo ha creado una suerte de ficción que va siendo recogido por diferentes países, en el cual solo se considera persona aquel concebido que ha vivido más de catorce días en el ceno materno tras la fertilización (deducido el tiempo de la conservación), diferenciando así el estadio del embrión del preembrión (PEREZ del V. 2006). A partir de ese momento los embriones ya no podrán ser objeto de experimentos a no ser que hayan perdido su capacidad de desarrollo biológico o estuvieran muertos. Temas que a pesar de años de legislación en países como España aun no encuentran un punto de equilibrio legal, ético y moral.

## 3.4.5- Donación de Material Genético

El avance de la ciencia pone al servicio de la humanidad herramientas que nos acercan cada día más al sueño de tener un hijo propio, ya sea porque nos permite sortear aquellas dificultades fisiológicas que nos afectan e impiden tal anhelo o por que suplen la figura del acto sexual que nos permite concebir de forma natural. Todo este avance científico que mueve los cimientos sociales, biológicos, éticos, culturales sobre los que se desarrolla cada sociedad, deben ir acompañados de la discusión del derecho y la moral, por que ponen en juego otras instituciones que nacen con el ser humano y que es imprescindible no olvidar.

Con la última reforma del derecho de fondo se reconoce legalmente la Procreación Asistida heterologa, pero nuestro derecho omite regular de que forma se procederá al momento de recolectar el material genético, si bien hace mención de que la identidad del donante no será revelada estableciendo dos excepciones a la regla, que serian por cuestiones de salud a solicitud del menor y con autorización del juez, no se regula previamente si se llevara un registro con las cantidad de donaciones que pueda realizar una persona, los datos de las personas a quienes se implanto el material genético, límites de edad de los donantes y si dicho acto tiene carácter gratuito u oneroso.

Existe en nuestro país un vacío legislativo con respecto a la temática abordada. Es necesario que se plantee en forma seria y adecuada, para evitar consecuencias nocivas en el futuro. Debemos tener en cuenta que en estos tratamientos de fecundación asistida heterologa, se encuentran en juego derechos de raigambre constitucional, como el derecho a la procreación, a la intimidad de los dadores del material genético y a mi entender el más complejo e importante como es la identidad del menor nacido bajo estas técnicas.

No debemos olvidar que existe un derecho del hijo a conocer sus orígenes. Un derecho que ha sido tan enarbolado por las organizaciones defensoras de los derechos humanos en nuestro país, luego de los condenables sucesos que se vivieron durante la última dictadura militar, que aun hoy después de 40 años se sigue luchando por descubrir

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

la identidad de muchas de sus víctimas, que para cubrir tal fin en 1998 se creó la CONADI (Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad) , un organismo que actúa bajo la órbita del Ministerio de Justicia, cuyo fin es buscar y localizar a niños desaparecidos.

En una misma línea de pensamiento se encuentra la ley de adopción de nuestro país, en la cual se le otorga al adoptado el derecho a conocer su realidad biológica y se le permite acceder al expediente de adopción luego de cumplidos los 18 años de edad.

Lo que no se explica es, porque la situación del menor nacido de tratamientos de fecundación asistida heterologa tiene un tratamiento diferenciado.

## **CAPITULO IV**

### *Vinculo Filial y Derecho a la Identidad*

#### *Introducción*

En este capítulo desarrollaremos la recepción legal de los tratamientos de fecundación asistida heterologa, los vínculos filiales que de los mismos surgen, como se establecen. La voluntad Procreacional como factor determinante. Tesis positivas y negativas frente a los factores de atribución de maternidad o paternidad, la controversia que se genera por el desconocimiento o la irrelevancia que se pretende dar a algo tan importante como es conocer los orígenes biológicos de la propia persona y sus consecuencias.

#### *4.1- Filiación- Antecedentes*

A partir de la sanción de la ley 26.618 del año 2010, llamada de Matrimonio Igualitario, donde se reconoce en nuestro derecho la posibilidad de contraer matrimonio a personas de un mismo sexo (hombre-hombre / mujer-mujer), se pone en la mesa un tema que hace tiempo se llevaba en la práctica en nuestro país, como es los tratamientos de fecundación asistida con gametos donados. El art 36 de dicha normativa introduce una reforma al apartado c del art. 36 de la ley 26.413, que regula la inscripción de los hijos nacidos en el matrimonio sustituyendo las palabras padre y madre, por el termino cónyuges. Este nuevo modo de filiación que fue sentando las bases para la posterior reforma del código civil, suscito varios conflictos jurídicos con respecto a la filiación de los niños nacidos por fecundación asistida que debieron ser dirimidos en la justicia.

