



TRABAJO FINAL DE GRADO

ABOGACÍA

EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y LOS SUJETOS VULNERADOS EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Rocío Noelia Castillo

2016

Resumen

La identidad de una persona trasciende los límites de lo que se contempla en un documento de identidad, involucra los antecedentes biológicos de ella y todo aquello que permite que conozca sus raíces, sus orígenes biológicos; aquello que responda a los interrogantes personales de un sujeto: el derecho de saber quién es, quiénes son sus progenitores, ya que será esto lo que le permitirá afianzarse como individuo pleno y único en la sociedad.

En una época donde los conflictos de identidad generan graves inconvenientes sociales, culturales y psicológicos, se debe garantizar a todos los individuos la posibilidad de acceder a su realidad biológica, como seres libres e individuales capaces de decidir acerca de su persona, y nada más importante a la razón de ser de un sujeto que saber su verdadera historia de vida.

Atento a esto el Código Civil y Comercial ha venido a dar algunas soluciones pero no sin que esto presente también serias dudas sobre la eventual violación al derecho a la identidad de las personas nacidas por medio de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

Palabras claves: Técnicas de Reproducción Humana Asistida – Derecho a la Identidad – Violación al Derecho a Conocer los Orígenes.

Abstract

The identity of a person transcends the limits of what is contemplated in identification involves biological history of it and all that allows you to know your roots, their biological origins; what answer personal questions of a subject: the right to know who he is, who their parents are, as it will be this allowing you to establish themselves as full and unique individual in society.

In an age where identity conflicts generate serious social, cultural and psychological problems, must be guaranteed to all individuals the ability to access their biological reality, as free and individual beings capable of deciding about himself, and nothing more important the *raison d'etre* of a subject to know his true life story.

Mindful of this, the Civil and Commercial Code has come to give some solutions but not this present also serious doubts about the eventual violation of the right to the identity of people born through assisted human reproduction (TRHA).

Keywords: Assisted Human Reproduction Techniques - Right to Identity - Violation of the Right to Know Origins.

Índice.

Introducción.....	7
Capítulo I: El Derecho a la Identidad.....	11
Introducción.....	11
1. Fundamentos que dan origen a la protección del derecho a la identidad biológica.....	11
2. Posiciones que priorizan el derecho a la privacidad.....	15
3. Regulación actual en el Código Civil y Comercial.....	18
4. Regulación a nivel internacional.....	19
Conclusión.....	22
Capítulo II: Los distintos tipos de filiación.....	23
Introducción.....	23
1. Filiación. Concepto.....	23
2. Por naturaleza.....	24
3. Mediante técnicas de reproducción humana asistida.....	27
4. Por adopción.....	30
Conclusión.....	33
Capítulo III: El derecho a la Identidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	35
Introducción.....	35

1. Derecho a la Identidad. Concepto. Alcance. Jurisprudencia a nivel nacional e internacional.....	36
2. El Derecho a la Vida Privada y Familiar: La fertilización asistida a la luz del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo”.....	38
a). Interpretación de los artículos 1.2 y 4.1 de la CADH.....	43
b). La proporcionalidad de la prohibición absoluta de la fecundación in vitro como medida de protección del bien jurídico es cuestión.....	45
c). Medidas ordenadas al Estado de Costa Rica.....	47
d). La trascendencia del fallo en el contexto americano.....	47
Conclusión.....	48
Capítulo IV: Debate Parlamentario de la Ley de Reproducción Mecánicamente Asistida.....	51
Introducción.....	51
1. Desarrollo del debate.....	51
Conclusión.....	66
Capítulo V: Derecho Comparado.....	69
Introducción.....	69
1. Diversos sistemas adoptados por los países.....	69
a). Eliminación de la figura del anonimato del donante.....	70
b). Legislaciones que adoptan el sistema de "doble ventanilla".....	73
c). Posturas que conservan la figura del anonimato.....	74
d). Las posturas adoptadas por los países latinoamericanos en la materia.....	80

Conclusión.....	82
Conclusión Final.....	83
Bibliografía.....	89

Introducción.

En el presente proyecto de trabajo de investigación se pretende abordar en profundidad la problemática que se plantea en relación a si es vulnerado el derecho a la identidad de las personas nacidas bajo las técnicas de reproducción humana en la República Argentina a partir de la entrada en vigencia del o Código Civil y Comercial de la Nación, realizando un análisis de la legislación que regula la temática planteada, su puesta en práctica y la realidad vivenciada por los sujetos contemplados en la nueva categoría de filiación que define la ley.

Amplia es la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional referente al derecho de identidad, no así específicamente concerniente al derecho de las personas concebidas mediante alguna técnica de reproducción humana asistida, por ello, en la búsqueda de antecedentes que brinden conocimiento acerca de la problemática específica, se puede llegar a acercamiento de lo planteado empleando cierta analogía con lo ya estudiado, analizado y expuesto por los académicos y juristas sobre el derecho a la identidad en general.

Ocurre lo mismo respecto a la legislación en vigencia que regula la materia en análisis, siendo muy reciente su incorporación en el ordenamiento jurídico argentino, solo se encuentra contemplada en el Código Civil y Comercial, resultando insuficiente su regulación y presentando graves falencias en cuanto a la falta de precisión en la redacción de los nuevos artículos, siendo imperioso el dictado de leyes que regulen de manera específica la filiación de las personas nacidas bajo técnicas científicas, considerando de mayor importancia lo relativo a las circunstancias en las cuales la persona podrá acceder a la información sobre de sus progenitores biológicos, resultando altamente perjudicial que la posibilidad de dicho acceso quede librado a la

voluntad judicial, generando incertidumbre e inestabilidad en la protección de los derechos de los interesados en relación a su identidad biológica.

En un presente en el que los conflictos de identidad de las personas y la falta de sensación de pertenencia a un grupo humano determinado son los orígenes de los más variados desórdenes de conducta, emocionales, sociales, éticos. En este contexto, restringir la posibilidad de una persona de poder acceder a su realidad biológica, de conocer su verdadera historia, provoca un grave menoscabo en los derechos de los sujetos que sufre una incertidumbre completamente justificada acerca de su realidad genética. En el marco de lo estipulado en el Código Civil y Comercial, se evidencia una diferencia significativa entre los derechos de las personas de filiación adoptiva y aquellas nacidas mediante técnicas de reproducción asistida, contando las primeras con más garantías respecto a la posibilidad de conocer la identidad de sus progenitores.

El trabajo de investigación se desarrollará en cinco capítulos, detallando en el primero de ellos los fundamentos en los cuales se asienta la protección del derecho a la identidad en contraposición con la legislación y opiniones que priorizan el derecho a la privacidad, en este caso, de los donantes de gametos en las técnicas científicas de reproducción. También se analizará el derecho a la identidad en la República Argentina, antecedentes en el ordenamiento jurídico argentino, la regulación actual en el nuevo Código Civil y Comercial, regulación a nivel internacional.

En el capítulo II se abordará la temática de los distintos tipos de filiación en el Código Civil y Comercial.

En el capítulo III, se indagará respecto al concepto de filiación a partir de la jurisprudencia prestando especial atención al fallo Artavia-Murillo de la CIDH.

El capítulo IV analizará lo dispuesto en el debate parlamentario en torno a la ley de fertilización asistida para poder analizar el espíritu de la ley respecto a la voluntad de los legisladores en cuanto al derecho a la identidad.

El capítulo V se centrará en la filiación de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción humana asistida y el derecho comparado, es decir, como esto se ha tratado en otros países. Acto seguido, para dar cierre el trabajo se presentarán las conclusiones pertinentes a las que se haya arribado tras el derrotero analítico y explicativo que implica toda investigación.

Vale advertir en esta instancia que para llevar adelante la obra se escogió el tipo de investigación exploratorio debido a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, lo que ocasiona que exista un reducido tratamiento del tema en relación a la importancia de lo estudiado y la falta de conocimiento acerca de las consecuencias que acarreará su puesta en práctica.

Asimismo se utilizará la estrategia cualitativa ya que el tema requiere de un tratamiento analítico, comprensivo y de interpretación que permita un acercamiento a la intención real de los legisladores y el verdadero impacto que tendrá la nueva normativa en los derechos de los sujetos afectados. Con respecto a las fuentes de información, será de provechosa utilidad las primarias como el Código Civil y Comercial de la Nación, jurisprudencia actual y libros de autores especialistas en la materia; y fuentes secundarias basadas en la información contenida en las fuentes primarias, entre ellas consulta en la doctrina referida al tema en revistas jurídicas, repertorios de doctrina y tesis doctorales.

Capítulo I: El Derecho a la Identidad.

Introducción.

El presente capítulo abordará la introducción general y las nociones elementales que dan la base a la problemática planteada como objeto de estudio. Así se desarrollarán aspectos relativos al derecho a la identidad del hijo nacido por medio de TRHA, poniendo de relevancia sus fundamentos y las posturas que lo sustentan como tal, como también el derecho a la privacidad de los donantes de gametos que permitieron la concepción de este hijo.

Asimismo se indagará en la regulación actual, nacional e internacional, del derecho a la identidad buscando denotar palmariamente la importancia de tutelar este derecho.

Este análisis permitirá que avanzada la obra pueda obtenerse una respuesta concreta al interrogante que motivó a la investigación propugnada ya que este derecho a la identidad es innegablemente un derecho que todos los individuos tienen asegurado a los fines se lo pueda distinguir como ser humano único.

1. Fundamentos que dan origen a la protección del derecho a la identidad biológica.

El derecho a la identidad es inherente a la personalidad de un sujeto, lo que lo lleva a ser reconocido y protegido en distintos niveles jurídicos, tal como se analizará más adelante. Tal como explica Ciruzzi (2013) el derecho a la identidad consiste en un derecho personalísimo, de

raigambre constitucional, inalienable, innato, inherente y extrapatrimonial que tiende a salvaguardar la calidad de ser una persona única y no otra.

Los derechos de la personalidad o derechos personalísimos son “las prerrogativas de carácter extrapatrimonial, inalienables, perpetuas e inoponibles *erga omnes* que corresponden a toda persona por su condición de tal y de las que no pueden ser privadas ya que una restricción a ellas implicaría un menoscabo de la personalidad” (Belluscio y Zannoni, 1998, p.272).

Los derechos personalísimos entonces puede afirmarse, se corresponden a los derechos propios de las personas que, por su naturaleza de tal, le son innatos y le permiten no solamente distinguirse en la sociedad, sino que les aseguran la potestad de reclamar y exhortar no solo a su cumplimiento sino también a la reparación cuando éstos se puedan ver afectados. Constituyen irrefutablemente una situación de pertenencia que le permite al individuo apropiarse de su pasado, gozar su presente y proyectarse hacia el futuro (Braa, 1997).

Entre los derechos personalísimos pueden encontrarse:

1) Derecho a la Integridad física y a la vida: dentro de este derecho quedan incluidos los derechos que atañen a la existencia vital del cuerpo y el derecho a la salud (Belluscio y Zannoni, 1998).

2) Derechos de libertad: ya sea a la libertad ambulatoria o de movimiento de las personas, como también a la libertad de conciencia y espiritual. (Belluscio y Zannoni, 1998).

3) Derechos sobre la integridad espiritual: aquí se incluyen el honor, la intimidad y la imagen. (Belluscio y Zannoni, 1998).

4) Derechos al reconocimiento y respeto de la propia individualidad del sujeto: aquí, según explican Belluscio y Zannoni (1998) se ubica el derecho al nombre, pero no debería ser

así, ya que el nombre de una persona es considerado un atributo de su personalidad. Bastaría que se reconozca la identidad de la persona entonces.

Ahora bien, si no hay objeciones en la doctrina respecto a los elementos que conforman el plexo de derechos personalísimos, la cuestión cambia al momento de valorar los aspectos que involucran al derecho a la identidad en cuestión de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. Según la postura que se adopte, se podrán o no ver restringidos los alcances de este derecho.

Puede diferenciarse entonces un sector de la doctrina que afirma un derecho amplio de identidad el cual tiene injerencia en el derecho del niño a la protección de todos los elementos que conforman su identidad, a saber: el derecho a conocer a sus orígenes, al nombre, a la nacionalidad, a mantener las costumbres culturales, idioma y valores, a la identidad étnica y religiosa y a la identidad familiar, entre otros (Basset, 2011).

Por otra parte, hay quienes parten de que el derecho a la identidad del niño es un derecho restringido (Cabaleri, 2014), ya que se lo debe respetar solamente con su inmediata inscripción al momento de su nacimiento y del conocimiento del dato genético (Basset, 2011). Como es dable inferir, esta cuestión merece un tratamiento más profundo que se realizará más avanzada la obra sobre si se constituye una violación al derecho a la identidad de los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción humana asistida.

Ahora bien, atento a lo dicho cabe destacar que el derecho a la identidad demanda que existan normas jurídicas que no le impidan de forma alguna al ser humano identificarse, confinarse a un estatuto individual que lo caracteriza y lo conforma como tal. Y es dable advertir en este sentido que las normas sobre reproducción humana asistida, en tanto valorizan la

autonomía y voluntad procreacional¹ de los adultos por sobre la verdad que merecen conocer los hijos, pueden resultar lesivas de este derecho a la identidad.

Siguiendo este orden de ideas, Merlo (2015) sostiene que la introducción de esta voluntad procreacional como elemento fundante para el emplazamiento filial del hijo nacido por medio de TRHA ha logrado distinguir a los niños mediante el otorgamiento de más o menos derechos en función del modo en que han sido procreados o concebidos, lo que sin lugar a dudas conlleva a la violación de principios constitucionales y derechos consagrados en instrumentos internacionales de raigambre constitucional.

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires ha entendido que “Es la propia sociedad la que ha encargado al Estado tanto nacional como provincial la adopción de expresas y efectivas acciones positivas tendientes a determinar la identidad de origen, filiatoria y familiar de los individuos, y en especial, de los niños”.²

No puede tampoco obviar destacarse en esta oportunidad que los avances de la ciencia médica en lo que respecta a las THRA constituyen amenazas que, si no se encuentran reguladas conforme al interés superior del niño, ponen en jaque al origen biológico del hijo siendo el anonimato del donante de material genético el principal obstáculo para el efectivo goce del derecho del niño a conocer y preservar su origen. (Zavala Guillén, 2014).

A esta altura es posible afirmar que el fundamento que da el puntapié inicial a la tutela del derecho a la identidad es la antinomia que se presenta en la verdad biológica *versus* la voluntad procreacional tal cual el legislador local receptó en el Código Civil y Comercial y que

¹ ARTICULO 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

² SCJBA . "F. S. B. c/ G. G. D. s/ Filiación" (27/8/2008)

concibe la idea de preservar fundamentalmente el derecho del hijo a conocer su identidad y sus orígenes.

2. Posiciones que priorizan el derecho a la privacidad.

Como contrapunto de lo analizado anteriormente, surge evidente otro derecho fundamental que entra en colisión con el derecho del niño, niña o adolescente a saber sobre su identidad y es el derecho a la privacidad que tiene el donante de gametos que permitieron la concepción del hijo por medio de las técnicas de reproducción humana asistida.

Mantener en secreto la identidad del progenitor fue impuesto primitivamente en materia de adopciones por diversas razones y luego fue trasladado a la reproducción humana asistida.(Alkorta Idiákez, 2003). Con respecto al anonimato en la adopción se ha dicho que tenía como fin evitar prácticas como el aborto, el infanticidio o el abandono de los niños y garantizar de esta manera a las mujeres la información, atención y cuidados médicos correspondientes cuando decidieran luego del parto dar a sus hijos en adopción.(Nieto Alonso, 2004) En cambio, en las técnicas de reproducción humana asistida el objetivo era impedir que la mujer transfiera al donante, que le ha permitido ser madre, el afecto debido al marido. (Alkorta Idiákez, 2003).

