

Leandro Duarte Manzur

Trabajo Final de Graduación

***“EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LAS
PERSONAS CONCEBIDAS POR MEDIO DE
TECNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA
ASISTIDA Y SU CONFLICTO CON EL DERECHO A
LA INTIMIDAD DE LOS DONANTES”***

Universidad Siglo XXI

Abogacía

2018

RESUMEN

La falta de regulación legal correspondiente a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en general y, más específicamente, con respecto al derecho a la identidad de las personas concebidas a través de la utilización de óvulos o espermatozoides otorgados por terceros, ha producido un conflicto, entre el derecho de aquellos que han nacido gracias a la aplicación de estas técnicas a conocer quien ha sido el o la donante de los gametos y, el derecho de estos donantes a mantener su anonimato, protegiendo de esta manera su intimidad.

Nuestro Código Civil y Comercial ha intentado dar un marco regulatorio en esta materia, aplicando una solución de carácter intermedio, que permite el acceso a la información médica e inclusive a información identificatoria en ciertos casos a definir en el futuro por la jurisprudencia, pero esto no ha logrado resolver el problema.

Por ello, es necesario buscar una solución que permita obtener la mayor satisfacción para todas las partes involucradas en estos procesos y que complete los vacíos legales existentes al día de hoy.

Palabras Claves: Derecho a la Identidad, Técnicas de Reproducción Humana Asistida

ABSTRACT

The lack of legal regulation correspondent to the Assisted Human Reproduction Techniques in general, and more specifically, regarding the right to an Identity of people conceived through the utilization of ovules or sperm given by third parties, has produced a conflict between the right of those who were born thanks to the application of this techniques to know who has been the donor of the gametes and, the right of those donors to maintain their anonymity, in this way protecting their privacy.

Our Civil and Commercial Code has tried to give a regulatory framework in this matter, applying an intermediate solution that allows access to medical information and even identifying information, in certain special cases, to be determined in the future by jurisprudence, but this has not accomplished to solve the problem.

Thus, it is necessary to find a solution that achieves the utmost satisfaction for all parties involved in these procedures and that fills the legal voids existing to this day.

Key Words: Right to an Identity, Assisted Human Reproduction Techniques.

INDICE

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCION | 6 |
| CAPITULO 1: EL DERECHO A LA IDENTIDAD | 9 |
| 1.1. DEFINICIÓN..... | 9 |
| 1.2. IDENTIDAD, DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES Y VÍNCULO FILIAL..... | 12 |
| 1.3. DISTINCIÓN ENTRE SECRETO Y ANONIMATO..... | 14 |
| CAPITULO 2: POSTURAS DOCTRINARIAS EXISTENTES AL RESPECTO DEL ANONIMATO DE LOS DONANTES DE MATERIAL GENETICO UTILIZADO EN LAS THRA | 16 |
| 2.1. POSTURAS QUE SOSTIENEN LA FIGURA DEL ANONIMATO..... | 16 |
| 2.2. POSTURAS QUE PROPONEN LA ELIMINACIÓN DE LA FIGURA DEL ANONIMATO..... | 17 |
| 2.3. POSTURAS INTERMEDIAS..... | 19 |
| CAPITULO 3: DERECHO COMPARADO: ACOTADA REFERENCIA A LAS LEGISLACIONES DE OTROS PAISES | 22 |
| 3.1. PAÍSES QUE ELIMINARON LA FIGURA DEL ANONIMATO | 22 |
| 3.2. PAÍSES QUE CONSERVAN LA FIGURA DEL ANONIMATO | 26 |
| 3.3. PAÍSES QUE PERMITEN ACCEDER A LOS DATOS MÉDICOS PERO NO A LA IDENTIDAD | 28 |
| 3.4. PAÍSES QUE UTILIZAN EL SISTEMA DE DOBLE VENTANILLA | 29 |
| 3.5. PAÍSES QUE PREVÉN EL ANONIMATO PERO QUE PERMITEN CONOCER LA IDENTIDAD EN CIERTAS CIRCUNSTANCIAS | 30 |
| CAPITULO 4: JURISPRUDENCIA: NECESIDAD DE CREAR UN REGISTRO DE DONANTES Y RECEPTORES | 32 |
| 4.1. EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL | 32 |
| 4.2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL | 34 |
| CAPITULO 5: REGULACION LEGAL DEL DERECHO A LA INFORMACION EN EL ORDENAMIENTO ARGENTINO | 38 |
| 5.1. LEY N° 26.862 DE ACCESO INTEGRAL A LOS PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS MÉDICO-ASISTENCIALES DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA | 38 |
| 5.2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 563 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN | 40 |
| 5.3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 564 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN | 42 |
| 5.4. DIFERENCIAS DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES DE LOS NIÑOS NACIDOS MEDIANTE TRHA HETERÓLOGAS Y EL DE LOS NIÑOS ADOPTADOS O LOS NACIDOS POR FILIACIÓN BIOLÓGICA..... | 45 |

| | |
|--|-----------|
| 5.5. LEGISLACIÓN ESPECIAL PROYECTADA | 48 |
| CONCLUSIONES FINALES..... | 53 |
| BIBLIOGRAFIA | 58 |
| DOCTRINA | 58 |
| LEGISLACIÓN..... | 60 |
| JURISPRUDENCIA | 61 |

INTRODUCCION

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida¹ son de gran importancia para la sociedad actual, no hay duda respecto a esto, ya que será mediante las mismas que ciertas parejas o individuos puedan acceder al derecho a formar una familia que de otro modo, quizás, les hubiera sido imposible.

Se entiende por TRHA a los procedimientos a través de los que se busca unir, reemplazando los medios naturales, a un óvulo con un espermatozoide, con el propósito de lograr un embarazo. La gestación puede ser lograda mediante una técnica de baja intensidad o de alta intensidad, dependiendo de si el contacto entre los gametos femeninos y masculinos se produce dentro de la trompa de Falopio, o en un laboratorio removiendo los óvulos del cuerpo. Son consideradas técnicas de baja intensidad: la inseminación artificial intrauterina o el coito programado. Dentro de las técnicas de alta intensidad encontramos a la transferencia embrionaria y a la fecundación in Vitro. A su vez las TRHA pueden ser divididas en homólogas y heterólogas. Cuando quienes se verán beneficiados por la utilización de estos procesos son los que suministran los gametos se está hablando de una TRHA homóloga. En cambio, si los gametos se consiguen a través de la donación de una persona, ya sea hombre o mujer, que no tiene la voluntad de tener un hijo, se considera que la THRA es heteróloga (Merlo y Martín 2.018).