Como es el caso que se presento a la justicia en el año 2011, en el cual la actora solicitaba una medida autosatisfactiva, a partir de que en el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires, se les había negado la inscripción del hijo nacido del matrimonio compuesto por dos mujeres, como hijo de ambas, el niño fue fruto del ovulo de la actora que fue implantado luego de fecundado con semen donado en el útero de la otra mujer que lo gesta y da a luz. Ambas partes alegan que la aportante del ovulo tiene un vinculo genético y biológico con el menor. Acción que fue concedida por el tribunal.<sup>5</sup>

#### 4.1.1 Derecho Comparado

A- Derecho Español: la regulación de los TRHA en España, se efectuó por primera vez en el año 1988, con la ley 35/1988, que tuvo vigencia hasta el año 2006 que se sanciono la ley 14/2006, reformada posteriormente por la ley 3/2007 que introdujo la figura de la doble maternidad. (ALES, 2011).

Al hablar de la doble maternidad o “maternidad conjunta”, regulada por el derecho español, solo es posible si nos referimos al matrimonio entre mujeres, y luego de cumplir con una serie de requisitos, pero no es admitida en la unión estable (convivientes) femenina. Esta situación difiere si estamos frente a una pareja heterosexual, (convivientes) en la cual si la pareja da su consentimiento de que se realice una inseminación artificial con semen donado en la mujer, aquel podrá reclamar la filiación del menor nacido.

En cuanto al hijo devenido durante el matrimonio, también hay diferencia sustancial en tanto a la filiciación se refiere si hablamos de parejas homo u heterosexuales, en estas últimas la paternidad se presume desde el nacimiento, en tanto que en los matrimonios entre dos mujeres el otro cónyuge debe manifestar su voluntad ante el Registro Civil.

---

<sup>5</sup> Maria del Pilar Cabrera y Otra c. – Juzgado en lo Contencioso y Tributario Nro. 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- 2011-04-07.

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

B- Derecho del Reino Unido: Si bien España fue el primer país Europeo en contemplar la temática en cuestión, se usó en el Reino Unido una elaboración del Derecho de Familia, que se basaba en la responsabilidad por la procreación y el interés del menor, para dar fundamento y protección a la figura de la doble maternidad e incluso paternidad, esta última solo en aquellos estados en que dos masculinos pueden acudir a alquilar un vientre- solo en miras de proteger y defender la estabilidad y seguridad afectiva y material del hijo (ALES, 2011).

La propuesta Bill 2007, que ya se ha convertido en ley, permite a dos mujeres que se encuentren registradas como convivientes de hecho y recurran a un donante de esperma para concebir, deben prestar su consentimiento por escrito al momento de realizar el tratamiento en el instituto especializado y autorizado a tal fin, lo que será determinante para establecer la maternidad de ambas.

### *4.2- Filiación*

El instituto de la filiación se encuentra regulado en el Título V del Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 558 y s.s.. De su regulación surge, que en nuestro país se reconocen tres fuentes de filiación, por naturaleza, por adopción e incorpora aquí la que surge por la utilización de métodos de reproducción asistida. A su vez establece a modo de equiparación que de todas las formas de filiación surgen los mismos efectos legales. Sentando por último que no se reconocen a la persona más de dos vínculos filiales.

El reconocimiento de solo dos vínculos filiales, responde al principio de igualdad establecido por la ley 26.618, que regula la figura del matrimonio igualitario, por lo que una persona puede tener dos padres, dos madres, o madre y padre, por eso el nuevo código utiliza la palabra progenitores, esta línea va en consonancia con lo dictaminado por la CIDH... utilizara en un concepto amplio el término progenitores (...) a quienes

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

constituyen efectivamente parte de la familia (...) y por lo tanto son titulares de la protección a la familia, acordada en el art 17 de la CADH.”<sup>6</sup>

El vínculo filiatorio será determinado por el certificado de nacimiento que expide el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, el mismo no podrá tener mención alguna, que indiquen que la persona ha nacido fuera o dentro de la relación matrimonial, como tampoco si el mismo es adoptado o fruto de un tratamiento de reproducción asistida.