Para Itziar Alkorta Idiákez (2003):

el anonimato del donante es, pues una costumbre proveniente de la práctica médica que acabó imponiéndose al resto de los ámbitos y en la propia administración sanitaria. Sin embargo, es probable que si los médicos y los propios bancos no hubieran presionado, el legislador hubiera dudado a la hora de privar al nacido del conocimiento de su origen genético (p.31).

Siguiendo el criterio expuesto por el autor, la intención de lograr la reproducción humana médicamente asistida encuentra fundamento en aspectos económicos más que de protección a los derechos. En este caso en particular, *a contrario sensu* el interés superior del niño debe ser atendido con preeminencia previo a adoptar cualquier tipo de medida que pueda afectar el ejercicio y goce de los derechos del hijo como es el conocer su origen biológico.

“Existe un imperativo de justicia que impide categóricamente tratar a los demás como meros medios para alcanzar determinados fines” señala Zavala Guillén (2014, p. 3) incluso cuando éstos puedan tener consenso o aceptación en la sociedad como es el caso de las TRHA. Sin embargo, el ocultamiento de la identidad del donante podría ser entendido a como una denegación manifiesta a la existencia de derechos y obligaciones derivados del vínculo filial entre el donante y su descendiente.

En relación al derecho a la información de las personas nacidas por TRHA, el Código Civil y Comercial establece que si se realizó ésta con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo para la inscripción del nacimiento.³ El art. 564 por su parte, define cual será el contenido de la información a la que tendrá acceso el concebido:

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

Como se observa, el ordenamiento jurídico local apostó por el principio de mantener el anonimato del donante de material genético aunque previendo la posibilidad de acceder el hijo a

³ Art. 563 Código Civil y Comercial sancionado por el HCN.

la información no identificatoria a través del centro médico cuando sea relevante para la salud; o por vía judicial, a la información identificatoria por razones debidamente fundadas y evaluadas por el juez interviniente. Es evidente por tanto que se restringe el derecho a conocer los orígenes y la identidad del hijo, a pesar de la excepción.

Quienes justifican el anonimato del donante basan en argumentos en cuestiones sobre la conveniencia de que el hijo no se encuentre legitimado para impugnar la paternidad o reclamar la filiación respecto del donante; evitar una posible pretensión de demandar al donante ante algún problema de salud genético; la posibilidad de que sea el donante quien quiera eventualmente, conocer y tomar contacto con el nacido y todo el daño psíquico que esto podría generar (Merlo, 2015). Sin embargo, y a criterio de esta tesis, estos argumentos no tendrían que ser valorados si se pretende garantizarle al niño efectivamente el disfrute de sus derechos; entre ellos, el de identidad y origen.

Vale poner de relieve asimismo que el derecho a la intimidad (art. 19 de la Constitución Nacional) no implica de manera alguna que el ejercicio de la procreación humana sea parte integrante de la reserva estipulada. Se coincide con Mizrahi (2010) en que

El Estado no debe interferir cuando se ejerce la libertad de procrear por medios naturales, o sea, cuando acontece la reproducción humana en la intimidad; pero no es lo mismo si se acude a métodos artificiales con el auxilio y el concurso institucionalizado de los médicos y los centros de fertilización que operan en el país; ámbito en el que está comprometida la responsabilidad de la sociedad toda, por lo que la cuestión se veda aquí de la mera privacidad (p. 4).

Resulta por tanto insuficiente la garantía de la intimidad familiar cuando se trata de suprimir el derecho del hijo a conocer sus orígenes. La acción privada autorreferencial que

sostiene el mentado artículo constitucional no se extiende más allá de la decisión de engendrar un hijo. Concebido el mismo, no hay intimidad que pueda alegarse con el objetivo de coartar el ejercicio de los derechos del niño.

3. Regulación actual en el Código Civil y Comercial.

Uno de los aciertos que tuvo el Código Civil y Comercial fue la incorporación de los derechos personalísimos y ello se debe a la incorporación de una norma que resulta el pilar fundamental sobre esta temática y que es aquella que promueve y garantiza la inviolabilidad de la persona humana,⁴ por lo cual los derechos personalísimos son su derivación lógica (Gherzi, 2013) También el Código regula la tutela efectiva a la dignidad del individuo.⁵

Sin cabida a dudas, tanto el art.51 como el art.52 del Código Civil y Comercial tienen en mira principalmente el irrestricto respeto a la dignidad humana y la colocan en idéntica jerarquía dada anteriormente por la Constitución Nacional, es decir, “en el centro mismo de los derechos humanos” (Flah, 2014, p. 5).

Con respecto a la disposición de los derechos personalísimos,⁶ el Código Civil y Comercial admite el consentimiento de dicha disponibilidad siempre que no sea *contrario sensu* a lo que dicta la ley, la moral y las buenas costumbres. Esto revela el respeto tanto a la dignidad humana como a la autonomía de la voluntad, y a la libertad.

⁴ ARTICULO 51.- Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

⁵ ARTÍCULO 52.- Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

⁶ ARTÍCULO 55.- Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable.

Con referencia a este art.55, explica Fabio Cantabio (2012) que

se sienta el principio universal de disposición de los derechos personalísimos que, como plasmación de la misma humanidad, queda reservada a la persona misma manifestada en un acto de voluntad que no puede presumirse y, ante la duda, debe ser interpretado en forma restrictiva (p. 6).

Ahora bien, la regulación que el Código Civil y Comercial hace sobre estos derechos y sobre la integridad básicamente, hay que sumarle el refuerzo que proviene de la ley 26.061 cuando establece que debe respetarse la identidad del niño y que los Estados parte se encuentran obligados a garantizar el debido ejercicio.

Más allá de esto, lo que se considera un gran avance, el Código Civil y Comercial debería consagrar de manera expresa el derecho del hijo nacido mediante técnicas de reproducción humana asistida a obtener la verdad sobre sus orígenes.

4. Regulación a nivel internacional.

La Convención sobre los Derechos del niño reconoce los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, reafirmando que estos son sujetos de derecho y no objetos dignos de protección, haciendo hincapié en el interés superior de ellos por sobre toda otra cuestión que tenga injerencia en la vida de los menores.

Esta Convención, establecida como ley internacional vinculante, prevé que los Estados parte garanticen a los niños, niñas y adolescentes (todos aquellos que no han cumplido los 18 años) la protección de todos los derechos que los asisten.

Entre algunas de las medidas adoptadas por la Convención sobre los Derechos del Niño se establecen: protección, asistencia, acceso a la educación y a la atención de la salud, desarrollo pleno de sus habilidades, crecimiento en un ambiente de comprensión y contención, información sobre sus derechos, participación activa en la sociedad, entre otras medidas. (UNICEF, s.f).

La esencia de la Convención se funda en la relevancia que se da a la protección y promoción de los derechos del niño mediante el desarrollo equilibrado e integral de éste en todos sus ámbitos. Tal como afirma Elena Highton “Incluye todas las escalas de derechos humanos, tanto civiles como políticos, económicos, sociales y culturales.” (2015, s.d)

Es obligación de los Estados parte “armonizar sus leyes, políticas y prácticas con las normas de la Convención” (UNICEF, s.f, p. 2).

La Convención fue aprobada el 20 de noviembre de 1989. Un año más tarde, el 27 de septiembre del año 1990 Argentina la sanciona, promulgándola de hecho el 16 de octubre de aquel año bajo la ley N°23.849. Posteriormente, tras la reforma constitucional del año 1994 se le otorga rango constitucional en virtud del artículo 75 inc.22 de la Carta Magna.

Con respecto a los derechos que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño hay tres grandes grupos: “Derechos a la supervivencia y el desarrollo, Derechos a la protección y Derechos a la participación” (UNICEF, s.f, p.3).

Entre los derechos a la supervivencia y el desarrollo se enrojan los derechos a “recibir una alimentación adecuada, vivienda, agua potable, educación oficial, atención primaria de la salud, tiempo libre y recreación, actividades culturales e información sobre los derechos” (UNICEF, s.f, p.3). Los derechos a la protección por su parte son aquellos que garantizan la “protección contra todo tipo de malos tratos, abandono, explotación y crueldad, e incluso el derecho a una protección especial en tiempos de guerra y protección contra los abusos del

sistema de justicia criminal” (UNICEF, s.f, p.3). Finalmente, los derechos a la participación son los que habilitan a los niños a “la libertad de expresión y a expresar su opinión sobre cuestiones que afecten su vida social, económica, religiosa, cultural y política” (UNICEF, s.f, p.5).

La Convención sobre los Derechos del Niño establece las bases indispensables en aras del desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, al tiempo que se promueven y se protegen sus derechos. Derechos entre los que se encuentra insoslayablemente la identidad.

No caben dudas en esta instancia que la Convención sobre los Derechos del Niño es el mayor referente de protección de los niños. Esto queda afirmado cuando en su art. 8 establece expresamente que: “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”. Consagra además, el principio del interés superior del niño. Así, su art. 3, inc. 1 establece que “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 que se atenderá será el interés superior del niño”.

Desde esa perspectiva no resulta en vano reiterar que este documento internacional confiere a los niños el derecho a conocer su filiación de origen y su identidad. Y no está de más insistir que preservar y salvaguardar la identidad de todo niño equivale a un derecho que lo asiste en cada etapa de su vida desde el momento de su concepción.

Conclusión.

Si bien es loable la tarea legislativa argentina en el marco de la sanción del Código Civil y Comercial de haber regulado principios rectores y pautas de interpretación que infieran el establecimiento de la garantía de derechos fundamentales, no menos cierto es que hay muchas cuestiones que han quedado casi al borde de la tacha de inconstitucionalidad; tal es el caso de la eventual violación al derecho a la identidad cuando se ha concebido un hijo por medio de técnicas de reproducción humana asistida .

Resulta evidente que el criterio adoptado es absolutamente en pos de la voluntad procreacional de los adultos sin tener en consideración los derechos del niño, especialmente en lo referente a su derecho a la identidad, a conocer su origen, cuyo ejercicio queda supeditado a determinadas circunstancias, como por ejemplo el derecho a la reserva de la identidad del donante de gametos.

Lo único que resta destacar es la importancia de contar en el bloque federal constitucional con instrumentos internacionales que vienen a reforzar la protección de los derechos de los niños, como es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin estas normativas vinculantes sería mucho más compleja la situación.

Capítulo II: Los distintos tipos de filiación.

Introducción.

Este capítulo tiene como objetivo exponer todas aquellas cuestiones referidas al derecho filial, con especial atención en el derecho a la identidad de los hijos.

La finalidad es por tanto dejar manifestada la trascendencia que reside en cada tipo particular de filiación según las nuevas disposiciones legales estipuladas en el Código Civil y Comercial de qué manera influye en ellas el derecho a la identidad de los hijos.

1. Filiación. Concepto.

El Derecho de Familia está compuesto por varios institutos jurídicos de suma trascendencia y uno de ellos es el relativo al derecho filial, en tanto éste fija su utilidad en establecer “quiénes son —desde el plano jurídico— padres/madres de un determinado niño o niña y, por consiguiente, cuáles son los efectos jurídicos que genera esta relación” (Herrera, 2015, p. 4). De aquí se desprende que la filiación es el instituto jurídico que permite determinar el vínculo jurídico que se crea (tanto por naturaleza, adopción o por medio de técnicas de reproducción humana asistida, como se verá a continuación) entre el hijo y sus padres.

La filiación entonces coloca a la persona en un contexto familiar de la que se derivan ciertos derechos de los que gozan los miembros del grupo (alimentos, por ejemplo) y

obligaciones y que a su vez la interrelacionan con sus antecesores, de tal forma que pasa a pertenecer a un núcleo familiar específico y determinado (Wainerman, 1996).

La filiación, por tanto, tiene injerencia directa e inmediata con la identidad de cada uno de los miembros del grupo familiar, con "el pertenecer" (Gherzi, 2015, p. 6) a este núcleo y que como consecuencia de esto lo enmarca en un ámbito que le permite ejercitar sus derechos al tiempo que debe cumplir también con ciertas obligaciones.

La filiación en el derecho argentino tuvo que aguardar muchos años para que se le reconociese su importancia. Esto es de destacar ya que el Código originario solamente reglamentaba la filiación por naturaleza y no fue sino hasta más de cincuenta años después, tras la sanción de la ley 13.252 en el año 1948, que se introdujo la filiación adoptiva. Finalmente, y con ciento diez años más de aquella primigenia redacción normativa civil, en el año 2014 con la sanción del Código Civil y Comercial que se encuentra vigente, el ordenamiento jurídico nacional se adecuó a la necesidad de reconocer como tercera fuente de filiación a las técnicas de reproducción humana asistida (Herrera, 2015).

2. Por naturaleza.

El concepto jurídico de filiación por naturaleza requiere indispensablemente del elemento biológico; elemento primario e indispensable (López del Carril, 1984). Este hecho de la naturaleza exige entonces para concretarse de dos personas: un padre y una madre, pues sin el aporte material biológico de ambos esta filiación resulta imposible.

Se puede manifestar entonces que este tipo de filiación encuentra su origen en un hecho de la naturaleza y es el producto de la fecundación cuya consecuencia es la concepción de un hijo (López Faugier, 2005).

Desde lo expuesto cabe entonces señalar que la filiación por naturaleza es el vínculo jurídico que une a un hijo con sus progenitores quienes unieron su propio material genético con el fin de la concepción del primero. Se basa, pues, en el vínculo natural que se crea cuando un individuo ha sido procreado por otros.

Tanto la filiación por naturaleza como la derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida o por adopción, puede ser matrimonial o extramatrimonial. En este sentido, se destaca que el carácter de matrimonial o extramatrimonial de un hijo se establece al momento de su nacimiento,⁷ no antes. En este aspecto es dable poner de relieve que a diferencia de lo que ocurría con el texto derogado ya no es requisito que conste en el certificado de nacimiento si los progenitores del niño se encuentran unidos por el acto jurídico matrimonial o no.

Explica Herrera (2015) que esto es en respuesta a la larga historia de discriminación jurídica por la cual se revalorizaba el carácter de hijo matrimonial, ya que originariamente el Código Civil establecía notables diferencias en materia de consecuencias jurídicas según fuese la naturaleza del vínculo filial entre un hijo y sus progenitores. El Código de Vélez distinguía entre hijos legítimos y los hijos ilegítimos, o mejor dicho, entre hijos nacidos dentro del seno de un matrimonio y los hijos nacidos fuera de él.

La ley 23.264, que introdujo cambios en el campo de la filiación y la patria potestad (ahora denominada responsabilidad parental) al Código Civil derogado, tuvo como

⁷ ARTICULO 559.- Certificado de nacimiento. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

relevancia la estipulación de la extinción de la forma de regirse los efectos propios de la filiación adoptando así el principio de igualdad de los hijos, ya sean estos nacidos dentro o fuera del vínculo matrimonial (Herrera, 2015).

Se puede aseverar pues que el art. 558 del Código Civil y Comercial ha logrado mimetizarse al principio constitucional de igualdad de los hijos sin importar el estado civil de sus progenitores. En consonancia, la redacción del art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de todo Estado de respetar los derechos enunciados en ella y el deber de asegurar su aplicación a todo niño, independientemente de su nacimiento o cualquier otra condición, como también la de sus padres o de sus representantes legales.

Como correlato se encuentra el art. 17, inc. 5°, de la Convención Americana de Derechos Humanos el que dispone: “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo” Por su parte, en la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, art.28, se replica lo anteriormente establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño y por la Convención Americana de Derechos Humanos:

Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales.

En síntesis, la filiación por naturaleza reconocida como aquel vínculo jurídico cuyo elemento indispensable es el biológico y que se desprende de la unión de gametos femeninos y masculinos con el objetivo de la concepción de un hijo, ha sido beneficiada tras la sanción del Código Civil y Comercial en materia de no violentar el principio de igualdad entre los hijos, sea cual sea la fuente de concepción (matrimonial o extramatrimonial). Asimismo se insiste en la importancia que tuvo la influencia de los instrumentos internacionales de raigambre constitucional que otorgaron los principales lineamientos receptados por el legislador local en este aspecto.