Piénsese en personas con problemas de fertilidad, o en las parejas de un mismo sexo e incluso en aquellas personas que quieren tener hijos sin estar en pareja. Y ante estas situaciones, es que cobran relevancia los donantes de gametos (ya sean óvulos o semen), porque sin el aporte de material genético de los mismos serían imposibles los procesos de fertilización. Pero desde hace tiempo se ha venido generando una controversia con respecto al conflicto que se produce entre el derecho a la intimidad de los donantes (es decir a mantener su anonimato) y el derecho humano fundamental a la identidad que tienen los niños concebidos por medio de estos procedimientos. Este Trabajo Final de Graduación pretende

¹ En adelante se utilizará la sigla TRHA como referencia a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

analizar exhaustivamente, a través de un estudio exploratorio y descriptivo, el trato que hace el ordenamiento jurídico argentino al derecho a la información de las personas nacidas por TRHA desde la sanción del proyecto de ley que da creación al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación hasta la actualidad.

Hay que aclarar, desde un principio, que tanto el Código Civil y Comercial que en su artículo número 558 recepta como nueva fuente de filiación a la que se produce mediante TRHA² y luego dedica dos artículos (563 y 564) al derecho a la identidad de las personas concebidas mediante TRHA heterólogas, como la ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida que garantiza el acceso a estos tratamientos, han dejado importantes lagunas y es de suma importancia la sanción de una ley que traiga claridad y aporte seguridad jurídica a la situación existente.

Con el propósito de sortear dichos obstáculos es que la doctrina se ha ocupado de plantear diferentes posturas que van desde el anonimato absoluto de los donantes, pasando por las tesis intermedias que permiten el conocimiento de los datos médicos o la identidad en algunos casos determinados, hasta llegar a la eliminación por completo del anonimato y la creación de registros de acceso público.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de expresarse en lo referido a la necesidad de un registro que contenga toda la información que poseen los centros de fertilidad y bancos de gametos legalmente habilitados en el país referida a la identidad de los donantes mediante un fallo de la Cámara Contencioso Administrativa Federal que será examinado en el presente trabajo.

Se puede concluir que el objetivo general del Trabajo Final de Graduación que aquí se expone es examinar el conflicto mencionado entre el derecho a la identidad de las personas nacidas por medio de TRHA heterólogas y el derecho a la intimidad de los donantes. Mas específicamente se pretende definir el derecho a la identidad, analizar el derecho comparado, explicar las diferentes posturas doctrinarias al respecto, estudiar la regulación que hace el sistema jurídico

² Artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación: Fuentes de filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

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

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

argentino del derecho a la información, como así también la jurisprudencia que lo trate.

Para lograr cumplir con dichos objetivos el trabajo constará de cinco capítulos. El primero de ellos se avocará a definir el Derecho a la Identidad y los distintos derechos que se nuclean dentro del mismo, permitiendo distinguirlo del vínculo filial y del derecho a conocer los orígenes; así como también tratará la diferenciación entre el secreto y el anonimato. El segundo capítulo tendrá por objeto examinar las distintas posturas doctrinarias (Maximalista, Minimalista e Intermedia) con respecto al anonimato de los donantes y al derecho a la identidad de las personas nacidas por TRHA, haciendo hincapié en las opiniones vertidas por reconocidos autores nacionales. Luego en el capítulo número tres se hará una breve descripción del tratamiento legislativo realizado en el Derecho Comparado. Ya en el cuarto capítulo se expondrá la jurisprudencia internacional referente al derecho a la identidad, y también se analizará la jurisprudencia nacional, en especial la que se ha expedido sobre la necesidad de un registro de donantes. En el quinto capítulo se procederá a realizar un análisis de la regulación de las TRHA en la ley N° 26.862 y un examen completo de lo establecido en los artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial de la Nación en lo referente al derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. Se procederá a continuación, a comparar las circunstancias relativas al derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos mediante TRHA heterólogas y las de los niños adoptados o los nacidos por filiación biológica. Por último, serán analizados brevemente los proyectos de ley existentes en el Congreso de la Nación en lo relativo al derecho a la identidad y las TRHA.

CAPITULO 1: EL DERECHO A LA IDENTIDAD

En el primer capítulo del trabajo serán analizadas cuestiones conceptuales, exponiendo la definición del derecho a la identidad de acuerdo a distintos autores y analizando brevemente su recepción en tratados internacionales, así como en la legislación nacional. Luego, se hará hincapié en la diferenciación de los conceptos identidad, derecho a conocer los orígenes y el vínculo filial. Para acabar, se distinguirá entre el secreto y el anonimato en lo relativo a la utilización de THRA heterólogas.

1.1. Definición

Al abordar la temática del derecho a la identidad, es muy importante establecer que el mismo es un derecho humano fundamental que está reconocido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico. Ya sea de forma implícita a través del artículo 33 de la Constitución Nacional³, como de manera explícita, en el inciso 19 del artículo 75 del mismo cuerpo legal que establece, en su último párrafo, que una de las atribuciones del Congreso de la Nación es el dictado de normas destinadas a proteger la identidad y la pluralidad cultural.⁴

Famá (2012) considera que el derecho a la identidad ha sido expresamente reconocido en varios instrumentos internacionales que tienen jerarquía constitucional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24)⁵ y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 19)⁶.

³ Artículo 33 de la Constitución Nacional: Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

⁴ Artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional.

⁵ Artículo 24 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos: 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

De todas formas, al analizar los documentos internacionales, donde mejor receptado se encuentra este derecho, es en los arts. 7º, 8º y 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que forma parte del bloque de constitucionalidad desde la reforma de 1.994. Según la misma, el derecho a la identidad abarca el de todo niño a: estar inscripto inmediatamente después de su nacimiento, tener vínculo filial, un nombre, una nacionalidad y, en la medida de lo posible, conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7º)⁷. También tiene derecho a que su identidad sea preservada en las relaciones familiares sin injerencias ilícitas (art. 8º)⁸ y a vivir y permanecer con la familia de origen, excepto que ello no sea posible por razones fundadas en el interés superior del niño (art. 9º)⁹. “El derecho a la identidad nuclea, una gran cantidad de otros derechos que ostentan autonomía o entidad propia. Uno de ellos es el derecho a conocer los orígenes” (Kemelmajer de Carlucci, 2.014, p. 557).