La filiación biológica, la maternidad se establece por el nacimiento y el certificado que expide el médico u obstetra que intervino en el parto, si el menor nace en el matrimonio la paternidad se presume, en caso contrario se requiere su reconocimiento expreso.

La filiación por adopción, el adoptado en forma simple puede portar el apellido del o los adoptantes por lo que se emite un nuevo certificado de nacimiento. En este certificado se plasma los datos de los adoptantes sin dejar registro alguno sobre la adopción, lo que se busca es evitar cualquier diferencia que pueda suscitar consecuencias negativas a nivel social.

La filiación por Técnicas de Reproducción Asistida, los nacidos por medio de la utilización de estos procedimientos son hijos de la persona que los dio a luz y del otro progenitor (padre-madre) que prestó su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio lugar al posterior nacimiento. Sin importar si están casados o no, es lo que permitirá la doble filiación del nacido.

### *4.3- Voluntad procreacional determinante del Vínculo Filiatorio.*

---

<sup>6</sup> Corte IDH, OC 21/2014, "Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", 19/08/2014, párr. 272.

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

La Voluntad procreacional, es el derecho de las personas a ser padres, a efectuar una planificación familiar, “es la capacidad personal en materia reproductiva para tener o no tener un hijo y para determinar sobre como tenerlo y como no tenerlo” (LORENZI, M. 2010).

El consentimiento como factor determinante de la filiación en los tratamientos de reproducción asistida, juega un papel determinante, sobre todo cuando se trata de un tratamiento en el que el material genético a utilizarse proviene de un donante. El Código Civil y Comercial es claro en cuanto regulan que el consentimiento debe expresarse cada vez que se utilice material genético ya sean gametos o embriones. Esta obligación es a cargo del centro que realice el procedimiento.<sup>7</sup>

El consentimiento debe ser prestado tanto por la persona que se somete al tratamiento y si ella se encuentra en una relación, que puede ser un matrimonio o pareja estable y ambas partes deciden llevar adelante el procedimiento con la intención de convertirse en futuros padres, ya sean aportantes del material genético o no, están obligados a prestar el consentimiento previo debidamente informado y libre para que el mismo tenga valor legal y pueda ser opuesto a terceros que tengan interés en establecer algún vínculo filial con el menor nacido. El Consentimiento debe ser protocolizado ya sea ante Escribano Publico o la autoridad sanitaria competente de la jurisdicción.

El consentimiento es libremente revocable, mientras no se haya producido la implantación del embrión en la persona o la concepción.

El Consentimiento previo, informado y libre es lo que pone en acción a la voluntad procreacional, que junto con el derecho filiatorio mantienen un lazo directo con el derecho a la identidad. En este punto el elemento volitivo juega un papel predominante y determinante. Si bien la mayoría de estos tratamientos son utilizados por personas que no quieren renunciar a poder tener hijos genéticamente propios, no debemos olvidar que

---

<sup>7</sup> ARTÍCULO 560.CCyCN.- 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.

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

esta nueva forma de filiación se produce a partir de la ley de matrimonio igualitario y la necesidad infranqueable de darles una protección legal a las situaciones fácticas que se venían presentando en cuanto se acude a estas técnicas para poder tener descendencia.

Para reforzar este vínculo el CCyCN establece en su art 577, la inadmisibilidad de acciones que busquen impugnar el vínculo filial de los hijos nacidos por tratamientos de reproducción asistida ya sea matrimonial o extramatrimonial, estableciendo de esta forma que el vínculo que nace a través del consentimiento es inimpugnable.

Para intentar entender esta nueva forma de filiación, podemos diferenciar la identidad estática y dinámica, teniendo que hacer una subdivisión de la primera en cuanto hablamos de filiación derivada de un tratamiento de fecundación asistida. Dentro de esa fase estática encontramos la identidad genética, que toma relevancia cuando el material genético utilizado es de un donante, y la identidad biológica que reposa en la persona que gesta, debiendo previamente prestar el consentimiento informado. Este consentimiento es el determinante de la filiación por ello es tan importante y debe prestarse cada vez que se realice un procedimiento de esta índole. Hablamos aquí de una disociación de los componentes que conforman la identidad de la persona, pero a su vez los desplazamos cuando la voluntad se hace presente. Todo parece apuntar a la protección de la voluntad procreacional y el derecho al hijo propio.