3. Mediante técnicas de reproducción humana asistida.

En junio del 2013 se sancionó la ley 26.862 de Acceso Integral a las técnicas de reproducción humana asistida, la que puede considerarse indefectiblemente como la respuesta legislativa a la disparidad y a las contradicciones suscitadas en el ámbito de la jurisprudencia local la que, según el criterio adoptado por los magistrados, admitía o denegaba pedidos de cobertura de prácticas de técnicas de reproducción humana asistida. Esta norma *supra* citada tuvo en cuenta lo que en aquel momento era la línea argumentativa del Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial. Fue así como se reconoció finalmente a las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente filial (Herrera, 2015).

Siguiendo con la concordancia entre la ley 26.862 y las normas del Código Civil y Comercial que regulan esta temática tan particular, es dable observar que ambos han servido de sustento al proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados el 12 de noviembre del 2014 y que está bajo estudio en la Cámara de Senadores el cual propone regular ciertos aspectos

que aún faltan reglamentar en lo que respecta al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. A título ejemplificativo se señalan: las donaciones, derechos y deberes de los centros médicos especializados, prohibiciones, y a la protección del embrión no implantado o in vitro (Herrera, 2015).

A nivel provincial también se ha reglamentado la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida como herramienta que beneficia los derechos reproductivos de las personas.

- La ley N° 14208 (Buenos Aires) art 1: “La ley tiene por objeto el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud (OMS)...”.
- Río Negro, mediante ley N° 4557, art 1: “el derecho a la descendencia como parte de los derechos sexuales y reproductivos y por lo tanto, reconocidos como derechos personalísimos.”
- Córdoba, mediante la ley N°9695, art. 12 inc. n: “la cobertura de tratamientos de fertilización asistida, a fin de promover el desarrollo familiar a aquellos beneficiarios que acrediten las condiciones que establezca la reglamentación”.
- Mendoza, mediante ley N° 6433, crea el Programa Provincial de Salud Reproductiva que fija entre sus objetivos “el de efectuar la detección precoz y el tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual y de las patologías del aparato reproductor”.
- La Pampa mediante la ley N°1363, crea el Programa Provincial de Procreación Responsable, art. 3 “entre los servicios que brindará se encuentra el de facilitar la información y la accesibilidad a los recursos necesarios para el tratamiento de la infertilidad”.
- Neuquén, mediante la ley 2258 se creó la Comisión Permanente de la Fecundación Asistida e Investigación Genética.

Es irrefutable la tendencia legislativa a reconocer el derecho reproductivo que asiste a quienes padecen ante la obstaculización de procrear biológicamente por causas de salud. Este reconocimiento del derecho reproductivo, fundado en la voluntad procreacional, ha logrado que el legislador optara por incluir dentro de los tipos de filiación a las técnicas de reproducción humana asistida.

Como expresara Gil Domínguez (2014) el notable avance científico y tecnológico en áreas médicas posibilitó que el deseo de ser madre y padre se hiciera realidad sin discriminación alguna en lo que respecta al plan de vida escogido por las personas. Esto innegablemente significa la imperiosa necesidad de aceptar que la sexualidad y la reproducción deben constituirse, en este caso concreto, como dos prácticas autónomas e independientes.

No obstante las buenas nuevas señaladas hasta el momento, es de advertir asimismo lo que pueda a futuro ocurrir ante la falta de definición con respecto a estas nuevas formas de concepción y consecuente filiación de los niños nacidos por medio de estas técnicas, habida cuenta el primer resultado de las mismas es el desconocimiento de la verdadera identidad biológica quedando latente una eventual vulneración a la dignidad humana del hijo.

De lo anteriormente expuesto puede resumirse que el eje de debate en torno a las técnicas de reproducción humana asistida como una nueva fuente de filiación debe abordarse desde la posibilidad abierta a una transgresión al derecho a la identidad biológica del hijo nacido tras la aplicación de estos procedimientos médicos; por otra parte y no menos importante puede manifestarse también el derecho a la privacidad del donante de gametos que viabiliza la concepción.

Es irrefutable la colisión de derechos que surgen de esta filiación; más allá de eso lo importante es abocarse a resolver conforme el interés superior del niño y evitar vulnerar un derecho tan importante como lo es la identidad.

4. Por adopción.

El propio Código Civil y Comercial define claramente al instituto jurídico de la adopción en el art. 594. Así establece que se trata de una

una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

Atento la definición brindada puede avizorarse que la filiación por adopción es el vínculo jurídico que se crea entre niños, niñas y adolescentes que por circunstancias diversas han quedado fuera de la órbita de protección de su familia biológica y hombres y mujeres que quieren convertirse en padres (sea cual fuere su estado civil). Este vínculo, a diferencia del adopción por naturaleza, requiere de elementos taxativamente legales, por lo que se puede alegar es un mero vínculo de naturaleza judicial.

En esta instancia se advierte que las nuevas disposiciones provistas por el Código Civil y Comercial hacen radicar su esencia en la expresa mención a los principios que servirán de pautas

interpretativas al momento de definir sobre una adopción. Así, se establecen como principios rectores:

- a) el interés superior del niño;
- b) el respeto por el derecho a la identidad;
- c) el agotamiento de la permanencia del niño en la familia de origen o ampliada;
- d) la preservación de los vínculos fraternos y su separación por razones fundadas;
- e) el derecho a conocer los orígenes
- f) el derecho del niño y valorada su opinión de conformidad su edad y grado de madurez.

La adopción por tanto configura la posibilidad con la que cuentan los niños o adolescentes - declarados en estado de abandono y vulnerabilidad previamente en sede judicial- de desarrollarse en un ámbito de sustento y protección familiar.

Es así que tal como ocurre con la filiación por naturaleza, las modificaciones en este otro tipo de filiación, también se encuentran en concordancia con los lineamientos internacionales emergentes del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño y, en el marco nacional, se relacionan a lo dispuesto en la ley N°26.061 y a la Constitución Nacional.

María Madgalena Galli Fiant (2015) pone de manifiesto que la adopción es una “...una institución jurídica de protección que procura la inserción en una familia que satisfaga las necesidades afectivas y materiales de niños y adolescentes...” (s.d).

El Código Civil y Comercial en sus arts. 619, 620, 627 y 630 y 631⁸ reseñan los tres tipos de adopción que existen en el ordenamiento jurídico argentino. No obstante, de entre las

⁸ ARTÍCULO 619.- Enumeración. Este Código reconoce tres tipos de adopción: a) plena; b) simple; c) de integración. ARTÍCULO 620.- Concepto. La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo. La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto lo dispuesto en este Código. La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4ª de este Capítulo ARTÍCULO 627.- Efectos. La

restantes disposiciones legales emergen los requisitos y formalidades que deberán cumplirse a los efectos el juez pueda optar, conforme el interés superior del niño, niña o adolescente, cuál será el tipo de adopción acorde a las necesidades de ese menor.

El artículo 619 del Código Civil y Comercial define a la adopción plena como la institución que “confiere al adoptado la condición de hijo.” Se infiere de dicho concepto que el niño, niña o adolescente adoptado por adopción plena, sin ninguna distinción, pasa a ser considerado hijo del o de los adoptantes.

“La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto lo dispuesto en este Código”.⁹

Por adopción de integración se entiende a la adopción que “se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente”.¹⁰ En este caso concreto es dable subrayar que este tipo de adopción había sido reglamentada en diferentes regulaciones normativas, por lo que la trascendencia se encuentra en que finalmente el Código Civil y Comercial la integró y unificó.

En el ámbito procesal es bueno exponer que se disponen en el texto del Código Civil y Comercial las garantías sustanciales y adjetivas que rodean al proceso judicial de adopción. Por

adopción simple produce los siguientes efectos: a) como regla, los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen no quedan extinguidos por la adopción; sin embargo, la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes; b) la familia de origen tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño; c) el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos; d) el adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos; a falta de petición expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena; e) el derecho sucesorio se rige por lo dispuesto en Libro Quinto. ARTÍCULO 630.- Efectos entre el adoptado y su progenitor de origen. La adopción de integración siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante. ARTÍCULO 631.- Efectos entre el adoptado y el adoptante. La adopción de integración produce los siguientes efectos entre el adoptado y el adoptante: a) si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado; b) si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el artículo 621.

⁹ Art. 639 Código Civil y Comercial sancionado por el HCN.

¹⁰ Art. 630 Código Civil y Comercial sancionado por el HCN.

otra parte, en el mismo sentido, se han singularizado plazos perentorios a los efectos de que no excedan los plazos razonables en el dictamen del estado de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente.

Tras interpretar las modificaciones en cada tipo de adopción y sobre todo en lo que refiere a la incorporación de principios rectores en este campo, es útil destacar la loable tarea legislativa que se ha fundado en la protección de los derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes, poniendo en evidencia que el interés superior del niño es el principio rector en el que ha de sostenerse todo el procedimiento.

Conclusión.

La evolución de la familia y del derecho ha dado lugar a una nueva causa fuente del derecho filial fundado en la voluntad procreacional; con el avance de la ciencia se incorporó a la sociedad una opción cada vez más difundida y utilizada entre sus miembros como es la posibilidad de acceder a la paternidad a través de técnicas de reproducción humana asistida, lo que implicó dado la complejidad y los innumerables efectos jurídicos y sociales que implica una relación de familia, buscar una regulación que contemple la nueva fuente de filiación, con la consiguiente inevitable falla en distintas circunstancias no previstas o contempladas por el legislador.

Vale recordar que en primer lugar el Código Civil originario regulaba la filiación biológica, con el paso de los años recién se comenzó a reglamentar la filiación adoptiva y finalmente, tras la sanción del Código Civil y Comercial, se estipuló la filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

Mientras en la filiación biológica el vínculo jurídico se asienta en el elemento biológico, en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida el vínculo tiene su razón de ser en la voluntad procreacional de los individuos; tal como también ocurre en la adopción (solamente que en esta última la voluntad no es de procreación sino que consiste en el mero de hecho de convertirse en padres de un niño o de un adolescente declarado judicialmente en estado de abandono).

No existen dudas que estos avances sociales, jurídicos y científicos han generado cuestiones que no siempre resultan del todo beneficiosas ya que algunas de ellas son problemáticas desde el punto de vista que deben ser resueltas por el derecho posteriormente en aras de preservar los derechos humanos fundamentales sobre todo de niños, niñas y adolescentes que pueden ver afectado en primer término su derecho a la identidad y a conocer sus orígenes, con todos los efectos sociales, emocionales y psicológicos que ello implica.

Capítulo III: El derecho a la Identidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Introducción.

La identidad de una persona constituye un proceso que se inicia desde la concepción y se prolonga hasta la muerte, y en algunos aspectos, incluso más allá. La vida de un individuo se desarrolla en un entramado de relaciones sociales que, a su vez, provee los recursos de desarrollo y afianzamiento de la propia identidad, es decir, que requiere de ésta para generarse. Por ello, debe ser considerada un fenómeno dinámico.

Durante su crecimiento, el niño va constituyendo su identidad en contacto con su familia, su historia y el medio cultural en el que se desarrolla. Por ende, constituye un supuesto no cuestionable de la acción humana; en nuestra vida cotidiana damos por sentado que tanto nosotros como aquellos con quienes interactuamos poseen una identidad propia. La identidad no es solo una consecuencia de un adecuado registro del nacimiento, sino que es un proceso que se desenvuelve a través del tiempo. Por este motivo debe ser considerada un fenómeno dinámico. Durante su crecimiento, el niño va constituyendo su identidad en contacto con su familia, su historia y el medio cultural en el que se desarrolla. (Secretaría de Derechos Humanos, 2009, p. 21).

Las nuevas tecnologías en materia de reproducción asistida y su regulación jurídica implican el reconocimiento del derecho de aquellas personas con problemas de fertilidad a una

vida familiar. Sin embargo, el debate principal que gira en torno a las mismas se reduce a la ponderación de dos derechos inalienables: el derecho de la persona nacida mediante métodos de reproducción asistida a conocer sus orígenes y el derecho a la privacidad del donante de gametos.

1. Derecho a la Identidad. Concepto. Alcances. Jurisprudencia a nivel nacional e internacional.

El concepto de “identidad” ha sido objeto de numerosos debates en distintos campos de investigación, lo cual es producto de la complejidad que el mismo presenta.

Mientras algunos la definen como una necesidad afectiva – sentimiento -, cognitiva - conciencia de sí mismo y del otro como personas diferentes- y activa -el ser humano tiene que “tomar decisiones” haciendo uso de su libertad y voluntad – (Fromm, 1967, p. 55 y ss.), otros sostienen que se trata de aquella decisión solitaria por la que el individuo moral asume la responsabilidad de su propia biografía convirtiéndose en aquel que es (Habermas, 1989, p. 99).

Aquí se tomará en consideración la definición de identidad brindada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual la entiende 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. Este derecho se desdobra en el derecho a la propia herencia genética y el derecho al hábitat natural que como ser humano le es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano. La identidad de un individuo la constituye el genoma en diálogo con el ambiente, porque son los estímulos y respuestas del

hábitat quienes descifran el mensaje genético. La biología, proporciona las estructuras que interactúan recíprocamente con el mundo cultural. Éste transmite por instrucciones y aprendizaje, no sólo formas de vida, sino también los elementos que descodifican el mensaje genético.¹¹

En este sentido, el Comité Jurídico Interamericano sostiene que el derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana. Es en consecuencia un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su Conjunto que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, reconoce que la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación y obstaculizan el derecho que toda persona tiene al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica.¹²

El reconocimiento del Derecho a la Identidad por parte de la comunidad internacional ha sido una construcción que evolucionó desde los primeros instrumentos internacionales que surgieron a mediados del siglo XX hasta la actualidad. En los primeros instrumentos de la post-guerra, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el derecho a la identidad no fue contemplado de la misma manera que en los instrumentos posteriores.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Gelman vs Uruguay; sentencia del 24/2/11; número 122

¹² Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 12

Empero, varios de los elementos que actualmente no dudamos en considerar constitutivos del derecho a la identidad eran susceptibles de protección jurídica desde aquel momento. Así, podemos mencionar el derecho a una nacionalidad, a no sufrir injerencias ilícitas en la vida privada y familiar, el derecho a la libertad de conciencia y religión, entre otros. Con posterioridad, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 18 y 20) adoptaron textos en este sentido.

2. El Derecho a la Vida Privada y Familiar: La fertilización asistida a la luz del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo”.

Todas las personas tienen derecho a reproducirse y el mismo forma parte de su derecho a tomar decisiones vitales y a organizarse familiarmente. Ante ello, el Estado desempeña un papel pasivo, el cual implica fundamentalmente la abstención de imponer límites o interferir o controlar este tipo de decisiones, salvo situaciones extremas.

Los derechos reproductivos contemplan, a su vez, otros derechos relacionados con él como son a la intimidad personal y familiar, el derecho a fundar una familia y el derecho a la salud en su vertiente reproductiva (Brena, 2013, p. 797).

Si bien el derecho o libertad a la procreación natural es casi absoluto para las parejas sin problemas de fertilidad, debemos de tener en cuenta que existe un gran porcentaje de la población mundial con problemas de infertilidad; considerada ésta por los organismos internacionales de salud como la incapacidad para lograr un embarazo después de tener

relaciones sexuales sin protección por más de doce meses. A estas personas se les reconocen los mismos derechos reproductivos que a las personas fértiles, sólo que se presenta una dificultad o alguna imposibilidad para el ejercicio de los mismos.