Es importante recordar, además, lo establecido por el artículo 11 de la ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que reconoce el derecho de acceso a la verdad de origen: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho... al conocimiento de quienes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia...”¹⁰.

Ya se ha establecido que existe un reconocimiento del derecho a la identidad como derecho humano, tanto en el ámbito nacional como internacional pero ¿Qué es el derecho a la identidad? ¿Cuáles son sus alcances?

Muchos autores de distintas disciplinas han ensayado conceptos de la identidad. Como por ejemplo, Fromm (1.967) la define 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)”. Para Habermas (1.989), la identidad particular “es aquella decisión solitaria por la que el individuo moral asume la

⁶ Artículo 19 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela.

⁷ Artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁸ Artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁹ Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁰ Artículo 11 de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

responsabilidad de su propia biografía, convirtiéndose en aquel que es. Todo individuo hace primero experiencia de sí como producto histórico de circunstancias de vida contingentes. Pero al ‘elegirse’ a sí mismo como tal producto, es que se construye un sí mismo que a sí mismo se imputa la rica concreción de la propia biografía a que se enfrenta como algo de lo que retrospectivamente quiere dar cuenta”. Por su parte, Tugendhat (1.993), considera que es falso que la identidad de una persona se cree, pues tiene una base que ha existido siempre. Es así que la identidad personal tiene dos componentes, por un lado la identidad individual y por otro la identidad cualitativa. La identidad individual se vincula con “características concretas que tienen que ver con el nacimiento, el territorio y la biografía particular” (es decir, los “hechos”); mientras que la identidad cualitativa no es un hecho e implica la idea de “identificarse con”, es decir, estructurar en términos de elección y voluntad la identificación con ciertos valores o formas de vida.

Como se puede ver, lograr un concepto de identidad no es tarea fácil. Desde el punto de vista jurídico, esta complejidad ha llevado a muchos autores, de importante jerarquía, a sostener que el derecho a la identidad, que se encuentra reconocido como derecho humano en tratados internacionales y receptado por la legislación nacional, esta compuesto por dos elementos:

Un elemento de carácter biológico o estático: que esta conformado por el dato genético (y prima en la filiación por naturaleza). Responde a la concepción restrictiva de “identificación” (huellas digitales, fecha y lugar de nacimiento, el nombre de los progenitores, entre otros datos). Y otro elemento de carácter dinámico o cultural: donde es de mayor importancia la intención, la voluntad procreacional, la construcción (de querer ser padre o madre), y el desarrollo, en los vínculos y lazos que se constituyen de ello. Este elemento representa la historia personal, la biografía existencial, la construcción cultural de un individuo, e involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida (mas relevante en la filiación derivada del uso de las TRHA) (Kemelmajer de Carlucci 2014).

Explica Alterini que:

La identidad es un derecho complejo, amplio, dependiente del derecho a la privacidad, se trata de un concepto relacional, entronca con el

derecho a la vida y con relaciones familiares, tiene aspectos dinámicos y estáticos, supone el arrimo de las personas a la larga cadena de ancestros y descendientes y tiene por lo tanto carácter transindividual y transgeneracional. Su garantía tiene implicancias en las generaciones futuras. (Alterini, 2015, p. 502)

La Corte interamericana de Justicia en el caso “Fornerón e hija vs. Argentina” ha definido la identidad en un sentido vasto y abarcativo:

El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad que puede ser conceptualizado en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad. Y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal esta íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social.¹¹

1.2. Identidad, derecho a conocer los orígenes y vínculo filial

Es importante distinguir entre el derecho a conocer los orígenes y el derecho a tener un vínculo jurídico, que son dos aspectos diferentes del derecho a la identidad. Ya en la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce el derecho a tener vínculo filial (el que se deriva de un régimen legal para la

¹¹ Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, Fondo. Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de abril de 2012, parágrafo 123.

determinación de la filiación) y por otro lado el derecho a conocer los orígenes. Estos derechos se encuentran unidos en los casos de filiación por naturaleza ya que los menores con quienes se determina un vínculo filial, además desarrollan con los progenitores el derecho a conocer los orígenes, porque como padres biológicos forman parte de sus orígenes. Pero resulta que la filiación por naturaleza es solo una de las fuentes capaces de generar un vínculo filial, existe además la adopción y es en el marco de la misma donde se produce una clara división ya que el derecho a conocer los orígenes se corresponde con el conocimiento de la familia biológica, con quienes la persona adoptada puede haber tenido o no algún tipo de relación social o afectiva en el tiempo y que va a variar según cada caso en particular. Pero el vínculo filial va a recaer sobre los adoptantes. Con la redacción del nuevo Código Civil y Comercial se incluye una tercera fuente de vínculo filial mediante técnicas de reproducción humana asistida que puede ser homóloga (si el material genético proviene de la misma pareja) o heteróloga (cuando el material genético proviene de un tercero) y es en este último caso donde el derecho a conocer los orígenes cobra mayor relevancia (Kemelmajer de Carlucci, 2.014).

Aida Kemelmajer (2.014) considera que, en la adopción, el derecho a conocer los orígenes esta conformado por el conocimiento de quienes son los progenitores de la persona (elemento estático de la identidad) y por la historia del niño antes de ser adoptado (elemento dinámico de la identidad). En cambio, en el caso de la reproducción asistida, ese derecho a conocer los orígenes, sólo estaría compuesto por el elemento estático, específicamente en lo referido al dato genético, ya que el niño no solo carece de vínculo filial sino que además no ha tenido ningún tipo de relación afectiva o social con el donante, situación que puede claramente ocurrir en la adopción, como por ejemplo si el niño fuera dado en adopción después de vivir durante un tiempo con miembros de su familia biológica.

Hay autores, como Jorge H. Alterini (2.015), que consideran que no se satisface el derecho a la identidad dando acceso a los “orígenes”, ya que esto no corresponde a la percepción profunda de la identidad que se puede extraer de las sentencias obtenidas en el sistema interamericano. Para Alterini, a contrario de lo que opina Kemelmajer, la identidad no es dualista: no permite la división de alma y cuerpo, ya que el hombre no acepta que el derecho lleve a cabo esas intromisiones sobre su identidad negando alguna dimensión de su existencia a

través de una norma legal. La separación en estratos de la identidad es el resultado de una fragmentación en la biografía propia.