Pero que sucede cuando nos enfrentamos a un matrimonio compuesto por dos varones, que si quieren planificar una familia y tener hijos deben acudir a una madre sustituta que geste al bebe, a una donante de material genético y alguno de los dos progenitores aportara el semen. No podemos negar que mas allá de la voluntad existe en la persona un derecho de conocer su origen, que en estos casos será bastante complejo, ya que tendrá una progenitora (donante de ovulo), su madre de vientre, y el progenitor que dono los espermatozoides quien será su padre biológico, poniendo de resalto que no tendrá madre si no dos padres varones. Igual situación en el caso de que sean dos mujeres quienes realicen los procedimientos.

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

Hay autores que sostienen que no debe legislarse a los tratamientos de fecundación asistida como una fuente de filiación diferente donde no debe darse a la mera voluntad de procrear la fuerza para crear estados de familia, que los mismos producen una alteración al estado normal de parentesco y filiación y rompen con la idea tradicional de familia. Además sostienen que producen discriminación de los hijos en cuanto a la forma en que vienen al mundo, y sostienen que atentan contra la integridad, la identidad y el interés superior del niño (UTIBURU y otros 2017).

El tema que nos preocupa aquí, son las consecuencias dañosas que puedan generarse en estas situaciones, para los niños nacidos en estas circunstancias, porque de esta forma se ve restringido el derecho a la identidad y se desconoce en cierta forma el interés superior del niño. No se toma en cuenta a la persona por nacer, toda vez que quien tiene el deseo de ser padre y toma la decisión de llevarlo adelante, lo hace y se encuentra protegido por la ley, el niño por nacer aun no tiene voluntad no puede opinar ni discernir entonces otros deciden por ellos y limitan sus derechos hacia el futuro.

### *4.4- ¿Existe un Derecho a Conocer el Origen Biológico?*

Existe realmente un derecho de la persona nacida bajo prácticas de procreación asistida un derecho de conocer su origen biológico, o para muchos autores solo genético.

Nuestro código civil y comercial regula tal posibilidad en el art. 564, lo hace acotándolo a solo dos posibilidades, la primera que es, meramente informativa ya que solo se limita a solicitar datos descriptivos sobre información médica del donante, la solicitud debe realizarse ante las autoridades del centro en donde se realizó el tratamiento de fecundación asistida pero sin revelar su identidad. El otro procedimiento nos permite acceder a información sobre la persona del donante incluida su identidad, pero esta limitado solo a situaciones excepcionales y bajo orden del juez que interviniente, luego de que se realice el análisis de merito y oportunidad de la solicitud.

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

Esta manera de proteger la información, se debe en principio a que se busca no limitar la donación de material genético y así un mayor número de niños nacerían a través de estas técnicas y no se vería afectado el derecho de aquellas familias que solo pueden recurrir a estas técnicas para tener hijos, y llevar adelante su proyecto de familia como es el caso de los matrimonios de personas del mismo sexo y mujeres solas, que conforman núcleos familiares que se encuentran hoy reconocidos y protegidos por la ley.

Siguiendo la idea de protección de aquellas familias, nos olvidamos del niño fruto de todo este articulado, otorgándole un trato a mi parecer discriminado, le otorgamos un estado de familia, le decimos que su genética, que lo define, es intrascendental, no es relevante, por que buscamos proteger a aquella persona que decidió aportar material genético, olvidando que del mismo, se crearía vida, a lo mejor con un fin altruista de ayudar a otros pero dejando de manifiesto, de que a posteriori no quiere tomar conocimiento de lo que suceda con su aporte, lo que en este caso es negar a una persona. Producimos un realineamiento de parentescos, al tomar un niño con un dato genético y lo insertamos en un linaje diferente.

Para quienes sostienen que es necesario que la persona pueda tomar conocimiento de manera sencilla información sobre su origen y su historia, se basan en el art 2 de la Convencion sobre los Derechos del Niño (1989), de raigambre constitucional a partir de 1994, que establece el principio de la no discriminación, del interés superior del niño, de la protección y fomento que debe darse al contacto con su familia de origen y a conocer su historia. La persona al nacer, si bien se la forma a medida que recibe educación, hay rasgos tanto físicos, como espirituales que no van a encontrar reflejo en su actual familia, por que provienen de sus genes, y de la historia que los mismos aportan a nuestra vida y que nos definen como tales, por más que los ocultemos o tratemos de definirlos como parte de nuestra personalidad, están ahí con nosotros. Como prevenimos cuando crezcan y comiencen a interactuar con otras personas, que se relacionen de maneras más intimas con aquellas que puedan tener una unión genética si desconocen su origen.