El derecho a la procreación artificial, debido a la complejidad y a los riesgos asociados a las técnicas de reproducción asistida y de todos los intereses y derechos de los implicados en su aplicación, debe ser atendido por los Estados de manera distinta. Podríamos insistir en que en el derecho a la procreación artificial, subyace, desde luego, el principio de la autonomía, el cual otorga a las personas la posibilidad de decidir si quieren o no acceder y hasta escoger alguna de las técnicas de reproducción asistida de acuerdo con sus propios valores, ideas y creencias; además, a diferencia del derecho a la procreación natural, las personas tienen el derecho de exigir al Estado que no limite o suprima su derecho, no al menos sin una justificación racional, legítima y proporcional (Brena, 2013, p. 797).

Así las cosas, el Estado no sólo tiene la obligación negativa de no obstaculizar el acceso a técnicas de reproducción asistida, sino que tiene la obligación positiva de facilitarlos. Es deber del Estado proporcionar a sus ciudadanos los servicios de salud reproductiva entre los cuales se incluye el derecho de acceder a la tecnología médica para ejercer su derecho.

En el año 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete final de la Convención Americana de Derechos Humanos, trató un caso sobre fertilización asistida en “*Artavia Murillo c. Costa Rica*”.

El caso llega a su conocimiento por la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica del 15 de marzo de 2000, la cual fue fundada en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta resolución determinó la

inconstitucionalidad el Decreto Ejecutivo núm. 24029-S mediante el cual se regulaba la técnica de fecundación in vitro. Este fallo implicó que fuera prohibida la aplicación de esa técnica reproductiva en Costa Rica y ocasionó que algunas personas interrumpieran el tratamiento médico que ya habían iniciado, y que otras se vieran obligadas a acceder a la FIV viajando a otros países.

La Sala dispuso:

El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. (...) La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la fecundación in vitro implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la Sala ha podido

constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos – voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta – viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas.

La decisión del máximo tribunal costarricense ya había sido analizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual entendió que la cuestión a dilucidar se relacionaba con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían tenido lugar como consecuencia de la sentencia de la Corte. Así, razonó que la prohibición absoluta de la técnica de fertilización in vitro significó una injerencia arbitraria en los derechos de las víctimas, ya que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto a la posibilidad de tener hijos biológicos.

Así, observó que:

La decisión de tener hijos biológicos pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar y la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja.

Ante de la desatención del Estado de Costa Rica a las recomendaciones que fueron emitidas, la Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación a los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con los artículos 1.1 y 2o. de dicho instrumento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se decidió a favor del reconocimiento y protección de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada de aquellas parejas que por problemas de infertilidad estaban en proceso o en lista de espera para que se les practicara una fecundación in vitro, la cual no pudo llevarse adelante luego del polémico fallo de la Sala Constitucional. Al ser la Corte Interamericana la intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos, debemos entender que su fallo en este caso constituye un cambio de paradigma para nuestro continente, debiendo los Estados parte de la Convención actuar conforme al mismo para que no puedan ser culpados de actuar en contra del derecho internacional y, por ende, ser responsabilizados de una violación al mismo.

A continuación analizaremos los puntos que, a nuestro criterio, son los más relevantes de la decisión de la Corte Interamericana.

a) Interpretación de los artículos 1.2 y 4.1 de la CADH.

En su artículo 1.2, la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que “persona es todo ser humano”.

Por su parte, el artículo 4.1 de la CADH expresa:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción...

En primer lugar, la Corte, siguiendo su propia jurisprudencia, sostiene que estos artículos deben ser interpretados de buena fe a partir de cuatro métodos: el sentido corriente de los términos; la interpretación sistemática e histórica; la interpretación evolutiva y la interpretación basada en el objeto y el fin del tratado.¹³

Para determinar el momento de la concepción y, por lo tanto, del comienzo de la vida humana, la Corte Interamericana considero que es una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa y coincide con tribunales internacionales y nacionales al sostener que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, sostiene que hay juicios que confieren ciertos atributos de tipo metafísicos a los embriones. Dichas posturas no pueden fundar la prevalencia de cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en

¹³ Párr. 172.

la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.¹⁴

Es decir, que la Corte se inclina por un criterio laicista, en tanto descarta la posibilidad de injerencia de tipo religioso en la interpretación de conceptos de tipo jurídico. Vale la pena aclarar que esta postura fue tomada tras recibir numerosos *amicus curiae* en el caso, entre los cuales se encontraban representantes de variadas posiciones sobre el tema en cuestión.

La Corte menciona los dos modos de interpretar “concepción” tanto en la literatura científica como en la jurídica: entendiéndola como la fecundación del óvulo por el espermatozoide; por el otro, como implantación del óvulo fecundado en el útero de la mujer. La Corte toma la segunda interpretación considerando que, si bien la fecundación implica la existencia de una célula diferente, en ausencia de implantación, el embrión no puede desarrollarse.¹⁵

Asimismo, la Corte se avocó a analizar el término “persona” concluyendo que no es posible sostener que el embrión sea titular que pueda ejercer los derechos consagrados en tales instrumentos.

Mediante una interpretación sistémica e histórica, la Corte concluyó que el término “en general” en el artículo 4.1 intenta balancear posibles derechos en conflicto. Por un lado, se reconoce el legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero éste interés debe ser armonizado con los derechos reconocidos a otras personas, en especial los de la madre. No puede alegarse la protección absoluta del embrión, si con ello se anulan otros derechos.

¹⁴ Párr. 185

¹⁵ Párr. 186-187.

La Corte indicó que existe una diferencia entre el significado de proteger el derecho a la vida y el de garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualquier regulación social o jurídica. Si bien es cierto que durante los procedimientos de fecundación in vitro, se pueden malograr embriones, esto no ocurre como resultado directo de la técnica sino que sobreviene como parte del proceso con que se expresa nuestra naturaleza.

Así, determinó que corresponde a los Estados, a través de la legislación pertinente, proveer las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que gametos y embriones su potencialidad de llegar a ser persona.

En resumidas cuentas, la Corte concluye que el embrión no es “persona”, que “concepción” debe entenderse como “implantación en el útero” y que la protección del derecho a la vida no es absoluta, sino que debe balancearse con otros derechos que la Convención Americana de Derechos Humanos reconozca (Herrera Vacafior, 2013, p. 14).

b) La proporcionalidad de la prohibición absoluta de la fecundación in vitro como medida de protección del bien jurídico en cuestión.

La Corte consideró en primer término que la sentencia de la Sala Constitucional significó un impacto desproporcionado al establecer mayores barreras sociales y negar el derecho a acceder a las técnicas necesarias para resolver los problemas en la salud reproductiva de las personas con infertilidad. Este razonamiento partió de considerar a la infertilidad como una

enfermedad que genera la incapacidad de lograr un embarazo clínico y, por ende, deviene en la discapacidad de las personas que la contraen.¹⁶

Posteriormente, analizó si la prohibición absoluta tuvo un impacto desproporcionado sobre la mujer o el hombre infértil en relación a estereotipos y perjuicios socialmente construidos. En base a los informes de la OMS y la OPS, y peritajes mostró que la sociedad define a la mujer y su femineidad a través de la maternidad y su fecundidad, por lo cual la sentencia analizada impide a la mujer superar el peso de su autoculpabilización.¹⁷

Por último, la Corte consideró que la prohibición absoluta provocó un impacto desproporcionado sobre la condición socioeconómica de las parejas infértiles con recursos insuficientes para obtener el tratamiento en el exterior, ya que las mismas se vieron forzadas a viajar a otros países para poder ejercer un derecho fundamental como lo es la planificación de su vida familiar. Los altos costos de realizar el tratamiento de FIV en el exterior impidieron a varias parejas infértiles alcanzar la procreación y su plan de vida familiar.

En definitiva, la Corte Interamericana concluyó, a partir de la ponderación entre los derechos en conflicto en el caso y la importancia de proteger al embrión, que la prohibición absoluta viola los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia. En especial, la restricción al ejercicio de derechos generó un impacto desproporcionado en las personas o parejas con discapacidad a causa de la infertilidad que les afecta, los estereotipos de género y, en algunos casos, la situación socioeconómica (Herrera Vacaflor, 2013, p. 16).

¹⁶ Párr. 288.

¹⁷ Párr. 298.

c) Medidas ordenadas al Estado de Costa Rica.

Tras concluir que el Estado de Costa Rica incurrió en responsabilidad por violar el derecho internacional con el dictado de la sentencia elevada a su conocimiento, la Corte le impuso una serie de medidas, a saber:

- La obligación de levantar la prohibición, de modo que no haya impedimentos para el acceso a la fecundación in vitro.
- Regular a la brevedad la práctica de la fecundación in vitro sobre la base de los principios establecidos en el fallo.
- La obligación de la Caja Costarricense de Seguro Social de incluir la cobertura de la fecundación in vitro dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.
- La indemnización a las víctimas tanto por el daño material como por el inmaterial.

d) La trascendencia del fallo en el contexto americano.

Como dijimos precedentemente, esta decisión de la Corte Interamericana se pronuncia en un caso particular. Sin embargo, la misma implica un cambio de paradigma en la región por cuanto la interpretación de términos como “persona”, “concepción” y “en general”, del artículo

4o. de la Convención Americana así como el reconocimiento de los derechos que van asociados a los derechos reproductivos; a la integridad personal, libertad personal y vida privada o como a la no discriminación, no deberán ser desconocidos por los legisladores que intenten crear nuevas leyes (Brena, 2013, p. 801).

Asimismo, la Corte se percató de que el ámbito de la toma de decisiones sobre reproducción es crucial para el ser humano y suponen una libertad que sólo puede ser ejercida en un Estado laico, el cual no admita imposiciones ni trabas religiosas a las decisiones de cada persona (Brena, 2013, p. 802).

En este orden de ideas, la sentencia en el caso analizado constituye una fuente normativa a la cual atenerse, en tanto una legislación interna respetuosa de los compromisos asumidos por los Estados, implica una armonizar su contenido con los textos adoptados en el ámbito internacional y con las interpretaciones que de los mismos realizan los órganos y organismos creados a tales fines.

Conclusión.

El fallo Artavia Murillo tiene una trascendencia importante para el análisis que tiene por objeto este trabajo. A la hora de balancear los derechos reproductivos con el derecho a la identidad no es posible anular la importancia y relevancia del derecho a la reproducción, e incluso el Estado se encuentra obligado a garantizar el acceso al mismo entre quienes no disponen de los medios para acceder a él. Sin embargo, este derecho no debería entrar en conflicto con el derecho a la identidad. El fallo no permite entender esto. Por otro lado, tiene la

virtud del fallo de realizar una interpretación clara a partir de cuándo se puede considerar portador del derecho a la identidad a la persona por nacer. Este derecho no comienza en la concepción, es decir en la unión entre el espermatozoide y el óvulo, sino en la implantación del embrión en el útero materno. De esta forma, lo que se entiende por “persona” queda limitado de forma más clara por este fallo que se erige como la interpretación a tomar en consideración respecto a la cuestión de los límites de los derechos de las personas por nacer.

Más allá de las precisiones que introduce el fallo, no da definiciones de peso sobre la cuestión de la identidad de los niños nacidos por técnicas de reproducción, en especial en el caso de la donación de gametos. Esta cuestión si bien no es tratada, el fallo la habilitaría en tanto señala que el acceso a la posibilidad de la fertilización no puede ser prohibido, y además ese acceso en el caso de personas que requieran donantes por transitividad, tampoco. Por lo tanto, la consecuencia del fallo es abrir necesariamente un debate sobre el cuál no acaba fijando una posición clara.

Capítulo IV: Debate Parlamentario de la Ley de Reproducción Mecánicamente Asistida.

Introducción.

La Ley Nacional 26.862 de Reproducción Mecánicamente Asistida fue promulgada por el Congreso Nacional el 25 de junio de 2013. La normativa persigue el objetivo de garantizar el acceso universal a los procedimientos y las técnicas médico asistenciales de fertilización asistida. Son sujetos del derecho todas las personas mayores de edad que presten consentimiento informado. La ley establece que todos los prestadores de servicios de salud (incluyendo al sector público, las entidades de medicina prepaga y las obras sociales) deben incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura integral e interdisciplinaria, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo, los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud engloba bajo el concepto de reproducción mecánicamente asistida. En este capítulo se analizarán los argumentos planteados en su fundamentación por los legisladores, las objeciones vertidas con especial atención a la cuestión del derecho a la identidad de los niños por nacer.

1. Desarrollo del debate.

La Diputada cordobesa y miembro informante de la Cámara, María Elena Chieno, argumentó que, dada la insuficiente regulación legislativa en materia de técnicas de fertilización

asistida, quienes necesitan tratamientos de esa naturaleza se ven forzados a recurrir al poder judicial a efectos de que las prestadoras de medicina prepaga se los concedan. Consecuentemente, destacó la necesidad de que el acceso a los procedimientos de fertilización asistida se encuentre garantizado por el Estado a través de la promulgación de la Ley 26.862 (Serafini y Lissarrague, 2013, p.107). Sostuvo que el principal destinatario de la ley lo constituía el segmento social integrado por la clase media trabajadora y las clases vulnerables, incapaz de costearse los tratamientos por su cuenta (Serafini y Lissarrague, 2013, p.108). Desde otra posición, la Diputada del PRO, Silvia Majdalani, subrayó que el proyecto de ley no consideraba cuestiones relativas al derecho a la identidad, es decir, que no introducía garantía alguna que permitiera a un individuo concebido por medio de técnicas de fertilización asistida, una vez alcanzada la mayoría de edad, conocer a su donante. Resaltó la peligrosidad de esa omisión afirmando, allende del derecho a la identidad, que una persona nacida por medio de procedimientos de reproducción asistida podría necesitar conocer a su donante (Serafini y Lissarrague, 2013, p.108) por razones médicas o genéticas. Por otro lado, destacó que la no consideración de un registro único de donantes de gametos y embriones en la letra de la ley resultaba susceptible de generar un enorme problema genético, puesto que habilitaría a una misma persona la donación en forma ilimitada y al material ser empleado en un sinnúmero de receptores. (Serafini y Lissarrague, 2013, p.110).

Desde el punto de vista económico, sostuvo, la ley se presentaba inaplicable: el presupuesto de salud no contemplaba los recursos necesarios para financiar las significativamente onerosas técnicas de reproducción asistida (Serafini y Lissarrague, 2013, p.110). En razón de las consideraciones expuestas y contra el dictamen de la mayoría de las comisiones de Acción Social y Salud Pública, Legislación General, Familia, Mujer, Niñez y

Adolescencia y de Presupuesto y Hacienda, la Diputada Majdalani propuso un fundamento distinto de la ley, basado en considerar a la infertilidad como una enfermedad. Según esa premisa, para que a un sujeto solicitante del tratamiento se le conceda la cobertura, debe presentar un diagnóstico médico que certifique su infertilidad. (Serafini y Lissarrague, 2013, p.111).

Muy por el contrario, el proyecto del oficialismo establecía el acceso universal a los tratamientos de fertilización asistida independientemente de que los beneficiarios fueran infértiles o no, de modo que alcanzase también a parejas homosexuales (Serafini y Lissarrague, 2013, p.111). Majdalani advirtió también que, al ser los recursos del Estado limitados para asistir este tipo de patologías, se tornaba imperioso establecer criterios de priorización en la asignación de los tratamientos, factor que en el dictamen de mayoría no se contemplaba, en tanto se estimaba la cobertura un derecho universal sin restricción alguna. Al respecto, la Diputada mentó que cuando todos son beneficiarios de algo, resulta que nadie es beneficiario de nada. (Serafini y Lissarrague, 2013, p.112).

La Diputada María Storani invocó una serie de artículos incorporados en convenios internacionales sobre derechos humanos y alusivos a la necesidad de acceder a una buena salud: el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 24 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Serafini y Lissarrague, 2013, p.114). Sostuvo la decisión de no considerar la infertilidad como una enfermedad arguyendo la necesidad de ampliar derechos, sin discriminación alguna (Serafini y Lissarrague, 2013, p.111).