Alterini va incluso más lejos, y caracteriza de falacia el decir que la garantía de acceso a posteriori de la identidad humana es suficiente para garantizarla. Es necesario prevenir, siempre que sea posible, el desmembramiento de la identidad del niño, y para eso se debe dejar de popularizar los proyectos de parentalidad en los que participan varias personas (como sería el caso de las THRA heterólogas que siguiendo esta línea de pensamiento debería estar prohibida o ser utilizada como recurso de ultima razón).

1.3. Distinción entre secreto y anonimato

Es de suma importancia diferenciar el secreto del anonimato ya que no abarcan las mismas situaciones y si bien el secreto no significa lo mismo que el anonimato, sí lo justifica y lo alienta. Para que la cuestión del anonimato de los donantes pueda ser planteada es necesaria la revelación del secreto, debido a que si el secreto es guardado se priva a la persona concebida mediante THRA de preguntar acerca de sus orígenes. El secreto, entonces, comprende tanto la utilización de las técnicas de reproducción asistida para lograr el embarazo, como así también la identidad del sujeto que donó el material genético. El secreto es, por lo tanto mas abarcativo que el anonimato, pues el interés en conocer a la persona que le ha permitido nacer solo puede aparecer una vez que el secreto sobre la forma de concepción sea revelado. El concepto de anonimato es mas restringido y se refiere a la identidad del donante, es de carácter reciproco, es decir que las personas que utilizan los procesos médicos de reproducción asistida, así como los niños concebidos mediante las mismas no pueden conocer quien es el donante, pero este ultimo tampoco puede saber a quien le será entregado su material genético. El anonimato es, por lo tanto, la ausencia de circulación de información entre donantes y receptores, extendiéndose a cualquier persona que no esté vinculada a las clínicas, instituciones sanitarias o de conservación de gametos. (Kemelmajer de Carlucci 2.014)

Anteriormente las instituciones donde se realizaban los procedimientos médicos destinados a lograr embarazos por medio de técnicas de reproducción

asistida recomendaban a las personas a mantener en secreto la utilización de dichos tratamientos. Se consideraba que hacerle conocer a los niños concebidos con gametos de terceros era no solo innecesario sino que también podía ser perjudicial. (Kemelmajer 2.014)

De acuerdo a la doctora Kemelmajer de Carlucci (2.014) con el correr del tiempo diferentes factores han contribuido a que se produzcan cambios en la practica profesional y la política social referentes a la divulgación de la utilización técnicas de reproducción heterólogas y respecto a la obtención de información sobre los donantes. En el mundo actual son aceptados diferentes tipos de familias, tanto el estigma asociado a la infertilidad como la ignorancia respecto a la reproducción asistida y sus consecuencias jurídicas han disminuido. Todas estas circunstancias han llevado a que se entienda que es adecuado contarle a los niños a una edad donde puedan comprenderlo que han sido concebidos a través de THRA por medio de la donación de gametos de un tercero.

CAPITULO 2: POSTURAS DOCTRINARIAS EXISTENTES AL RESPECTO DEL ANONIMATO DE LOS DONANTES DE MATERIAL GENETICO UTILIZADO EN LAS THRA

Las posturas doctrinarias con respecto al anonimato de los donantes de material genético que es usado en las THRA son variadas. Las mismas pueden ser clasificadas en Maximalistas, Minimalistas e Intermedias, a su vez, dentro de cada una de ellas existen diversos matices (Gómez Bengoechea 2.007). En el presente capítulo se expondrán las características de cada una de estas posturas.

2.1. Posturas que sostienen la figura del anonimato

La llamada postura minimalista defiende el anonimato sin matices. Se prioriza el derecho del donante a la intimidad, así como el derecho de la privacidad de la pareja que recurre a estas técnicas (Rivero Hernández, F.)

Se sostiene el modelo de anonimato cerrado o absoluto, por el cual la identidad del donante no debe ser revelada en ningún caso (incluso si se da la situación de que la persona que nació del donante requiere esa información para poder salvar su vida), se le da primacía a la intimidad de quien apporto los gametos. (Herrera 2.015)

Históricamente, fueron los bancos de semen quienes dieron comienzo a la costumbre del anonimato del donante. Desde un principio los mismos impusieron “la prohibición de revelar la identidad del donante, a no ser que fuese preciso hacer frente a un riesgo muy grave para la vida del nacido de semen donado, y que requiriese conocer la identidad del padre genético para poder tratar la enfermedad.” (Kemelmajer de Carlucci 2.014, p.p. 544-545).

Debido a la dificultad de obtener donantes, es que las clínicas y los médicos que llevaban a cabo las técnicas de fertilización promovían la preservación en secreto de la identidad del titular del material genético heterólogo. Cabe recordar, que exceptuando a los E.E.U.U., en la mayoría de los países europeos, y de

acuerdo a la legislación que se encontraba en boga, no se les podía pagar a los donantes de gametos. (Alkorta Idíákez 2.003)

“Una encuesta realizada con los donantes del Reino Unido en 1993 y 1994 dio como resultado que dos terceras partes de los donantes no se habrían ofrecido como voluntarios si se hubiese permitido que los niños engendrados gracias a su donación los encuentren” (Golombok 2.006 p. 69).¹²

“En suma, el anonimato del donante es una costumbre proveniente de la praxis médica que acabó imponiéndose en el resto de los ámbitos y en la propia administración sanitaria”. (Alkorta Idíákez 2.003)

Por lo tanto, durante el comienzo de la utilización de las THRA se tuvo como principio general el anonimato de los donantes, dándole prioridad al derecho a la intimidad de los mismos. Se consideraba no solo que no era conveniente dar a conocer al niño que ha nacido mediante reproducción asistida sino, que además podía resultarle dañino. Otro argumento esgrimido, incluso hoy en día, es que las donaciones pueden disminuir drásticamente si se levanta el anonimato, ya que se debe tener en cuenta que la ignorancia respecto a las leyes provoca temores a la hora de donar el material genético (Los posibles donantes muchas veces temen que los niños nacidos gracias a su material genético puedan luego reclamarles que les sea reconocida la paternidad)

Esta postura se encuentra en franco retroceso, cada vez mas se avanza hacia una solución intermedia o directamente hacia la eliminación de la figura del anonimato.

2.2. Posturas que proponen la eliminación de la figura del anonimato

Según Fabrega Ruiz (1.999) La corriente maximalista es aquella que defiende el derecho de la persona concebida a través de THRA a conocer la identidad de los donantes, e incluso establecer relaciones de filiación con los mismos.