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

La persona a quien se le niega el conocimiento de sus orígenes, no puede ser lo que es, ni desarrollar su autoconocimiento, ya que se le priva el acceso a la verdad y ello repercute en forma negativa impidiendo desarrollarse plenamente tanto social, cultural, intelectual y afectivamente (JUNYENT B. 2016).

Cuando hablamos de identidad debemos tener presente que el mismo nuclea otros derechos, uno de ellos es conocer nuestro origen, la Convención de los Derechos del Niño, establece la obligatoriedad de preservar la identidad en las relaciones de familia sin injerencias indebidas y a vivir en lo posible con la familia de origen, la misma convención nos habla lo importante que es para el desarrollo del menor el contacto con su historia

El niño tiene derecho a tener vínculo filial, determinado por el régimen legal y por otro lado derecho a conocer sus orígenes. En la filiación natural ambos derechos se dan de forma espontánea por que se encuentran en el mismo núcleo familiar. Esta problemática se hace visible cuando el instituto de adopción aparece y es aquí en donde se comienza a desarrollar, por que se aprecia el desmembramiento que sufre el vínculo filial entre adoptado, adoptante y la familia biológica del menor, toda esa parte de su historia que lo llevo a que el mejor camino sea la adopción, no debe ser borrada, por eso debe ser resguardada.

Con el surgimiento de las Técnicas de Reproducción Asistida, comienza también a verse la ruptura de esos vínculos filiales en una forma más compleja, porque aquí intervienen otros actores, y la situación se complejiza y dejamos de hacer referencia a la verdad biológica, para hablar de una verdad genética, que solo se reduce a un derecho a la información. Que se traduce en el receptado por nuestro derecho de fondo, dividido en dos estratos, aquella información que solo se refiere a datos determinados que no hacen a la identidad del donante y a los datos identificatorios propiamente dicho, acceder a ellos es una cuestión compleja, solo se puede a través de los medios judiciales y solo bajo determinadas razones que lo justifiquen, su conocimiento no autoriza a reclamar vínculos jurídicos filiales. De antemano la ley los limita, para de esta manera garantizar la donación del material genético que sea necesario.

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

Algunos países que se habían acogido a la regla del anonimato en las donaciones de material genético en los últimos años han comenzado a cuestionarla, desde la perspectiva de los interrogantes que surgen desde los derechos humanos, como el derecho fundamental de toda persona a no ser privada, del derecho de acceder a información que se refiera a su origen, bajo este criterio comienzan a desaparecer la figura del anonimato en las donaciones en varios países. Sin embargo la cuestión varía a lo largo del mundo y las legislaciones son diferentes, hay países que conservan el anonimato, otros permiten acceder a la historia médica del donante pero no a su identidad, algunos dejan abierta la posibilidad al donante si quiere hacerlo de forma anónima o no y finalmente quienes han eliminado por completo el anonimato en las donaciones, esta última situación se da en países que han alcanzado una cultura de la donación luego de varios años de trabajo y educación (KEMELMAGER, 2012).

El Comité Jurídico Interamericano ha manifestado que el derecho a la identidad es parte de la dignidad del ser humano, que no surge de los vínculos, de las relaciones de familia, si no que preexiste a todo ello y es obligación del Estado garantizarlo (CJI-OEA 2007).<sup>8</sup>

La carencia o la escasa regulación en los países, de estos derechos fundamentales colocan a las personas en situaciones de desventajas o de privación en cuanto al goce y disfrute de los mismos, que conlleva inexorablemente a un desarrollo limitado de su personalidad jurídica.

---

<sup>8</sup>5 Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 13

**CONCLUSION**

A lo largo de este trabajo hemos abordado el conflicto que se genera entre las Técnicas de reproducción Asistida y el Derecho a la Identidad, desde que una escasa regulación no permite marcar límites claros y precisos.