El Diputado Radical Juan Tunessi expresó que el hecho de que sólo pudieran tener acceso a los tratamientos de fertilización los sectores pudientes resultaba una situación de irritante desigualdad (Serafini y Lissarrague, 2013, p.115). Preciso que la ley facilitaba que las personas con cobertura de obras sociales o prepagas pudieran acceder a los tratamientos más dejaba al resto entregado a un sistema estatal que no contaba con un desarrollo uniforme a lo largo del territorio nacional (Serafini y Lissarrague, 2013, p.116). A modo de solución, propuso que el sector público establezca convenios con centros de avanzada en tecnologías de fertilización (Serafini y Lissarrague, 2013, p.116). También manifestó la necesidad de que los tratamientos no puedan ser violatorios de la propia voluntad o autodeterminación de la mujer, reteniendo ésta el derecho de revertir su decisión hasta el momento de la implantación final (Serafini y Lissarrague, 2013, p.116).

En apoyo al dictamen de la mayoría, la Diputada Virginia Linares argumentó que la sanción de una ley Nacional de Fertilización Asistida representaba una demanda histórica de la sociedad y que implicaba saldar una deuda con un 10 a 15 por ciento de parejas impedidas de acceder a tales procedimientos al carecer de los recursos económicos suficientes (Serafini y Lissarrague, 2013, p.117). Observó también que constituía un avance la incorporación de los tratamientos de fertilización en el Programa Médico Obligatorio, sin discriminación ni exclusión por orientación sexual o estado civil (Serafini y Lissarrague, 2013, p.116).

La Diputada por la Provincia de Buenos Aires, Graciela Iturraspe, explicó que introducir legislación en cuestiones sexuales y reproductivas propicia efectos en los derechos civiles y sociales: con respecto a los primeros consagra la igualdad ante la ley y la no discriminación por orientación o identidad sexual, en relación a los segundos facilita el avance en la desmercantilización de la salud (Serafini y Lissarrague, 2013, p.118). En similar análisis, la

Diputada por el Movimiento Popular Neuquino, Alicia Comelli, indicó que el proyecto debatido consolidaba los principios de igualdad y no discriminación. Asimismo, mentó que los antecedentes de distintos fallos judiciales a nivel nacional y provincial habían tornado flagrante la deuda que el Congreso mantenía en cuanto a legislación de fondo en materia de reproducción asistida (Serafini y Lissarrague, 2013, p.120).Apuntalando el fundamento económico de la ley, el Diputado Sandro Guzmán subrayó que ante la falta de supervisión alguna por parte del Ministerio de Salud de la Nación, la aplicación de técnicas de fertilización asistida en centros privados se transforma en un gran negocio que se aprovecha de la esperanza de miles de personas que sueñan con ser padres (Serafini y Lissarrague, 2013, p.121).

Manifestando sus reservas, el Diputado Jorge Cardelli objetó que la ley, al no introducir ninguna referencia a la financiación de las técnicas y procedimientos, posibilitaba el inicio de acciones legales por parte de prepagas y obras sociales que no disponían de los recursos necesarios para hacer frente a la demanda (Serafini y Lissarrague, 2013, p.122). El Diputado Felipe Solá expresó idéntica preocupación al subrayar que la ley contribuiría a recargar significativamente los presupuestos de los efectores de salud (Serafini y Lissarrague, 2013, p.125). La Diputada Graciela Ocaña, si bien celebró que la inclusión de las técnicas de fertilización asistida dentro del Programa Médico Obligatorio contribuyera al fin de los litigios legales entre los particulares y los efectores de salud, también declaró su preocupación por la ausencia de mecanismos de financiamiento específico para el sector público en el proyecto de ley (Serafini y Lissarrague, 2013, p.126). A ese respecto, expresó que se estaban construyendo dos estándares: uno para aquellos con acceso a prepagas u obras sociales y otro para los que, desprovistos de ese acceso, se vieran obligados a recurrir al sistema público. Invocó la necesidad de trabajar en la reglamentación de la ley al propósito de evitar el desequilibrio descripto.

Cuestionando el proyecto, el Diputado jujeño Mario Fiad postuló que la ley dejaba un vacío significativo en torno a las cuestiones de donación de gametos, crio conservación, destino de los embriones, prohibición de comercialización de embriones y gametos, experimentación con embriones, compensaciones económicas a los donantes de gametos y prohibición de identificación de rasgos fenotípicos para evitar prácticas eugenésicas (Serafini y Lissarrague, 2013, p.128). En lo tocante al alcance de la cobertura subrayó que, dada la crisis que atraviesa el sistema de salud, adecuado resultaría optar por un aumento progresivo de las prestaciones y los beneficiarios (Serafini y Lissarrague, 2013, p.128). Asimismo, consideró que la incorporación de las técnicas de reproducción asistida al Programa Médico Obligatorio implicaba asignar recursos obviando la estructura general de costos del sistema y la necesidad insoslayable de establecer criterios de prioridad. Según dijo, la ausencia de una planificación integral de la oferta de servicios condicionaría su prestación (Serafini y Lissarrague, 2013, p.116).

Tras ser aprobado con modificaciones en la Cámara de Diputados el 27 de junio de 2012, el proyecto de ley fue remitido a la Cámara de Senadores.

El Senador y miembro informante José Manuel Cano, reparó en la necesidad de que el Estado honrase su obligación de garantizar el derecho a la salud, entendiendo el concepto no solamente como la ausencia de enfermedad sino también como el completo estado de bienestar físico, psíquico y social. La promulgación de la ley, sostuvo, constituía un paso en esa dirección. Hizo hincapié en que una ley no consiste en un elemento aislado del ordenamiento jurídico del país sino que a él debe estar adecuado. Consecuentemente, explicó que la normativa en discusión se articulaba con la Ley de Matrimonio Igualitario, promulgada en el año 2010, por cuanto confería la posibilidad de recurrir a técnicas de fertilización asistida a parejas del mismo sexo. Concluyendo su intervención, resaltó la necesidad de promulgar el proyecto, reconociendo, a un

tiempo, que ciertos tópicos como la crio-preservación de embriones y la maternidad subrogada quedaban fuera del marco normativo (Serafini y Lissarrague, 2013, p.171).

La Senadora chubutense Graciela Di Perna detalló que, según la Sociedad Argentina de Esterilidad e Infertilidad, un 15 por ciento de la población sufre de infertilidad. Siendo que la capacidad reproductiva es susceptible de afectar la salud psicofísica de la pareja, el problema de infertilidad puede desempeñar efectos nocivos sobre la calidad de vida, señaló (Serafini y Lissarrague, 2013, p.173). Tras citar otras estadísticas relativas a la problemática de la infertilidad, arguyó que el proyecto de ley se le figuraba incompleto puesto que no contemplaba sanciones a los delitos en los que se podría incurrir de ser reglamentado. Entre ellos enumeró la retribución económica a los donantes; que un donante tenga más de seis hijos por donación de sus gametos; permitir el desarrollo de un embrión más de catorce días fuera del cuerpo de la madre; la utilización de técnicas de reproducción asistida no autorizadas por la autoridad sanitaria; la mezcla de ovocitos de distintos individuos; la selección del sexo o de alguna característica del feto sin fines médicos; la manipulación de genes que alteren el genotipo; la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación; la selección de razas; la clonación de humanos; la práctica de la reproducción asistida sin el consentimiento previo de la mujer; la creación de más pre-embryones que los necesarios para procrear y la transferencia de más de tres pre-embryones a la mujer por vez, lo cual “puede crear serios problemas de salud en la madre y en los niños” (Serafini y Lissarrague, 2013, p.174). Asumiendo una óptica similar, la Senadora por el Peronismo Federal, Liliana Negre de Alonso, citó tres problemas que, a su juicio, contenía el proyecto: no incluir exigencia alguna de infertilidad o esterilidad comprobada, no proteger ni contemplar el derecho a la identidad de los niños y — apuntalando la intervención de la Senadora Di Perna — no proveer la protección y sanciones necesarias para evitar el tráfico,

la destrucción, selección por razones genéticas y/o creación de embriones (Serafini y Lissarrague, 2013, p.174). Por otro lado, apuntó que el proyecto soslayaba la función del Estado como autoridad de aplicación en tanto no se le concedían funciones de vigilancia, control o sanción de los centros prestadores de servicios de fertilización asistida (Serafini y Lissarrague, 2013, p.175). Criticó también que la normativa no explicitara límites en relación a la edad y al país de residencia de los potenciales beneficiarios y planteó la necesidad de que los niños nacidos por medio de técnicas de fertilización sean asistidos por el derecho, al cumplir la mayoría de edad, de conocer a sus donantes (Serafini y Lissarrague, 2013, p.175). A efectos de fundamentar su posición leyó una carta enviada al Congreso por una niña llamada Iara Irina Zlotogwiazda. En la misiva, se reclamaba por la eliminación de la donación anónima y la creación de un registro en el que se archivase los datos, clínicos e identificatorios, de los donantes (Serafini y Lissarrague, 2013, p.175).

Respondiendo a Negre de Alonso, la Senadora misionera Sandra Giménez invocó el artículo 4 del proyecto de ley cuya letra disponía la creación, en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, de un registro único en el que debían estar inscriptos los establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistidas y aquellos en los que funcionasen bancos receptores de gametos y/o embriones. Según explicó la Senadora, el artículo garantizaba el registro de la procedencia de gametos y/o embriones (Serafini y Lissarrague, 2013, p.177).

El Senador por la Provincia de Buenos Aires, Jaime Linares, manifestó su apoyo al dictamen de mayoría y estimó que ciertas cuestiones debatidas habrían de ser resueltas con la reglamentación de la ley, por caso, la cuestión presupuestaria (Serafini y Lissarrague, 2013, p.178). El Senador radical Eugenio Artaza expresó la misma opinión y defendió la decisión del

bloque radical de no incorporar modificaciones al proyecto. Sostuvo que dado el nivel de consenso alcanzado perentorio se volvía aprobar la ley ese mismo día, sin más dilaciones (Serafini y Lissarrague, 2013, p.179). La Senadora jujeña Liliana Fellner planteó objeciones a la aprobación sin cambios puesto que, según expresó, un proyecto que no contemplase las partidas presupuestarias necesarias para ejecutarse, tal como el que era objeto del debate, “puede ser muy bonito desde lo discursivo pero no desde la acción” (Serafini y Lissarrague, 2013, p.179). El Senador del FPV, Aníbal Fernández, acompañó la objeción sosteniendo que el artículo 126 del reglamento del Congreso estipulaba que aquello que implicara un gasto debía contar con una definición específica en términos presupuestarios (Serafini y Lissarrague, 2013, p.179).

En su intervención, la Senadora María de los Ángeles Higonet brindó algunos datos de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva: la infertilidad afecta entre el 10 y el 15 por ciento de las parejas, de las cuáles un 60 por ciento podrían subsanar la dificultad por medio del procedimiento de fecundación *in vitro*, mas sólo el 6 por ciento cuenta con los recursos económicos suficientes para acceder al tratamiento. La Senadora aseguró que con la promulgación de la ley las limitaciones económicas habrían de ser superadas (Serafini y Lissarrague, 2013, p.180)

La Senadora radical, Marta Borello, opinó que tener un hijo es un derecho humano al que un sinnúmero de familias estaba esperando acceder. Según advirtió, la aprobación con modificaciones que el oficialismo pretendía incluir habría de devolver el proyecto a la Cámara Baja “postergando un pedido, un ruego de la población”. En efecto, consideró absurdo demorar la aprobación del proyecto y agregó que seguir dilatando la entrada en vigencia de la ley sólo propiciaría la continua judicialización de las demandas (Serafini y Lissarrague, 2013, p.181).

El Senador Luis Petcoff Naidenoff resaltó que la iniciativa establecería la obligatoriedad de las obras sociales, las entidades de medicina prepaga y del propio Estado de brindar cobertura integral en la provisión de lo que la Organización Mundial de la Salud denominó “técnicas de reproducción humana asistida”. Particular énfasis depositó en el principio de universalización que la ley pretendía consagrar: que todos los sujetos, independientemente de su estado civil, origen social, u orientación sexual, pudieran recurrir a los procedimientos de fertilización y formar una familia (Serafini y Lissarrague, 2013, p.185). Asimismo, recurriendo a los datos del Censo Nacional de Poblaciones, Hogares y Viviendas, indicó que un tercio de la población, aproximadamente 14,3 millones de habitantes, no gozaba de seguro de salud y, por ende, concurría exclusivamente a hospitales públicos. En función de ello, consideró fundamental que el Estado realizara las inversiones necesarias para que los hospitales públicos pudieran llevar a cabo los procedimientos de fertilización asistida. De otro modo la ley habría de garantizar derechos pero las desigualdades persistirían (Serafini y Lissarrague, 2013, p.186).

La sanción de la normativa habría de producir, necesariamente, una modificación en las leyes de Fertilización Asistida de las Provincias de Buenos Aires y Neuquén, dado que ninguna de éstas dos contaba con el grado de amplitud y alcance jurídico de aquella, argumentó el Senador Daniel Filmus (Serafini y Lissarrague, 2013, p.188). A otro respecto, y cuestionando intervenciones previas, sostuvo que la aprobación con modificaciones era el modo de que la norma se trasvase de lo declarado a lo preformativo y negó que su regreso a la Cámara de Diputados demoraría su sanción: el bloque oficialista de diputados le había manifestado su apoyo a la introducción de modificaciones y asegurado su rápido trámite legislativo (Serafini y Lissarrague, 2013, p.188). Agregar el aspecto presupuestario contribuiría a darle continuidad a la

tradición, iniciada en 1983 con la restauración democrática, de incorporar progresivamente derechos para toda la población, remarcó (Serafini y Lissarrague, 2013, p.189).

Retomando el uso de la palabra, la Senadora Fellner sostuvo que en las provincias más chicas, a diferencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los recursos escasean por lo que estimaba necesario que en el proyecto de ley se especificaran los valores de las partidas presupuestarias. De lo contrario, en las provincias menos pudientes, las demandas por tratamientos de fertilización asistida acabarían en los tribunales (Serafini y Lissarrague, 2013, p.189).

La Senadora de la Alianza Frente Cívico y Social, Blanca Monllau, en franca disidencia con el proyecto de ley tratado, recriminó a los legisladores por actuar bajo los efectos de la presión social. A su juicio la ley que se estaba intentando sancionar no solucionaba cuestiones de fondo, consistía, en el mejor de los casos, en un proyecto para la inmediatez: necesario mas no suficiente. Consideró que entre los temas obviados en el debate se enrolaban la filiación, la crioconservación, el descarte de embriones, la dificultad de sustraerse a la tentación de recurrir a prácticas eugenésicas, la dilucidación de si un embrión tiene derecho a nacer o no, la identidad genética, biológica y jurídica y definir en que momento se empieza a ser sujeto de derechos (Serafini y Lissarrague, 2013, p.190).

La Senadora María Rosa Díaz indicó dos puntos que el proyecto no explicitaba: en primer lugar se refirió a los límites etarios, es decir, la normativa no establecía la edad que habrían de tener los donantes y los receptores. En segundo lugar a la cantidad de intentos de aplicación del tratamiento que el Estado debía garantizar; no estaba claro si debían ser uno, dos o más. También manifestó la necesidad de que en la reglamentación se estableciese la necesidad de que se agoten todos los intentos previos y tratamientos de baja complejidad antes de ofrecer los

de mayor complejidad, consabido su elevado costo. Para finalizar su intervención, recomendó fijar penalizaciones para las obras sociales, prepagas u hospitales que no estuvieran dispuestos a llevar adelante los tratamientos (Serafini y Lissarrague, 2013, p.192).