Existen autores que afirman que las disposiciones que establecen la imposibilidad de que se genere un vínculo jurídico entre el donante y el niño

¹² Cook, R. y Golombok, S. 1995, A survey of semen donors: phase II. The view of the donors, en Human Reproduction, 10, ps 951-959, citado en Golombok, S., Vínculos genéticos: ¿congénitos o no?, en Modelos de familia. ¿Qué es lo que en verdad cuenta?, Colección Familia y Educación 9, Graó, Barcelona, 2006, p. 69.

nacido por medio de THRA heterólogas implican la consagración definitiva del divorcio entre verdad y derecho, en favor de una regulación adultocéntrica, siendo de esta manera una filiación contrafáctica, que corta todo lazo con la realidad corpórea del niño así concebido (Basset 2.014).

Es decir, que con este tipo de leyes, “se busca satisfacer las necesidades del adulto, pero dejan de lado los derechos y necesidades afectivas del niño”. (Berbere Delgado 2.012 p.141)

Nuestro propio Código Civil y Comercial en su art. 558 establece el principio de igualdad de las filiaciones, sin importar el origen de las mismas.¹³

La eliminación del anonimato es justificada, de acuerdo a la opinión de muchos doctrinarios debido a que la igualdad es abstracta, por lo tanto debe ser adecuada a las circunstancias de hecho. Existe una obligación constitucional y convencional que cae sobre el legislador y el operador jurídico a buscar la igualdad en la medida de lo posible, para lograr de este modo que el cúmulo de derechos de los hijos no se vea acotado como consecuencia las elecciones de sus padres con relación a la forma en que son concebidos (Cordobera Garrido, Borda y Alferillo 2.015).

Se puede concluir que aún teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los distintos tipos de filiación, la información sobre el origen de una persona es un derecho común que les corresponde a todas las personas más allá de la clase de filiación que ostenten.

De todas formas, hay que aclarar que, en la amplia mayoría de las posturas que proponen la eliminación del anonimato, no se persigue la creación de un vínculo jurídico entre donantes y niños nacidos a través de THRA, sino que lo que se quiere lograr es el goce pleno de estas personas de su derecho a la identidad, pudiendo conocer la identidad de los donantes, sin que esto los habilite a realizar, por ejemplo, una acción de filiación.

Entre los autores nacionales de reconocida trayectoria se encuentran diversas opiniones en lo referente al derecho a acceder a la información de los donantes por parte de las personas concebidas mediante TRHA.

Así, parte de la doctrina estima que los esquemas regulatorios que otorguen mayor impronta a la tutela de intereses de adultos no son oponibles a los derechos

¹³ Artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación.

fundamentales y preeminentes del niño. La identidad de la persona concebida por TRHA es del niño y no de los padres o del Estado. Aquí se ven afectados derechos de terceros. La identidad es una parte de su persona y de su biografía y por lo tanto, no puede restringírsele el acceso a la misma. (Perrino 2.011).

Siguiendo una línea crítica al anonimato de los donantes, hay quienes consideran, por un lado, que aquella persona que dona sus gametos, lo hace en pleno ejercicio de su libertad y sin ningún tipo de coacción, por lo tanto se pone de forma voluntaria en esa situación, lo que hace que sea razonable el poder exigirle que asuma las consecuencias de sus propios actos. En cambio, el adulto o niño que ha nacido por el uso de las THRA fue totalmente ajeno al acto por el cual se logro el embarazo y no ha prestado su consentimiento a tales fines. Se agrega, además que la previsión legal no constituye la menos restrictiva de entre todas las idóneas para garantizar la subsistencia de donaciones de material genético que permitan el acceso a las TRHA y, por ende, garanticen el derecho a formar una familia. Podría aplicarse otras medidas de tipo educativo por ejemplo, para fomentar las donaciones (Famá 2012).

Esta corriente hace notar la circunstancia de que mantener el anonimato de los donantes de material genético genera una situación en la cual existe riesgo de incesto para las personas concebidas por THRA heterólogas.

Es opinión de Alterini (2.015) que, “en el bloque de constitucionalidad argentino y de acuerdo a la jurisprudencia actual de los organismos internacionales interamericanos, la acción quedará expedita para que la persona concebida por TRHA tenga tantos derechos como los niños que son concebidos por naturaleza o ingresan a una familia por adopción” (Alterini 2.015 p. 510)

Según estos autores debería imponerse el modelo del no anonimato, por el cual “el donante nunca sería anónimo y la información identificatoria estaría siempre a disposición de la persona nacida mediante TRHA heterólogas.” (Herrera 2.015 p.292)

2.3. Posturas intermedias

Por último existen las posturas intermedias que sostienen un derecho de la persona concebida por TRHA a conocer la identidad del donante, pero sin que

esto traiga consecuencia jurídica de ningún tipo, ya sea en el vínculo de filiación con los padres legales como con respecto al donante del material genético (Serrano Alonso 1987).

Los defensores de esta corriente no defienden el anonimato absoluto en todos los casos, pero tampoco postulan que este debe ser mantenido cualquiera sea la situación, estableciendo que se puedan conocer los datos genéticos de los donantes, o incluso su identidad si existen determinadas circunstancias especiales.

Así, como se verá en el próximo capítulo, existen países donde se permite acceder a los datos médicos pero no a la identidad y otros donde se establece el anonimato pero que permiten conocer la identidad en ciertos casos.

Se postula que si la donación no fuese anónima (entendiendo al anonimato como la consecuencia de la restricción al acceso a la información identificatoria) no habría donantes. “La limitación del derecho individual a conocer es, entonces constitucionalmente válida a la luz del principio de proporcionalidad, dado que tiene en miras otro derecho que no sólo ha permitido que esa persona pueda nacer, sino también que lo hagan otras personas.” (Kemelmajer de Carlucci 2.014 p.575).

De este modo, aclara Aida Kemelmajer de Carlucci (2.014), al explicar el sistema utilizado por el Código Civil y Comercial de la Nación, y que justamente ha adoptado la postura intermedia, la información no identificatoria se puede solicitar en cualquier momento directamente de la clínica o centro de salud donde se llevó a cabo el procedimiento. Pero por otro lado, cuando se quiera identificar al donante, se requiere la realización de una petición fundada ante un juez, entendiendo que es necesario otorgar ciertos fundamentos que justifiquen levantar el anonimato del donante, a quien se le prometió reservar su identidad, justamente, para que done el material genético a quien lo necesite. La restricción, entonces, no es caprichosa y busca proteger un interés general mayor: el de que existan donaciones y, de esa forma, que nazcan personas a través de TRHA heterólogas y, como consecuencia, que muchas parejas o personas accedan al derecho a formar una familia.