Está en juego la dignidad de la persona, su derecho a la vida y el poder desarrollarse plenamente. Debemos tener en cuenta que las sociedades han evolucionado y junto con los avances de la ciencia se ofrece un mundo de posibilidades que hace solo un par de décadas atrás eran impensables.

Hace solo décadas atrás ser madre soltera era condenado socialmente, llevando las familias a situaciones impensadas, por la sola razón de que la situación no salga a la luz. En las sociedades modernas no solo la mujer puede optar por tener hijos sometiéndose a tratamientos de inseminación y de esta manera formar una familia, (monoparental), sino que también hablamos de matrimonios de personas del mismo sexo, que dado su condición no pueden concebir hijos por los medios naturales (coito), acuden a estas técnicas para poder tener descendencia, más allá de pensar si la sociedad, nuestra sociedad tal cual cómo funciona, está preparada para enfrentar este nuevo mundo, si estamos preparados para explicarles a nuestros hijos.

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

Las técnicas de reproducción asistida están a la orden para solucionar los problemas de aquellas personas que no pueden concebir por problemas biológicos o patológicos, como para aquellas que deciden utilizarlas por elección propia. Nuestro derecho muestra todo un marco legal que en consonancia con la ley que aprueba el matrimonio igualitario, que establece la obligatoriedad en los planes de salud de cubrir dichas técnicas, deja de hablar de padre y madre para utilizar el término progenitores. Crea un nuevo estatus filiatorio a partir de la voluntad procreacional y establece la imposibilidad de impugnarla. Esta voluntad procreacional que parece que todo lo puede, solo la voluntad de una persona manifestada puede cambiar el destino de otra que aun no ha nacido que unida a la voluntad de un tercero que con fines altruistas puede donar el material genético sin el cual no habría posibilidad alguna de crear vida, y no volver jamás a tomar contacto con aquel que para el entender de muchos es un hijo, lleva sus genes, no habrá habido animo directo de procrear ni sexo para ello. La intención de tener un hijo no siempre está presente, pero aparece la figura de la voluntad procreacional y nos libera de toda responsabilidad.

Hay un niño que lo sacamos de un status de familia y lo colocamos en otra, borramos parte de su identidad y no le permitimos conocer su historia, esa historia que lleva en la sangre. La identidad nos hace lo que somos, y el estado tiene la obligación de protegerla en virtud de nuestra Constitución, de los Tratados Internacionales y sobre todo en el interés superior de los niños.

La ciencia avanza a pasos agigantados que no nos da tiempo de acomodarnos a la nueva realidad, necesitamos una legislación que proteja no solo la voluntad de los que desean ser padres, sino también de los niños que

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

nacieron y están por nacer. Que se regule la Crioconservación, el procedimiento que debe darse a los embriones fecundados y no implantados, la maternidad subrogada, que fue tratada en el proyecto de reforma y dejada de lado en el proyecto definitivo, tanto como la fecundación post mortem, ambos casos que se plantean en la sociedad, que ocurren pero sin reparo legal alguno, los avances científicos siempre son bien recibidos, pero hablamos de vidas humanas de niños que podrían ser, pero que por voluntad de otros no llegan a buen puerto. Debemos dejar de pensar en esto como un negocio de aquellos que donan, de aquellos que alquilan sus cuerpos y personas individuos, debemos pensar en otro, debemos poner un límite, parar y pensar, hablamos de niños, de niños que no deciden venir a este mundo, si bien no es la voluntad de nadie nacer o no, simplemente venimos ya sean porque nuestros padres nos buscaron o porque solo llegamos, estamos unidos a nuestra historia y si la vida nos aparta de quienes tendrían que cuidarnos o protegernos la ley nos ampara y nos permite saber el porqué. Pero aquí de esta manera no, simplemente se nos niega y la mínima posibilidad que hay es un camino que requiere más que la simple justificación de querer saber quiénes somos...

No debemos abandonar la idea de que nuestros genes llevan nuestra esencia. Si bien la sociedad, la familia, la escuela nos moldea, lo que verdaderamente somos está en nuestro interior y eso es infranqueable, no podemos deshacernos de ello, no podemos borrarlo. Aunque lo neguemos, creamos realidades, nos convertimos en seres ambiciosos, no aceptamos nuestras limitaciones y siempre queremos ir más allá, sobrepasamos los límites y creamos ficciones jurídicas que ayuden a justificarnos.