La Senadora salteña, Sonia Escudero, inició su exposición proclamando que el derecho a procrear hace a la esencia de la condición humana e involucra directamente al sistema de salud. Invocando a la Constitución Nacional, hizo saber que en el artículo 33 se reconoce que hay derechos implícitos y, según lo dedujo, el derecho a la vida conlleva implícito el derecho a la salud, mientras que en el artículo 42 se reconocen los derechos de los usuarios de los servicios de salud. Conforme lo explicó, la Carta de la OEA, entre sus objetivos, establece la defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece el derecho a constituir una familia y la Declaración Universal de Derechos Humanos garantiza la maternidad, consagrando los derechos, cuidados y asistencias especiales. Concluyendo su presentación, trajo a colación un caso en el que Costa Rica dictó una ley reglamentando la fertilización *in vitro* y el Tribunal Superior de Justicia lo declaró inconstitucional prohibiendo su aplicación. Tras posteriores apelaciones la batalla legal recayó en la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuya conclusión determinó que el dictamen del Tribunal Superior de Justicia había avasallado el derecho a la vida familiar, a la salud sexual, a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y al principio de no discriminación. Sobre la base de los antecedentes enunciados, la Senadora afirmó que no aprobar la iniciativa en discusión constituía una violación al derecho a la salud de los habitantes de la Argentina, pero, además, implicaba violar la no discriminación, es decir, la garantía de igualdad (Serafini y Lissarrague, 2013, p.193-194).

En una nueva intervención, el Senador Cano opinó que si se pretendiera abordar en el proyecto los tópicos de la filiación y la crio-preservación nunca se podrían garantizar los derechos de miles de familias que, tras ardua lucha, se encontraban esperando la norma. Estimó que el marco regulatorio, la reforma del Código Civil e iniciativas del propio Congreso lograrían adecuar y regular el esquema de la ley (Serafini y Lissarrague, 2013, p.199). Respondiendo al mensaje que la Senadora Negre de Alonso buscó transmitir leyendo la carta de la niña Iara Irina Zlotogwiazda, el Senador Cano hizo notar que ese testimonio fue posible gracias a la existencia de las técnicas de fertilización asistida. Insistió en que el orden jurídico del país debía tener coherencia interna, la cual resultaría flagrantemente violada si tras aprobar la ley de matrimonio igualitario se proclamase una ley de fertilización asistida que sólo proveyera el tratamiento a aquellos diagnosticados infértiles (Serafini y Lissarrague, 2013, p.200).

Tras aprobar el proyecto con modificaciones, la Cámara de Senadores lo remitió a la Cámara Baja para su consideración. Los cambios consistían en dotar al Ministerio de Salud de la Nación de una partida presupuestaria, formar a los profesionales que habrían de estar a cargo de los procedimientos y las técnicas de fertilización asistida y ejercer un control riguroso de todos los centros médicos, públicos y privados, autorizados a realizar las intervenciones (Serafini y Lissarrague, 2013, p.222).

La Diputada Chileno justipreció que las modificaciones introducidas en Senadores no alteraban el sentido original del proyecto. Para más, sugirió que lo fortalecían y le conferían una mayor garantía de ser cumplido y respetado en todas las provincias. Se refirió, tal como en la alocución con la que dio inicio al debate durante el primer tratamiento en la Cámara Baja, a que la ley en su articulado concedía el derecho de acceder a los tratamientos de fertilización asistida

no sólo a las personas infértiles sino también a parejas homosexuales (Serafini y Lissarrague, 2013, p.123).

La Diputada oficialista Nora Bedano celebró el carácter igualitario de la norma. Trazando un ejercicio comparativo, rememoró los años de la hegemonía neoliberal bajo cuyo dominio la igualdad puramente formal y declarativa nunca gozaba de correlato empírico. Ahora, señaló, en el centro está la persona con todos los derechos que lo asisten y la efectiva garantía de su cumplimiento. No dejó de remarcar la importancia del aporte del Senado al establecer las partidas presupuestarias necesarias para la efectiva operatividad de la ley. Sin ese agregado, en una provincia pobre como Corrientes donde las técnicas y prácticas de fertilización asistida fueron prohibidas con la anuencia del Gobernador, las mujeres no tendrían posibilidades de recibirlas, aseguró (Serafini y Lissarrague, 2013, p.126-127).

Por su parte, la Diputada Storani hizo saber que inquietudes y demandas de distintos estamentos, incluyendo el religioso, se plantearon en relación a las cuestiones de la conservación de los gametos, crio-preservación y donación de óvulos. La idea de que los hijos concebidos *in vitro* o fertilización asistida iban a ser anormales o deformes también engrosó la lista de preocupaciones. Refutándolo, la Diputada sostuvo que a medida que se fueron aplicando las técnicas, se comprobó que el porcentaje de anomalías se ubicaba alrededor del 3 por ciento, valor muy cercano al que se registra en los nacimientos naturales (Serafini y Lissarrague, 2013, p.129).

La Diputada Riojana Olga Inés Brizuela y Doria manifestó su apoyo al proyecto de ley mas postuló ciertas reservas con respecto al artículo número 7 del proyecto. Dado que habilitaba la revocación del consentimiento hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer, el artículo desconocía la realidad ontológica del embrión, afirmó. Ello injuriaría severamente la dignidad de la vida humana y contradeciría al orden legal y constitucional del

país que reconoce la vida desde la concepción, expresó. A modo retórico preguntó que se iría a hacer con los embriones de los arrepentidos; no pronunciarse al respecto dejaba la puerta abierta para el comercio, la manipulación genética y la destrucción lisa y llana, reflexionó. En respuesta a los problemas mentados anticipó la presentación de iniciativas conjuntas de su bloque y otros afines (Serafini y Lissarrague, 2013, p.230-131).

En su alocución, la Diputada oficialista María del Carmen Bianchi, consideró que permitir la donación anónima de gametos y la participación de terceros ajenos a la pareja como aportantes de material genético vulnera el derecho más fundamental del ser humano: el derecho a la identidad. Llamó también la atención sobre el tema de la donación de embriones cuando sostuvo que la ley habría de facilitar que individuos inescrupulosos procedan a una eliminación selectiva de aquellos en el afán de evitar defectos físicos o patrones genéticos indeseados. A su vez, manifestó preocupación por el destino de embriones donados a parejas que hubieran decidido separarse o en que alguno de los cónyuges hubiera fallecido. Hizo saber que en un informe de la BBC de Londres, del año 2011, se comunicó que en los Estados Unidos había medio millón de embriones congelados sin que las autoridades supieran que hacer con ellos y que 15 años atrás, en Gran Bretaña, de 2.300.000 concepciones por fertilización asistida realizadas, 1 millón de embriones terminaron siendo eliminados. La Diputada equiparó ese número de fallecimientos con los ocurridos “en las guerras posteriores a la Segunda Guerra Mundial”. Abordó también el tópico de la crio-conservación, indicando que si bien la técnica se encontraba incluida implícitamente en el proyecto, no contemplaba la importancia de que los embriones fueran implantados en el mismo momento en que se realizase la técnica de fertilidad asistida. Justificó esa exigencia al señalar que los embriones son sometidos a temperaturas de 80 grados bajo cero y luego sumergidos en nitrógeno a 196 grados bajo cero y, cuando se los

devuelve a la temperatura ambiente para implantarlos, la mitad de ellos muere. En virtud de estas consideraciones instó a eliminar el artículo 7 el cual concedía la posibilidad de revocar el consentimiento previamente a la implantación del embrión. Retóricamente interrogó: Si se produce tal revocación ¿Qué habrá de hacerse con el embrión? ¿Adónde irá a parar? (Serafini y Lissarrague, 2013, pp.232-233).

Finalmente, tras el arduo debate en la Cámara de Origen, el proyecto fue sancionado el 5 de junio de 2013 y promulgado de hecho el 25 de junio del mismo año.

Conclusión.

En resumidas cuentas los argumentos a favor del proyecto de ley versaron sobre la necesidad de evitar la judicialización de las demandas de tratamientos, conceder a sectores de bajos recursos el acceso a las técnicas de fertilización asistida y poner corte al negocio que las entidades privadas propician lucrando con el deseo de ser padres de muchas personas. También resaltaron la importancia de garantizar un acceso universal a las técnicas evitando restringirlas a los diagnosticados infértiles, saldar una demanda que la sociedad le planteaba a los legisladores desde mucho tiempo atrás y que la ley se adecuase al ordenamiento jurídico nacional, y en particular, a la Ley de Matrimonio Igualitario.

Los argumentos en contra resaltaron la no consideración del derecho a la identidad en tanto el proyecto garantizaba el anonimato de los donantes; la imposibilidad de que el Estado pudiera solventar las prácticas; la ausencia de reglamentación en lo que relativo a la donación de gametos, la crio-conservación y el destino y la experimentación con embriones; la falta de

sanciones para eventuales delitos relacionados con la eliminación selectiva de embriones por razones genéticas y la puerta que se abría para la comercialización de embriones y gametos.

Cabe señalar que los argumentos en contra respecto al derecho a la identidad no tuvieron un peso argumentativo acorde a la situación judicial y de derechos que la ley en estas condiciones sancionó. La inequidad entre el adoptado y el concebido por estas técnicas no fue mencionada, tampoco lo fue el hecho de que se estaría violando normativa y legislación internacional. Si se mencionaron riesgos relativos a la proliferación de niños hijos de un mismo padre.

La decisión de incorporar un artículo que especificase el origen de las partidas presupuestarias necesarias para financiar el proyecto fue objeto de debate durante el primer tratamiento en la Cámara de Origen y, posteriormente, en el Senado. Finalmente, el artículo 9 incorporado en Senadores especificó que “A los fines de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación deberá proveer anualmente la correspondiente asignación presupuestaria” (Serafini y Lissarrague, 2013, p.210).

El Congreso constituye el órgano representativo por excelencia de todo régimen político democrático. Su función principal es la deliberativa, es decir, los representantes del pueblo reunidos apelan a diversas bases argumentativas en aras de establecer su postura y, por extensión, la de sus votantes. En el caso del tratamiento de la Ley de Reproducción Mecánicamente Asistida, si bien la deliberación evidenció una pléyade de enfoques y posicionamientos, el apoyo de consuno a favor de su promulgación fue notable. La gravitación durante años de un amplio arco social que bregó por la sanción de una ley de fertilización asistida contribuyó a movilizar a los legisladores hacia puntos de acuerdo a la hora del debate. Sin embargo, puede apreciarse en los argumentos a favor, una creciente preponderancia en el

derecho al acceso a la salud y a la reproducción en detrimento del derecho a la identidad, brindando como objeto de protección los dos primeros en detrimento del derecho a la identidad de quien es concebido por estas técnicas.

Capítulo V: Derecho Comparado.

Introducción.

Aproximándonos al estudio del derecho comparado, encontramos que las legislaciones realizan diversos abordajes de la materia: mientras encontramos cierta normativa que tutela plenamente el derecho a la identidad del donante, en las antípodas hallamos sistemas legales que protegen el derecho de niños y niñas a conocer su historia, consagrando plenamente el derecho a conocer el propio origen genético.

1. Diversos sistemas adoptados por los países.

En primer lugar cabe destacar que la mayoría de los países a los que haremos referencia a continuación son parte de la Unión Europea. En el marco del derecho comunitario, el “Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina” dispuso que las partes “protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina”.¹⁸

¹⁸ Artículo Nro. 1 del Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina. Consejo de Europa, 04 de abril de 1997.

a) Eliminación de la figura del anonimato del donante.

En países como Reino Unido, Holanda, Australia, Nueva Zelanda, Finlandia, Noruega, Suecia y Suiza, la donación no debe ser anónima, privilegiándose el derecho del niño a conocer sus orígenes.

La Ley alemana de Protección Embrionaria (*Embryonen-schutzgesetz*),¹⁹ prohíbe la donación de óvulos, aunque no se pronuncia respecto de la donación de semen. Por otra parte, consagra el derecho de todo ser humano a la información necesaria para la identificación del padre genético, es decir, el donante de esperma, a la edad de dieciocho años, protegiéndose de esta manera el derecho de toda persona a conocer sus orígenes.

En Australia, desde el año 1995, el Estado de Victoria estatuyó que las informaciones nominativas del donante pueden ser comunicadas al niño cuando alcanza la mayoría de edad.

Por otra parte, en Austria la ley de Medicina Reproductiva (*Fortpflanzungs-medizingesetz*), no autoriza la donación de ovocitos ni embriones, y sólo admite el uso de gametos de las parejas sometidas a las técnicas de reproducción asistida, salvo que el hombre sea estéril, caso en el cual se autoriza la donación de semen pero sólo para ser utilizado mediante inseminación artificial y no fecundación in vitro.²⁰ En los supuestos en que se permite donación de semen –esterilidad y sólo mediante inseminación- se permite a los hijos obtener los datos identificativos del donante del esperma que hizo posible su nacimiento. Quien haya nacido de gametos donados tiene derecho a indagar sobre la identidad de su progenitor genético a partir de

¹⁹ Ley de Protección del Embrión Nro. 745. Bundesgesetzblatt, Berlín, Alemania, 13 de diciembre de 1990.

²⁰ Artículos Nros. 3.1 y 3.2 de la Ley de Medicina Reproductiva. Fortpflanzungsmedizingesetz, Viena, Austria, 04 de junio de 1992.

la edad de catorce años. Sumado a ello, la Ley Federal sobre Reproducción Asistida autoriza, en casos médicos excepcionales, que el guardador o representante del niño también puede acceder a esta información.²¹

En el caso S.H y otros contra Austria (2010/56), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que valorar la compatibilidad de la legislación austriaca que prohíbe la fecundación heteróloga con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, fallándose contra el Estado austríaco por no encontrarse un criterio razonable que justifique la diferencia de trato entre las parejas que requieren la fertilización asistida con gametos de un tercero y quiénes no.

La ley finlandesa prevé que la Autoridad Nacional de Asuntos Médicos legales forme un registro de las donaciones de gametos (semen y óvulos) o embriones que se hayan efectuado para tratamientos de fertilización asistida. También permite al niño conocer la identidad de su donante una vez alcanzada la mayoría de edad, mediante compulsas al proveedor de servicios una copia del consentimiento para el tratamiento y el código del donante que figura en ella, pudiendo así conocer la identidad del donante.²²

En Noruega, la ley sobre el Uso Médico de la Biotecnología sólo autoriza la donación de esperma.²³ A partir de los dieciocho años, quien haya nacido producto de la donación de gametos puede obtener información relativa al donante de esperma, siendo asistido para ello por un registro de donantes, creado por el Departamento de Salud.

²¹ Artículo Nro. 20.2 de la Ley Federal sobre Reproducción Asistida Nro.275. Viena, Austria, 04 de junio de 1992.

²² Ley Nro. 1237. Gaceta Oficial de Finlandia. Helsinki, Finlandia, 15 de octubre de 2006.

²³ Ley sobre el Uso Médico de la Biotecnología Nro. 156. Oslo, Noruega, 1994.

Nueva Zelanda, por su parte, ha eliminado el anonimato desde 2004. Además, creó un registro para el establecimiento voluntario de contactos entre donantes, receptores e hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida a fin de tutelar, en la medida de lo posible, el derecho al conocimiento de la identidad genética.

En los Países Bajos, tras quince años de debates, las donaciones dejaron de ser anónimas desde el año 2004, al adoptarse en 2002 la ley sobre las informaciones relativas a los donantes de gametos, este país ha abandonado finalmente el sistema de la “doble ventanilla”, que dejaba en decisión de los donantes la posibilidad de develar o no su identidad. El acceso a información genética se permite desde los doce años y el relativo a la identidad del donante, a los dieciséis.

A su tiempo, el Reino Unido autorizó la donación tanto de semen como de óvulos. Previo al año 2005, las personas mayores de dieciséis años tienen derecho de acceder a la información referida al estado civil, raza, apariencia física, etnia, historia médica, religión, si tiene hijos, etc. Al cumplir dieciocho años tienen derecho a acceder a la información identificatoria como ser, el nombre, fecha de nacimiento, y última dirección registrada del donante.²⁴

Suecia, permite también la donación de semen y óvulos. Cuando el nacido de fecundación asistida alcance la “madurez suficiente”, podrá consultar el registro de donación del hospital, para lo cual se encuentra prevista la asistencia y asesoramiento de la Comisión Asesora de la Seguridad Social.²⁵

²⁴ Ley sobre la Fertilización Asistida y Embriología Nro. 1511. London Gazette, Londres, Reino Unido, 01 de julio de 2004.