Dentro de las llamadas posturas intermedias podemos encontrar aquellas que proponen el llamado sistema de doble ventana, por el cual la persona nacida por medio de gametos donados por un tercero, una vez que alcanza una edad previamente establecida, podrá presentarse ante una oficina correspondiente o ante el centro de salud y expresar su intención de obtener información identificatoria y

ponerse en contacto con el donante. El organismo u establecimiento de salud interviniente deberá tomarle sus datos para luego contactarse con el donante y hacerle saber de esta inquietud, y si el donante acepta se le otorgarán los datos solicitados, pero si se niega los mismos se mantendrán en reserva. (Herrera 2.015)

CAPITULO 3: DERECHO COMPARADO: ACOTADA REFERENCIA A LAS LEGISLACIONES DE OTROS PAISES

En el continente Europeo existe un franco progreso del sistema del anonimato rígido o relativo, intermedio o flexible hacia la aplicación de sistemas en los cuales es eliminada la figura del anonimato. Se observa que tanto en el plano legislativo como jurisprudencial se le otorga cada vez mayor importancia al derecho a la información, e incluso permiten dar a conocerla identidad del donante de material genético, sin que esto signifique el establecimiento de vínculos legales de filiación entre éste y la posible descendencia. (Kemelmajer de Carlucci 2.014)

De un tiempo a esta parte, muchos países que habían instaurado legislativamente la regla del anonimato en la identidad de los donantes, han comenzado a ponerla en duda. Se invocan valores reconocidos como fundamentales desde la perspectiva de los derechos humanos, como por ejemplo el "derecho fundamental de toda persona a no ser privada, a sabiendas, por la institución médica o el Estado, del derecho a acceder a la información que le concierne, y más particularmente las referidas a sus orígenes". (Théry 2.009 p.21)

De esta manera, la necesidad imperativa del anonimato de los donantes de gametos, que era considerada irreconciliable con el derecho del niño nacido mediante THRA a conocer sus orígenes ha dejado de existir en muchos países. (Kemelmajer 2.014)

A continuación se expondrán brevemente las distintas posturas receptadas en el derecho comparado. Para esto seguiremos la clasificación que adopta Aida Kemelmajer de Carlucci (2.014):

3.1. Países que eliminaron la figura del anonimato

Suecia:

El primer país del mundo en otorgar a las personas nacidas a través de una donación de esperma el derecho a conocer la identidad del donante fue Suecia en el año 1984. Derecho que luego se extendería a los hijos nacidos de una donación de ovocitos en el 2003. De acuerdo al régimen legal sueco, una vez que el nacido mediante técnicas de reproducción asistida heterólogas logre la “madurez suficiente” puede consultar el registro de donación del hospital, acompañado por el asesoramiento de la Comisión Asesora de la Seguridad Social.¹⁴

Suiza:

En este país, es de jerarquía constitucional el principio por el que “toda persona tiene acceso a los datos relativos a su ascendencia” ya que el mismo se encuentra establecido desde 1992 en el artículo 119.g de la Constitución de la Confederación Helvética. Además, el mismo principio fue regulado de forma mas extensa en la ley federal de 1998 sobre reproducción asistida en sus artículos 24, párrafos 2ª y 2d, 25 y 27, que establecen que cuando una persona alcanza los 18 años (mayoría de edad), si la misma ha nacido de semen donado, pueda conocer datos referentes a la identidad del donante y de su aspecto físico. Se le ordena al doctor encargado de la fecundación asistida que transfiera los datos del donante al Registro Civil en el momento en que sea notificado de que ha ocurrido el nacimiento, o cuando haya transcurrido el plazo del período normal de embarazo. Es importante resaltar que en Suiza, la ley federal de procreación médicamente asistida que entró en vigor en el 2001, sólo permite la donación de semen. Por lo tanto la donación de embriones, óvulos y la gestación por sustitución están prohibidas.¹⁵

Alemania:

¹⁴ Ley 1984:1140 de inseminación artificial del 22/12/85

¹⁵ Fuente: ESHRE (European Society of Human Reproduction and Embryology) (Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) del 18/12/98, en vigor desde el 01/01/2001

El Código Civil alemán determina que todo ser humano tiene derecho a la información necesaria para la identificación del padre genético, o sea, el donante de espermatozoides, al cumplir los 18 años de edad. El Grupo de Interés Especial Alemán sobre la Inseminación Artificial con Donante expresamente establece en sus directrices que el anonimato de los donantes no se debe garantizar y exigen la creación de un registro federal de donantes de espermatozoides. Cabe recordar que la ley alemana de protección embrionaria prohíbe la donación de óvulos, estableciendo pena privativa de la libertad de hasta 3 años o de una multa a quien proceda a transferir a una mujer el óvulo de otra. (Kemelmajer de Carlucci 2.014)

Austria:

La ley de medicina reproductiva austriaca de 1992 no permite la donación de ovocitos ni de embriones, y sólo autoriza el uso de gametos de una pareja que se sometida a las TRHA (art.3.1), a no ser que el hombre sea estéril (art. 3.2). Si se da esta circunstancia, se permite la donación de semen pero únicamente para ser usado en una inseminación artificial, quedando prohibida la fecundación in Vitro. En este caso, el niño concebido por gametos donados tiene derecho a conocer la identidad de su progenitor genético a partir de los 14 años de edad. Y de acuerdo a lo establecido en el art. 20.2 de la ley federal sobre reproducción asistida, en determinados casos excepcionales, el guardador o representante del niño también puede acceder a esa información. (Kemelmajer de Carlucci 2.014)

Reino Unido:

A partir del 2005, pasados dos años de consultas, la eliminación del anonimato fue establecida en el Reino Unido. La ley que suprimió el anonimato de los donantes no es de carácter retroactivo, aunque permite a quienes hayan donado con anterioridad a la puesta en vigencia de la ley a levantar el secreto sobre su identidad por medio de una inscripción en el registro de donantes voluntarios. Con anterioridad a la reforma la única información accesible era aquella que no permitía identificar al donante. A partir del 2005, las personas mayores de 16 años tienen derecho a acceder a información no identificable (por ejemplo: apariencia física, etnia, religión, si tiene hijos, historia médica, estado civil, raza, etc.); y al

cumplir 18 años se tiene derecho a conocer información identificable, es decir, pueden acceder al nombre, fecha de nacimiento, apariencia física y la última dirección registrada del donante.¹⁶ (Kemelmajer de Carlucci 2.014)

Países Bajos:

En Holanda, el anonimato fue suprimido en el año 2004. La ley holandesa sobre las informaciones relativas a los donantes de gametos otorga el acceso a información genérica a partir de los 12 años y a la identidad del donante a los 16 años de edad. (Théry 2.009)

Nueva Zelanda;

Théry (2.009) explica que es también, a partir del año 2004 que ha dejado de existir el anonimato de donantes de gametos en Nueva Zelanda. Asimismo se estableció un registro para el establecimiento voluntario de contactos entre donantes, receptores e hijos nacidos por medio de técnicas de reproducción asistida. De esta forma se busca dar resolución a las exigencias de información en los casos de donaciones anteriores a la ley.