**Bibliografía:**

- ALES Ulias, M. *La Doble Maternidad en el Derecho Argentino*, LA LEY 26/05/2011,5La Ley 2011-C,370.
- ANDRADE, Antonio F. – *El Derecho a Conocer la Verdad Biológica en Conflicto con otros Derechos Fundamentales*. Publicado en DJ 17/06/2009,1609.
- BASSET, Úrsula C. – *Derecho del Niño a la unidad de Toda su Identidad*. LA LEY 29/12/2011, 1- LA LEY 2011-F, 1005. Cita On Line AR/DOC/5583/2011.
- BRENA, I. *La Fecundación Asistida ¿Historia de un debate Interminable?* Informe de la Comisión Interamericana de derechos Humanos. Anuario mexicano de Derecho Internacional 12:25-45 UNAM Instituto de Investigaciones Juridicas, 2012.
- CARBONELL, Miguel. *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., Observación General No. 19, de 1990, párrafo 2; Porrúa-CNDH, México, 2003, t. I, pp. 426 y ss.
- Centro de Bioética Persona y Familia. Documento de trabajo. Serie: Proyecto del Código Civil 2012 – Derecho a la Identidad.
- Centro de Bioética y familia. Documento de Trabajo. Serie Proyecto del Código Civil 2012 – Las técnicas de Fecundación Asistida.
- CORRAL, Hernán. *Derecho y familia*, cit. por Carrasco Barraza, Alejandra. "A la sombra de la torre de Babel. A propósito de recientes reflexiones jurídicas sobre

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

familia", en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Chile, vol. 21, No. 2, mayo-agosto de 1994, p. 372.

- DE LA FUENTE Linares, J. *La protección Constitucional de la Familia en América Latina*. Revista IUS, versión Impresa ISSU. 1870-2140- Rev. IUS vol.6 no.29. Puebla Ene/Jun 2012.
  
- DE LORENZI, M. *La voluntad Parental. ¿Cuánto vale el sí quiero para ser madre o padre? La Autonomía de la voluntad en la Procreación Asistida*, en *El Derecho de Familia en Latinoamérica*. 2010.
  
- FORNOS Escobar I. *Cuestiones Constitucionales N16, México 2007. –Derecho a la Reproducción Humana (inseminación y fecundación in vitro)- Artículos Doctrinales*. 2007-EBOOK21 Cuestiones Constitucionales.
  
- FAMA, M., 2012 –*El Derecho a la Identidad de Hijo Concebido mediante tratamiento de Reproducción Humana Asistida en el Proyecto del Código Civil y Comercial de Nación*. Lecciones y ensayos N 90, 2012, Pg.171-195
  
- GONZALES, M., 2011, - *Reflexiones sobre el Derecho a la Identidad de Niños Niñas y Adolescentes en México*. Institutos de Investigación Jurídica UNAM de México. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
  
- GONZALES, A., MELON, P, NOTRICA, F. *La Gestación Por Sustitución...* Doctrina Infojus id. SAIJ: DACE 150426.

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

- HERRERA, M., CARMELO, G., PICASSO, S., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II Libro Segundo Art. 401 a 723.
- HIGHTON, Federico R., *Suspensión de la Identidad de la Persona Nacida mediante Fertilización Humana Asistida con Tercero Aportante*. Publicado por DFyP 20/08/2013,69. Citas Oline AR/DOC/2638/2013.
- IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.- *Reproducción Asistida, Genero y Derechos Humanos en América Latina*, 2008. San José.
- ITURBURU, M., SALITURI, A.M., VAZQUEZ, A.M., *La Regulación de la Filiación Derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida en la Argentina: Voluntad Procreacional y Consentimiento Informado*. Revista IUS. Jun.2017 11(39) E-Book 21.
- JIMENEZ M., *La Reproducción Asistida y su Régimen Jurídico*, E.D. Revista, Madrid, España, 2012.
- JUNQUERA, de Estefani R., TORRES D., *La Reproducción Medicamente Asistida: Un Estudio desde el Derecho y desde la Moral*. ED. UNED Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013.
- JUNYENT BAS de Sandoval B., *Fecundación Asistida e Identidad Personal*, Astrea 2016.
- KEMELMAJER de Carlucci, A, -HERRERA, Marisa, - LAMM, Eleonora. *Filiación Derivada de la Reproducción Humana Asistida. Derecho a Conocer los Orígenes, a la Información y al vínculo Jurídico*. Publicado en La Ley 09/10/2012- La Ley2012-E, 1257.