²⁵ Ley Nro. 1140. Post- och Inrikes Tidningar, Estocolmo, Suecia, 20 de diciembre de 1984.

La Ley Federal suiza sobre Procreación Médicamente Asistida del 2001 sólo autoriza la donación de semen.²⁶ Tanto la donación de óvulos, como la de embriones y la modalidad de maternidad subrogada están prohibidas. A la edad de dieciocho años, el nacido gracias a este procedimiento podrá obtener los datos relativos a la identidad y aspecto físico del donante. Por otra parte, la Constitución suiza estipula expresamente en su artículo 119 el derecho a conocer los orígenes.²⁷

b) Legislaciones que adoptan el sistema de “doble ventanilla”.

Las legislaciones de Bulgaria, Bélgica e Islandia adoptan la postura llamada “doble ventanilla”, que permite que sean los donantes o receptores quienes realicen la elección de develar la identidad del donante, quedando afuera la opinión del niño y siendo privativa de los padres previo a su nacimiento.

En Bélgica, se instauro este sistema, permitiendo la posibilidad de optar entre la donación anónima o la donación no anónima.²⁸

Por su parte, Bulgaria, mediante la ley sobre Reproducción Asistida prevé que la donación debe ser anónima o proveniente de parientes (hermana, prima). En caso de que la donación sea anónima, la información relativa a la identidad del donante forma parte del secreto médico, siendo mantenida en los registros oficiales por un período de treinta años, no pudiendo

²⁶ Ley Federal sobre Procreación Médicamente Asistida. Zurich, Suiza, 2001.

²⁷ Artículo Nro. 119 de la Constitución de Suiza.

²⁸ Ley de Reproducción Médicamente Asistida. Bruselas, Bélgica, 06 de junio de 2007.

ser revelada a los receptores ni a ningún tercero, salvo en los casos expresamente previstos por la ley.²⁹

Islandia, abraza un sistema de “doble ventanilla” autorizando, junto a las donaciones anónimas de gametos, aquéllas procedentes de donantes que hayan dado su consentimiento para que su identidad sea comunicada al niño.³⁰

c) Posturas que conservan la figura del anonimato.

Francia, Dinamarca y Rusia se inclinan por proteger la identidad del donante, pero también existe una posición intermedia de “anonimato relativo” que permite conocer la identidad del donante circunstancias particulares, adoptada por las legislaciones de Portugal y Brasil.

Las directivas del Consejo de Medicina de Brasil, desde el año 2010 establece la donación anónima en su artículo IV.2 sobre “Donación de Gametos o embriones”: “Los dadores no deben conocer la identidad de los receptores y viceversa”. Sólo puede romperse ese anonimato en situaciones de grave peligro para la salud y siendo los únicos y exclusivos receptores de esta información los profesionales del sistema de salud.³¹

Dinamarca, conforme a la ley 535, se mantiene el anonimato del donante de gametos, adoptando una solución prohibitiva respecto a la develación de su identidad.³²

²⁹ Ley sobre Reproducción Asistida Nro. 28. Sofía, Bulgaria, 20 de junio de 2007.

³⁰ Ley Nro. 55. Reikiavik, Islandia, 29 de mayo de 1996.

³¹ Consejo de Medicina de Brasil. Brasilia, Brasil, 2010.

³² Ley Nro. 94-654. Journal Officiel, Paris, Francia, 29 de julio de 1994.

La ley francesa establecía, en un principio, que el anonimato sólo implicaba a las donaciones de esperma. A esta previsión se sumó el anonimato de la donación de ovocitos, agrupados ambos actos bajo la etiqueta de “donación de gametos”, y se ha extendido en 2004 a la donación de embriones. El artículo 311-19 y el 311-20 del Código Civil Francés,³³ incorporados por esta normativa niegan al nacido la posibilidad de conocer la identidad de su progenitor genético. Por otra parte, el Código de Salud Pública de Francia establece que el donante no será informado sobre la identidad del receptor y viceversa, prohibiéndose la divulgación de cualquier información que haga posible la identificación del donante, sancionándose este último hecho con una pena de hasta dos años de cárcel y una multa.³⁴

Francia ha adoptado el mantenimiento del anonimato no sólo para los casos de fertilización asistida, sino también para las adopciones. Esta postura ha sido convalidada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Odièvre vs. Francia (2003) donde se sostuvo que el llamado sistema de 'nacimientos anónimos' -es decir, la imposibilidad de conocer la identidad de la madre- tenía como fin evitar el aborto y el infanticidio. Esta sentencia desestimó una demanda en la que se solicitaba conocer el propio origen biológico en un caso en que la madre había solicitado el anonimato de su nacimiento. La demandante había sido confiada tras su nacimiento a los servicios de asistencia social y, posteriormente, adoptada por los señores Odièvre. Así vemos convalidada por el máximo Tribunal europeo la ponderación del derecho a la reserva de identidad sobre el derecho a la identidad de los niños y niñas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se inclinó hacia el interés general consistente en evitar el aborto y proteger los nacimientos no deseados

³³ Artículos Nros. 311-19 y 311-20 Código Civil Francés.

³⁴ Artículos L. 1211-5 y L. 1273-3 del Código de Salud Pública. Journal Officiel, Paris, Francia.

(fundamento del sistema francés), manifestando que perdería efectividad de admitirse la revelación de datos cuyo secreto se garantizó a la madre al momento del alumbramiento. Si bien reconoció la existencia de un "derecho a conocer el propio origen biológico" a través de una interpretación extensiva del concepto de "vida privada" del art. 8 — Convención Europea de Derechos Humanos— resaltó la dificultad que implicaba en el caso la conciliación de los intereses en juego, titularizados por dos personas adultas. Así, consideró que la solución del sistema francés realizaba un adecuado equilibrio entre los intereses en juego y otorgó prioridad al derecho de la madre. (Andrade, 2009, p. 4).

En Grecia, sólo se permite acceder a información médica por razones relacionados con la salud de la persona nacida producto de la donación. Además, tanto la identidad del niño como la de los padres no pueden ser facilitadas al donante.³⁵

La ley italiana sobre Procreación Asistida prohíbe cualquier supuesto de fecundación heteróloga, estableciendo sanciones de hasta 600.000 euros para quien viole esta prohibición.³⁶

En Rusia, el Ministerio de Salud permite la donación de gametos y de embriones, pudiendo realizarse a nivel comercial. La donación comercial fue permitida por la Ley Federal sobre Trasplantes de Órganos y Tejidos humanos.³⁷ El anonimato del donante forma parte del

³⁵ Artículo Nro. 1460 de la Ley Nro. 3089. Atenas, Grecia, 2002.

³⁶ Artículos Nros. 4.3 y 12 de la Ley sobre Procreación Asistida Nro. 40. Gazzetta Ufficiale, Roma, Italia, 19 de febrero de 2004.

³⁷ Ley Federal sobre Trasplantes de Órganos y Tejidos humanos Nro. 4179-I. Periódico Ruso, Rusia, 22 de diciembre de 1992.

secreto médico, conforme el artículo 35 de la ley de Protección de la Salud de los Ciudadanos Rusos.³⁸

Por su lado, Ucrania, por Orden N° 771 del Ministerio de Salud, ha permitido la donación de ovocitos y semen. La ley regula la cuestión del anonimato de donante pero en la práctica todas las donaciones de esperma son anónimas.³⁹

La ley española sobre Reproducción Humana Asistida prevé el derecho a que toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar, pueda ser receptora o usuaria de las técnicas previstas por este dispositivo legal, con independencia de su estado civil y de su orientación sexual. Por ello, pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida mujeres solteras, matrimonios heterosexuales y homosexuales, y parejas de hecho heterosexuales, permitiendo acudir a las técnicas no sólo por problemas de fertilidad, sino también como forma de planificación de vida, como la elección de la familia monoparental, o el aplazamiento de la maternidad con gametos propios de la paciente a través de la técnica de la congelación de ovocitos. El anonimato de los intervinientes en el procedimiento está contemplado en el artículo 5.5. de la siguiente manera: “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones”. Se permite de manera excepcional levantar el anonimato, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o

³⁸ Artículo Nro. 35 de la Ley de Protección de la Salud de los Ciudadanos Rusos Nro. 5487-I. Periódico Ruso, Rusia, 22 de julio de 1993.

³⁹ Orden Nro. 771 del Ministerio de Salud. Kiev, Ucrania, 23 de diciembre de 2008.

cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicara en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.⁴⁰

En el mismo país, la ley Orgánica 15/1999 dispone que el derecho de acceso no será de aplicación si, ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección. En este orden de ideas, si se considerase, como lo interpreta el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia 116/1999, que paliar los efectos de la esterilidad o la infertilidad o satisfacer deseos de reproducción humana constituyen fines legítimos en una sociedad, entonces, el anonimato del donante puede ser visto como un medio proporcionado para asegurarlos.⁴¹

Un sector de la doctrina española defiende la existencia de un derecho autónomo del derecho a la intimidad que faculta a su titular a la protección en el tratamiento de sus datos personales. Esta posición fue adoptada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 254/1993, por la cual reconoció el carácter de fundamental al derecho a la protección de datos personales, fundado en el artículo 18.4 de la Constitución Española. A su tiempo, en la Sentencia N° 292/2000, dispuso que el objeto de protección de este derecho no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo reconocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual resguardada por el artículo 18.1 de la

⁴⁰ Artículo 5.5 de la Ley sobre Reproducción Humana Asistida Nro. 14. Madrid, España, 26 de mayo de 2006.

⁴¹ Ley de Protección de Datos de Carácter Personal Nro. 15. Madrid, España, 13 de diciembre de 1999.

Constitución Española, sino también los datos de carácter personal (De Miguel Sánchez, 2004, p.25).

Otro sector, señala lo siguiente:

...la reserva de identidad del progenitor biológico-donante de espermatozoides le parece injustificada sobre la base del interés prioritario del hijo y la falta de consistencia de un supuesto derecho a la vida privada que se le concede al padre en desmedro del hijo, resucitando criterios que se estimaban superados con los avances obtenidos en pro de la libertad de investigación de la paternidad o maternidad. (Corral Talciani, 2010, p. 5).

En Portugal, la Ley sobre Procreación Médicamente Asistida estatuye que los individuos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, usando gametos o embriones donados, pueden obtener información, a través de las autoridades de la salud, acerca de sus datos genéticos, pero no podrán obtener información relativa a la identidad del donante. No obstante ello, los individuos pueden obtener información del Concejo Nacional de Reproducción Asistida en caso de limitaciones legales para contraer un futuro matrimonio, aunque la identidad del donante seguirá permaneciendo anónima, excepto en los casos en los que el propio donante manifieste su consentimiento, o cuando existan importantes razones y mediante sentencia judicial.⁴²

En República Checa, se obliga a los médicos intervinientes a mantener el anonimato del donante y de la pareja infértil, como así el anonimato del donante y del niño nacido de la reproducción asistida. Empero, ya sea por pedido de la mujer o el hombre de la pareja estéril

⁴² Ley sobre Procreación Médicamente Asistida Nro. 32. Diário da República, Lisboa, Portugal, 26 de julio de 2006.

antes de comenzar el procedimiento de reproducción asistida o de un representante legal del niño nacido de la reproducción asistida o la persona adulta nacida de la reproducción asistida el médico deberá proporcionar información que tenga un impacto directo sobre el desarrollo del estado de salud del niño o persona nacida de reproducción asistida, en particular información sobre el perfil genético.⁴³

d) Las posturas adoptadas por los países latinoamericanos en la materia.

En Perú, el uso de técnicas de reproducción humana asistida ha originado muchos problemas a nivel jurídico, ya que el Derecho Genético no ahonda mucho en este tema, por lo cual se necesita un encuadre legislativo que garantice la debida aplicación de estos procedimientos. Existen dos posturas muy incisivas al respecto; por un lado está la posición a favor de que el niño nacido por inseminación heteróloga conozca a su padre biológico por ser un derecho personalísimo el derecho a la identidad. Esta postura es defendida por Rubio Correa, quien considera que “la Constitución dice que toda persona tiene derecho a su identidad, y la identidad no es solo el nombre sino es saber quién es él, porque allí esta indudablemente su raíz biológica. Yo creo que por supuesto tiene derecho” (Rodríguez y Ponce, 1997, p. 163) y por otro lado; la postura *contrario sensu* —y con mayor acogida— la cual es defendida por Espinoza quien menciona que si bien es cierto que es un derecho del niño el conocer su identidad (entendido en su amplia dimensión, abarcando el conocer sus datos de origen), esta identidad estaría limitada ya que solo podrá conocer los datos genéticos de quien vendría a ser su padre

⁴³ Ley sobre Salud Pública Nro. 227. Sbirka zákonů, Praga, República Checa, 2006.

biológico más no los datos personales, como puede ser el nombre, la dirección, u otros elementos que permitan identificar de una manera precisa al sujeto donante de esperma (Torres Maldonado, s/f).

En Chile, el artículo 182 del Código Civil constituye el único precepto legal que regula los efectos filiativos que se originan a partir de la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida, prescribiendo que “el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”, agregando su inciso 2º, que “no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.⁴⁴ El anonimato que caracteriza a los procedimientos y que aparece amparado por la ley, resulta contradictorio con la tendencia universal existente en materia de filiación, y que ha sido recogida por la ley 19.585, cual es, el amplio reconocimiento a la libertad para investigar la paternidad o maternidad (doctrina de la verdad biológica o real por sobre la verdad formal), de manera tal que no parece acertado el silencio adoptado por el legislador en torno a la posibilidad de que el menor concebido cuente -a su arbitrio- con una acción judicial que le permita -en definitiva- conocer su procedencia genética, social y cultural cuando el material genético no corresponde a quien asume el rol formal y social de padre o madre (Morales Massoni, s/f).

En México, la donación de gametos es generalmente un contrato gratuito, formal y secreto entre el donante y el centro autorizado. Es claro que el donante no desea establecer una relación de filiación con el menor que nazca después de practicada la inseminación artificial. Él nunca manifiesta su voluntad procreacional, pero resulta que la legislación mexicana actual no regula la donación de semen, de manera que el anonimato del donante no está protegido por una

⁴⁴ Artículo Nro. 182 del Código Civil de Chile. Congreso Nacional de Chile.

norma de carácter general, por lo tanto, los contratos que se establezcan no pueden contravenir a lo dispuesto en la legislación civil en materia de filiación. El artículo 382 del Código civil consigna que la persona que tenga a su favor un principio de prueba -y el contrato de donación y la inseminación lo serían- puede llevar a cabo una investigación de la paternidad. Si llegara a establecerse la paternidad en el juicio, surgiría, aunque esa no hubiera sido la intención del donante, una filiación con respecto al nacido con todos los efectos jurídicos (Brena Sesma, 1995, p. 84).

Conclusión.

A partir del análisis de este capítulo puede considerarse que existen diversos modos de proteger los derechos del niño, en particular la identidad, y por el otro lado el derecho a la reproducción.

El sistema de doble ventanilla permite la libre elección de los padres, sin embargo no resulta del todo correcto en tanto al ser un derecho personalísimo el derecho a la identidad biológica se estaría atentando contra el mismo. En este sentido, esa opción no sería aplicable en el marco regulatorio argentino en tanto no resulta posible obstruir el acceso del niño a su propia identidad.

En la actualidad, Argentina tiene un mecanismo regulatorio que si bien no explícitamente protege el anonimato del donante, lo hace ante la falta de garantías respecto a las identidades. Por lo tanto, resulta preciso aplicar el acceso al derecho a la identidad de forma tal que se armonice el bien protegido por las leyes de reproducción asistida.