Finlandia:

Finlandia, en donde con anterioridad se utilizaba un sistema de “doble ventanilla”, ha eliminado el anonimato de los donantes de gametos (semen y óvulos) por medio de la ley 1237/2006, por lo tanto desde octubre del 2006, la persona concebida por THRA podrá saber la identidad de su donante cuando alcance la mayoría de edad. Esto se encuentra contemplado en el Capítulo 4 de la ley sobre tratamientos de fertilización asistida. En el artículo 22 se regula el registro de la donación y se determina que la autoridad nacional para asuntos de carácter médico-legal llevará un registro de las donaciones de gametos u embriones destinados a tratamientos de reproducción asistida. Y en el artículo 23 queda establecido que toda persona concebida por una donación de gametos u

¹⁶ Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) en 2004, N° 1511.

embriones, cuando alcance los 18 años, tiene derecho a que se le entregue una copia del consentimiento para el tratamiento y el código del donante, lo que le permitirá acceder a la identidad del mismo.¹⁷

Noruega:

De acuerdo a Théry (2.009), el levantamiento del anonimato fue votado en Noruega en el año 2003 y la ley que así lo dispuso tuvo una aplicación progresiva de 2003 a 2005. La llamada ley sobre el uso médico de la tecnología biotecnológica, en su Capítulo 2, dice que el departamento de salud debe crear un registro de donantes, para poder asistir a las personas concebidas mediante THRA a obtener información referida al donante de esperma, una vez que se hayan alcanzado los 18 años. Hay que recordar que en este país solo se permite la donación de semen.¹⁸

3.2. Países que conservan la figura del anonimato

Francia:

En Francia esta autorizada la donación de esperma, ovocitos y embriones para ser utilizados en tratamientos de fertilización asistida a partir de 1994 con la sanción de la ley bioética. Todas estas donaciones deben cumplir con el principio del anonimato del donante (en realidad no es un anonimato total, ya que el Centro de Estudio y Conservación de Espermatozoides y Embriones conoce la identidad y la misma es accesible a sus médicos). Esta regla ha sido ratificada y permanece vigente inclusive tras la reforma de la ley bioética de 2011. Así los artículos 311-19 y 311-20 del Código Civil francés no le permiten al nacido por medio de THRA saber la identidad de su progenitor genético. Además, el Código de Salud Pública de Francia en su artículo L.1273-3 establece una pena de 2 años de cárcel

¹⁷ Fuente: ESHRE (European Society of Human Reproduction and Embryology), <http://www.eshre.eu>.

¹⁸ Chapter 2 Assited reproduction, art. 2-7, Norwegian La won the Human Medical use of Biotechnology)

y una multa de 30.000 euros a quien divulgue información que permita la identificación de un donante o pareja receptora. (Kemelmajer de Carlucci 2.014)

Rusia:

De acuerdo a la Orden N° 67 del Ministerio de Salud la donación de gametos y embriones está permitida oficialmente y la misma puede realizarse a nivel comercial. Además el anonimato de los donantes esta protegido por el artículo 35 de la ley de protección de la salud de los ciudadanos rusos (22-/-93 N° 5487 I) que determina que “La personalidad del donante constituye secreto médico”. (Kemelmajer de Carlucci 2.014)

Ucrania:

Se estableció que la donación de semen y ovocitos esta permitida por medio de la Orden N° 771 del Ministerio de Salud de Ucrania. De todas formas la ley no contiene directrices sobre el anonimato de los donantes pero en la práctica todas las donaciones de esperma son realizadas de ese modo.¹⁹

Dinamarca:

De acuerdo a la ley 535 se mantiene el anonimato de los donantes de material genético para THRA. (Kemelmajer de Carlucci 2.014)

Italia:

En Italia, directamente se encuentra prohibida cualquier forma de fecundación de tipo heterólogo, imponiendo sanciones de hasta 600.000 euros. Así quedo establecido en la ley 40 sobre procreación asistida del año 2004. Pero esta normativa fue declarada inconstitucional en el año 2.014 por la Corte Constitucional de Italia. (Kemelmajer de Carlucci 2.014)

¹⁹ Fuente: ESHRE (European Society of Human Reproduction and Embryology), <http://www.eshre.eu>.

3.3. Países que permiten acceder a los datos médicos pero no a la identidad

República Checa:

La ley 227/2006 sobre salud pública establece en su artículo 21 que la institución médica que lleve a cabo la fertilización asistida estará obligada a conservar el anonimato del donante y de la pareja infértil, también se mantendrá el anonimato del donante y del niño nacido de la reproducción asistida. Mantener el anonimato es responsabilidad, incluso, de cada trabajador médico que participe en el proceso de fertilización. Sin embargo, a pedido de 1) la mujer o el hombre de la pareja estéril antes de comenzar el proceso de reproducción asistida, o 2) un representante legal del menor concebido a través de la THRA o la persona adulta nacida de reproducción asistida, el médico de la institución sanitaria deberá otorgar información que tenga relevancia directa sobre el progreso del estado de salud del niño o persona nacida de THRA, sobre todo con respecto a datos relativos a las características genéticas.²⁰ (Kemelmajer de Carlucci 2.014)

Brasil:

De acuerdo a la Resolución del Consejo Federal de Medicina del 9 de mayo de 2013 está permitido sólo el acceso a la información de carácter médico. Así se ve enunciado en el artículo IV sobre Donación de gametos o embriones: "...2. Los dadores no deben conocer la identidad de los receptores y viceversa [...] 4. Obligatoriamente será conservado el silencio sobre la identidad de los donantes de gametos y embriones, también de los receptores. En situaciones especiales, la información sobre los dadores, por razones médicas, puede ser otorgada exclusivamente por médicos, reservándose la identidad del dador" (Kemelmajer de Carlucci 2.014)

Grecia:

²⁰ Fuente: ESHRE (European Society of Human Reproduction and Embryology), <http://www.eshre.eu>.