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

- KRASNOW, Adriana N.- *El Derecho a la Identidad de Origen en la Procreación Humana Asistida*. Publicado en: LA LEY 20/11/2007, 1 – LA LEY 2007-F,1224.
  
- LAMM, E., *La Importancia de la Voluntad Procreacional en la Nueva Categoría de Filiación Derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida*, Revista de Bioética y Derecho. Jan. 2012 (24):76.91.
  
- LUNA, F. *Problemas en torno a las nuevas formas de Procrear”*, en *Decisiones de vida y muerte”*. Buenos Aires, Sudamericana, 1999, pág. 229.
  
- MOSSET ITURRASPE, *El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad*, “Revista de Derecho privado y Comunitario”, n° 1, p. 11. Y cita.
  
- PUERTO, J.J., *La Consideración de los Nuevos Derechos Humanos en la Legislación Sobre Reproducción Asistida*. Universidad de Salamanca España. Acta Bioetica 2000; 6(1)-Scielo.
  
- VARSÍ R. Enrique. – *Filiación Y Reproducción Asistida*. – LA LEY2006-F, 1550.
  
- VEIGA, M. *Los Derechos Reproductivos en la Sociedad Postmodernas ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?*, en J. Vidal Martínez (coord.). *Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistidas*, Granada, Comares 1998.

# FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL

---

- ZEGER, M., a) G.D. ADAMSAN, b) J DE MAUSON, c) O. ISHIARA, d)R. MANSOR, e)K. NYGREN, f) E SULLIVAN, g) AND S. VANDERPOEL, *Glosario en terminología en técnicas de reproducción asistida. Versión revisada y preparado por el International Comitte for Monitoring. Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*, Traducido y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en Zao. Organización Mundial de la Salud, 2010.F.

## **Legislación**

- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina – 2014.
- Constitución de la Nación Argentina.
- Convencion sobre los Derechos del Niño, 1989, adoptada por la asamblea General de las naciones Unidas.
- Ley 26.618. Matrimonio Civil, 2010.
- Ley 26061. Protección Integral de los Niños Niñas y Adolescentes, 2005.
- Ley 26.862, Ley de Reproducción Medicamente Asistida, 2013. Y su decreto Reglamentario 956/13.

## **Jurisprudencia**

## *FECUNDACIÓN ASISTIDA E IDENTIDAD PERSONAL*

---

- Caso Gelman vs Uruguay; sentencia del 24/2/11; número 122. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Maria del Pilar Cabrera y Otra c. – Juzgado en lo Contencioso y Tributario Nro. 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- 2011-04-07.

### **Notas a Fallo**

- HERRERA, Marisa – LAMM, Eleonora – *De Identidad e Identidades. El Derecho a la Información y el Derecho a Conocer los Orígenes de Niños Nacidos de Reproducción Humana Asistida Heteróloga*. LA LEY 20/08/2014,5 – LA LEY2014-D,594.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. – *Insoluta Medida Cautelar que Ordena la Inscripción en Registro Civil del Nacimiento de un Niño Como Hijo de Dos Mujeres*. LA LEY 07/06/2011,7 – LA LEY2011-C,474. Cita Online AR/DOC/1766/2011.
- BIGLIARDI, Karina. – Donato, María A.- *La Voluntad Procreacional y las Normas de Determinación de la Maternidad*.- LLCABA2011 (junio),281. Cita On Line AR/DOC/1909/2011.

**ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACION**



**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	ALVARADO, Ivon Melina
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	28.579.561
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	Fecundación Asistida e Identidad Personal
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	ivonalvarado@hotmail.com
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
<b>Datos de edición:</b> <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	Río Cuarto, 06 de Julio 2017.-

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<b>Texto completo de la Tesis</b> <i>(Marcar SI/NO)<sup>[1]</sup></i>	SI
<b>Publicación parcial</b> <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

**Lugar Fecha:** Río Cuarto, Cba. 06 de Julio del 2017.-

---

**Firma autor-tesista**

---

**Aclaración autor-tesista**

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:  
\_\_\_\_\_certifique la tesis  
adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

---

**FirmaAutoridad**

---

**Aclaración Autoridad**

**Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado**

---

<sup>[1]</sup> Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