Conclusión Final.

Nuestro país ha decidido respetar su compromiso internacional al incorporar al derecho interno los principios sentados por el fallo *Artavia Murillo c/ Costa Rica* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Siendo en Argentina una realidad, la reproducción asistida trae variados debates de tipo filosófico a medida que su práctica se ve consolidada.

Partiendo del descarte de ideas provenientes del pensamiento mágico, producto de adoptar el criterio laicista de la Corte Interamericana, uno de los principales problemas que le queda por solucionar a nuestro país es el resguardo del Derecho a la Identidad de las personas nacidas producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

En términos del reconocimiento al derecho a la identidad, los avances en la adopción de tratados internacionales con rango constitucional han terminado de consolidar este derecho, en cuestiones relativas a la identidad biológica como un derecho personalísimo. De esta forma, como se señaló en la jurisprudencia respecto al tema en el país, los tribunales reconocen esto, y si bien no pueden ordenar la creación de registros de donantes, existe en la actualidad una situación de violación a estos derechos que ya ha sido reconocida.

No podemos permitirnos como sociedad que cada vez que una persona necesite indagar sobre su propia identidad, elemento constitutivo y fundamental de la persona, deba verse atrapada por una red burocrática que cuestione este derecho.

Los organismos internacionales, y sus representantes como la Corte Interamericana, han sido claros a la hora de señalar que es preciso que se reconozca el derecho a la identidad de

quienes nacen por medio de estas técnicas. Esta interpretación no debe colisionar con el derecho al acceso a la reproducción, no se trata de limitar los alcances de la ley actual, sino de armonizar los derechos de las personas a reproducirse, con los de los hijos nacidos mediante la donación a conocer sus orígenes genéticos.

La existencia de legislación comparada que permite a las personas descendientes de donantes ejercer su Derecho a la Identidad nos indica que una falsa creencia acerca de la posibilidad del ejercicio de una acción de emplazamiento familiar si se encuentran disponibles este tipo de datos, no desalienta a los donantes a prestarse para estas prácticas. Parte del consentimiento informado del donante debe consistir en acercarle la información de tipo legal necesaria para quitarse este tipo de dudas.

El sistema de doble ventanilla existente en algunos países, de todas formas no es compatible con la legislación argentina. No existe posibilidad de anonimato en tanto el derecho a la identidad del niño nacido por la técnica no es de cumplimiento opcional. Sin embargo, si puede señalarse que este conocimiento debería estar al alcance del niño nacido por éstas técnicas, y personas que tengan un interés real en esto, ya sea médicos o bien en algunos casos, tutores o padres. De esta forma, la confidencialidad parcial, es decir, la no publicidad de esta paternidad si puede ser resguardada.

Puede decirse que el argumento de la confidencialidad parcial, así como la realidad de la no disminución de donantes en los países donde la donación no es anónima puede llevar a desestimar el argumento que pretende defender el anonimato frente al Derecho a la Identidad. No queda más que exigir a nuestras autoridades la pronta reglamentación del ejercicio de este derecho.

La historia que Argentina ha vivido en torno a las desapariciones forzadas de personas y ocultamiento de identidad de menores nacidos en cautiverio, fue el inicio de un proceso de reconocimiento y facilitación del ejercicio del Derecho a la Identidad. Para hacer memoria activa, presente, lo necesario en este momento es extender esa posibilidad a toda la población. El proyecto presentado por Victoria Donda (la cuál es hija de desaparecidos) se encuentra en la dirección correcta a la reglamentación de este derecho y podría ser un paso adecuado para consolidar y salvaguardar el derecho a la identidad en el país.

La razón de esto es que en la actualidad la legislación vigente tiende a tomar como bien jurídico a proteger exclusivamente el derecho de los padres en tanto lo que se planteó incluso en el debate legislativo por parte de quienes apoyaban el proyecto era la importancia de lograr que las personas que no podían ser padres puedan serlo. Incluso estos derechos reproductivos iban más allá de las cuestiones biológicas de personas que tenían algún problema para concebir, sino que se pensó la ley como complementaria en términos jurídicos de la ley de matrimonio igualitario.

Sin embargo, frente a esta cuestión es importante destacar dos cuestiones señaladas en el trabajo. En primer lugar que existe el interés superior del niño, y que entre estos intereses se encuentra el derecho a la identidad. En el derecho a la identidad se desprenden una serie de derechos, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad biológica.

Entendida esta cuestión, un posible argumento para intentar limitar el derecho a la identidad biológica sería considerar que este derecho colisiona con el derecho a la reproducción de quienes necesitan donación de gametos. Sin embargo, como se señaló en el trabajo, en los países en los cuales se ha eliminado el anonimato no ha disminuido la donación de gametos. El

argumento que prescribe limitar el derecho a la identidad en virtud de otro derecho es atendible en el caso de las adopciones en otros países, en tanto la opción de realizarse un aborto (ya sea legal o no) hace que el anonimato de quien entrega a un niño en adopción al ser protegido lleve a lograr que se equilibre el derecho a la identidad con el derecho a la vida que prima incluso sobre aquél. Sin embargo, dicho argumento no se puede aplicar al caso bajo estudio.

Frente a esto, la opción más viable es optar por eliminar el anonimato en virtud de la armonía jurídica y los derechos consagrados por nuestra constitución. Una opción alternativa como la doble ventanilla no sería viable en tanto dejaría en términos de la voluntad del donante la protección de un derecho del niño. En este sentido, quedan clausuradas las alternativas que existen que no impliquen el conocimiento de la identidad del padre.

La propuesta de crear un registro de donantes anteriormente mencionada, en tanto se consagre la privacidad de dicho registro para el niño e interesados en cuestiones de salud del mismo así como sus descendientes resulta una forma eficaz de proteger el derecho a la identidad de los niños nacidos por estas técnicas y armoniza el bien protegido por la legislación en tanto permite tanto el acceso a técnicas de reproducción asistida, pero también garantiza la igualdad de derechos frente a los niños adoptados.

Esta igualdad en la actualidad no se encuentra vigente, en tanto según la legislación vigente un niño adoptado tiene derecho a conocer su origen biológico mientras un niño nacido por donación de gametos no. Esta situación es sin dudas absolutamente violatoria de los derechos y garantías jurídicas consagradas en nuestra constitución nacional. Aún más grave teniendo en cuenta que el derecho a la identidad de los niños no sólo se encuentra en el Tratado de los

Derechos del Niño, sino que además la Argentina fue promotora de la inclusión del derecho a la identidad como un derecho del niño y parte de sus derechos personalísimos.

Desde la sanción de la ley que incluyó a este tratado en el cuerpo legislativo argentino y la reforma constitucional, el marco jurídico argentino no puede más que rechazar los intentos de poner coto de forma injustificada al derecho a la identidad, que incluye el derecho a la identidad biológica.

La jurisprudencia en esta situación puntual no es extensa, pero tiende a afirmar la supremacía del derecho a la identidad del niño, aunque la falta de instrumentos para garantizarla hace que en los magistrados no quede más opción que instar al poder legislativo a solventar esta cuestión.

Como ya se dijo anteriormente, la forma de solventarla no pasa por limitar el derecho a la reproducción, cómo desde algunos sectores podría proponerse, sino en garantizar el acceso a la información para que el niño pueda conocer quién fue el donante de los gametos que sirvió a su concepción.

Armonizar y compatibilizar los derechos de todos los sujetos involucrados es indispensable para salvaguardar la dignidad de todas las personas parte, contemplando la faceta social, cultural, emocional y espiritual.

Todos somos sujetos de derecho, con distintas necesidades espirituales y demandas sociales para poder alcanzar la plenitud personal, y es indudablemente la justicia la principal encargada de garantizar las mismas posibilidades, sin limitar a ninguna de las personas integrantes de la sociedad dentro de un marco legal equitativamente establecido a alcanzar la plenitud personal. Ninguno de los derechos merece ser considerado de un rango inferior en

comparación a otro, será una vez más la ardua tarea del derecho el poder amparar a todos los sujetos quienes confían en él para la protección íntegra de su ser.

Bibliografía.

1. Doctrina.

1.1 Libros.

Brena Sesma, Ingrid (1995). *Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado N°82. Pp. 71-88.

Brena Sesma, Ingrid (2013), *Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado N°37, pp. 795-803.

Carmelo, G., Picasso, S. y Herrera, M.(2015), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1era. ed, Buenos Aires, Infojus.

Alkorta Idiakez, I. (2003) *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho Español y Comparado*. Navarra: Aranzadi.

Belluscio, A., Zannoni, E. (1998) *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* (T. I). Buenos Aires: Astrea.

Braa, J. (1997) *Análisis económico del estilo de vida*. Madrid: Civitas.

Código Civil y Comercial Comentado (2015) (T.III, 1°ed.) Ricardo L. Lorenzetti (Director) Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

Gherzi, C. (2013) *Metodología de la investigación en ciencias jurídicas*. (5ta ed.) Bogotá: Universidad Javeriana.

Gil Domínguez, A. (2014) *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Buenos Aires: Ediar, Buenos Aires.

Herrera, M. (2015) *Manual de Derecho de las Familias*. (1a Ed. 1a Reimp.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.

De Miguel Sánchez, Noelia (2004) *Tratamiento de Datos Personales en el ámbito sanitario: Intimidación "versus" interés público*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Detrick, Sharon (1999), *A commentary of United Nations Convention on the Right of the Child*, Londres, Martinus Nijhoff Publisher.

Fama, María V (2012)., *El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Lecciones y Ensayos N°90.

Famá, María Victoria (2012). *El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Lecciones y Ensayos, Nro. 90. Pp. 171-195.

Fromm, Erich (1967), *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea*, 5ta. ed., México D.F., Fondo de Cultura Económica.

Habermas, Jürgen (1989), *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Tecnos.

Herrera Vacaflor, Carlos A. (2013), *Los Derechos Sexuales y Reproductivos a partir de "Artavia Murillo v. Costa Rica": un nuevo paradigma para su acceso*, VII Jornadas de Jóvenes Investigadores, Instituto Gino Germani.

Morales Massoni, Aldo J. (s/f). *El derecho a la identidad de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción humana asistida*. Recuperado de: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2004/massoni_a/html/index-frames.html

Morales Massoni, Aldo Javier (s/f). *El derecho a la identidad de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción humana asistida*. Recuperado de:

http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2004/massoni_a/html/index-frames.html

Nicholson, R. (1994). Algunas consideraciones acerca de los aspectos éticos de la fertilización asistida. *Ginecología y Reproducción*. Diciembre, Vol. IV. Págs. 106 a 107.

PACTO SAN JOSE DE COSTA RICA En línea. Disponible en Internet. En: www.oas.org.
Última consulta 28/08/15.

Rodríguez, María del Rosario y Ponce, Cadilla (1997) *.Derecho Genético: Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Su trascendencia jurídica en el Perú*. Primera edición. Lima: Editorial San Marcos. Pp. 23 y ss.

Rodríguez, María del Rosario y Ponce, Cadilla (1997) *.Derecho Genético: Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Su trascendencia jurídica en el Perú*. Primera edición. Lima: Editorial San Marcos. Pp. 23 y ss.

Torres Maldonado, Marco A.i (s/f), *¿Mi papá es un donante? El eufemismo del Interés Superior del Niño y la identidad del menor derivada de las técnicas de reproducción humana asistida*. Recuperado de: http://www.revistapersona.com.ar/Persona90/90Torres.htm#_ftn28

Torres Maldonado, Marco Andrei (s/f), *¿Mi papá es un donante? El eufemismo del Interés Superior del Niño y la identidad del menor derivada de las técnicas de reproducción humana asistida*. Recuperado de: http://www.revistapersona.com.ar/Persona90/90Torres.htm#_ftn28

Van Bueren, Geraldine (1995), *The International Law on the Rights of the Child*, Londres, Martinus Nijhoff Publishers.

Vidal Martínez, Jaime (s/f). *Acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de Abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo*. Recuperado de

<http://www.catedraderechoygenomahumano.es/images/revista/34jurisprudencia1.pdf>

Vidal Martínez, Jaime (s/f). *Acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de Abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo.* Recuperado de <http://www.catedraderechoygenomahumano.es/images/revista/34jurisprudencia1.pdf>

Zavala Guillén, Ana L.(2014), *El derecho a la identidad del descendiente de donante a la luz del fallo “C., E.M c/ EN-M Salud s/ Amparo” y de la Convención de los Derechos del Niño.* Recuperado de: <http://www.infojus.gov.ar/>

Zavala Guillén, Ana Laura (2014). *El derecho a la identidad del descendiente de donante a la luz del fallo "C., E. M. y otros c/EN-M Salud s/Amparo" y de la Convención de los Derechos del Niño.* Recuperado de www.infojus.gov.ar

López del Carril, J. (1984) *Derecho de Familia.* Buenos Aires: Abeledo – Perrot

López Faugier, I. (2005) *La prueba científica de la filiación.* México: Porrúa.

Nieto Alonso, A. (2004) *El iter en la búsqueda de la verdad real frente a la verdad presunta y el derecho.* En González Porras, J.M. y Méndez González,, F. P. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García.* España: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.

Wainerman, C. (1996) *Vivir en familia.* Buenos Aires: UNICEF.

1.2 Repertorios de doctrina, legislación y jurisprudencia.

Cantabio, F. F. (2012) “La salud y los derechos personalísimos en el Proyecto de Código.” LL 2012-F, 988.

Ciruzzi, M.S. (2013) “El derecho a la identidad y el derecho a la intimidad del donante de esperma: análisis del anteproyecto de reforma al Código Civil y Comercial”, MICROJURIS 17/04/2013.

Flah, L.R. (2014) “La incorporación de la bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación.” *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial* 2014 (Noviembre), 1. LL AR/DOC/3837/2014.

Galli Fiant, M.M. (2015) “Los tiempos de los niños.” DJ 25/02/2015, 21. DFyP 2015 (abril), 78.

Highton, E. (2015) “Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial.” LL13/04/2015, 1.

Mizrahi, M. (2010) “El niño y la reproducción humana asistida” LL, 30/08/2010.

Zavala Guillén, A.L. (2014) “El derecho a la identidad del descendiente de donante a la luz del fallo "C., E. M. y otros c/EN-M Salud s/Amparo" y de la Convención de los Derechos del Niño” DACF140357.

1.3 Páginas web.

Cabaleri, D. (2014) Las técnicas de reproducción humana asistida: el debate en la doctrina jurídica. Documento inédito. *Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina.*

Recuperado el 07/10/2015 de

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/tecnicas-reproduccion-humana-cabaleri.pdf>

Moisset de Espanés, L., Hiruela de Fernández, M.P (s.f) Derechos de la personalidad. *Revista Persona.* Recuperado el 28/02/2016 de

<http://www.revistapersona.com.ar/Persona46/46Moisset.htm>

1.4 Ponencias.

Merlo, L.M (2015) El derecho a la identidad en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida. Comisión 6, *Familia: "Identidad y filiación"*. XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1, 2 y 3 de Octubre de 2015, Bahía Blanca) Recuperado el 10/02/2016 de <http://www.libroscijuso.org.ar/rcc6.pdf>

UNICEF (s.f) Derechos bajo la Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado el 02/02/2016 de http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30177.html

2. Legislación.

2.1 Nacional.

Código Civil y Comercial.

Constitución Nacional.

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

Ley N° 26.862 - Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

2.2 Internacional.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención sobre los Derechos del Niño.

3. Jurisprudencia.

3.1 Nacional.

SCJBA. "F. S. B. c/ G. G. D. s/ Filiación" (27/8/2008).

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

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:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Castillo Rocío Noelia
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	32.805.525
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	El derecho a la identidad y los sujetos vulnerados en las técnicas de reproducción humana asistida.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	Rocionoelia10@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21.
Datos de edición: <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>	

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:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <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 y fecha: 15 de noviembre de 2.016

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.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] 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.