El artículo 1460 de la ley 3089/2002 expresa lo siguiente: “La identidad de la donante de material reproductivo no se da a conocer a las personas que deseen tener un hijo. La información médica relativa a los donantes es confidencial, sin identificación. El acceso a esta información sólo se permite al niño y sólo por razones médicas relacionadas con la salud del niño. La identidad del niño y sus padres no se da conocer al donante”. (Kemelmajer de Carlucci 2.014 p. 571)

3.4. Países que utilizan el sistema de doble ventanilla

El sistema llamado de doble ventanilla otorga a los donantes de gametos, cualquiera sea su sexo, la posibilidad de realizar la donación de forma anónima o no, así también se le da la opción a los receptores del material genético a elegir entre gametos identificables o anónimos. (Kemelmajer de Carlucci 2.014)

Islandia:

A través de la ley 55/1996²¹, Islandia instauró un sistema de doble ventanilla permitiendo que existan donaciones anónimas de material genético, como así también aquellas procedentes de personas que hayan dado su autorización para que sea revelada su identidad al niño concebido mediante THRA. (Théry 2.009)

Bulgaria:

La ley 28 de junio de 2007 sobre reproducción asistida, establece que la donación de ovocitos debe ser anónima o proveniente de parientes (hermana, prima). Si la donación es anónima, la información referente a la identidad del donante constituye secreto médico.²²

²¹ Act on Artificial Fertilisation and Use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research, N° 55, del 29-5-96, art. 4°

²² Fuente: ESHRE (European Society of Human Reproduction and Embryology), <http://www.eshre.eu>.

3.5. Países que prevén el anonimato pero que permiten conocer la identidad en ciertas circunstancias

España:

En España, de acuerdo a lo establecido por la Ley de Técnicas Humanas de Reproducción Asistida la donación es anónima. Pero se les otorga a los receptores de gametos y a las personas concebidas por estos procedimientos el derecho a acceder a información general sobre el donante, con excepción de la identidad, la cual únicamente puede darse a conocer en casos excepcionales a saber: 1) aquellos supuestos en que exista peligro cierto para la vida o la salud del hijo (como por ejemplo si el niño requiere un trasplante de médula ósea de un familiar que sea histocompatible); 2) cuando proceda conforme a las normas procesales penales. La frase anterior es muy ambigua, pero podría referirse a casos de donantes que de mala fe oculten enfermedades transmisibles, cometiendo de este modo un delito de lesiones contra la descendencia (Álvarez y Diez Soto 2.007).

De todas formas, la ley aclara en el artículo 8.3 que si por alguna de estas circunstancias llegara a conocerse la identidad del donante de gametos, esto no implicaría de ninguna manera la determinación legal de filiación. (Kemelmajer de Carlucci 2.014).

Portugal:

La ley portuguesa sobre procreación médicamente asistida 32/2006 en su artículo 15.2 determina que las personas nacidas a través de THRA, utilizando embriones o gametos donados por terceros, tienen derecho a adquirir información de parte de las autoridades sanitarias acerca de sus datos genéticos, pero no pueden acceder a la información concerniente a la identidad del donante. No obstante lo cual, los individuos podrán exigir esta información al Consejo Nacional de Reproducción Asistida, cuando existan de por medio limitaciones legales para contraer matrimonio, a pesar de que la identidad del donante permanecerá en anonimato, a no ser que él mismo preste su consentimiento. Sin

embargo la identidad del donante puede ser conocida cuando existan importantes razones y mediante una sentencia judicial (Kemelmajer de Carlucci 2.014).

Uruguay:

En Uruguay, se adoptó también el llamado anonimato relativo, estableciendo como principio que la donación de gametos se realizará en forma anónima y altruista, pero en ciertas circunstancias especiales la identidad del donante podrá ser revelada previa resolución judicial cuando el nacido o sus descendientes lo soliciten al Juez competente. Así fue establecido por la ley 19.167 de THRA del Uruguay de 2013 (Kemelmajer de Carlucci 2.014).

CAPITULO 4: JURISPRUDENCIA: NECESIDAD DE CREAR UN REGISTRO DE DONANTES Y RECEPTORES

En este capítulo se hará un examen de la jurisprudencia existente con respecto al derecho a la identidad en el plano internacional, con una acotada referencia a fallos de la Corte Interamericana de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Posteriormente se analizará la jurisprudencia nacional, haciendo énfasis en un fallo de la Cámara Contenciosa Administrativa de la Capital Federal que establece un precedente de gran importancia con respecto a la necesaria creación de un registro de donantes y receptores de material genético destinado a la utilización en las THRA.

4.1. El derecho a la identidad en la jurisprudencia internacional

Como fue mencionado con anterioridad, la Corte interamericana de Justicia, en el Caso “Fornerón e hija vs. Argentina” del 2012, definió a la identidad de una forma amplia, estableciendo que el derecho a la identidad es el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad. Comprendiendo así, varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.²³

Además, la Corte Interamericana de Justicia, en el caso “Gelman vs. Uruguay” ha expresado la existencia de una identidad verdadera y una identidad falsa, estableciendo incluso que el estado civil y su registro pueden implicar una forma de camuflar o escamotear la verdadera identidad de una persona²⁴. Para Alterini (2.015) el Estado, en estas circunstancias, sería cómplice de la sustracción de la identidad en sentido pleno.

²³ Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, Fondo. Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de abril de 2012, parágrafo 123.

²⁴ Caso “Gelman vs. Uruguay”, sentencia 24 de febrero de 2011, parágrafo 124.

Por lo tanto, la identidad, para la Corte, esta compuesta no solo de una dimensión jurídica, sino también de una dimensión biológica o genética para la que hay un derecho subjetivo. Esto fue sostenido por la Corte Interamericana, haciendo cita explícita de jurisprudencia argentina: “ En ese mismo sentido, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín afirmó, en relación con la identidad de los niños sustraídos en Argentina y citando un voto minoritario de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, que el reconocimiento social del derecho prevaleciente de la familia a educar a los niños que biológicamente traen a la vida, se cimenta además en un dato que cuenta con muy fuerte base científica, que es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes”²⁵

Por otro lado, en el continente europeo, existen numerosos fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el acceso a datos que hacen a la identidad de cada persona. En el caso “Gaskin v. Reino Unido (1989)” donde una huérfana de 17 años solicitó al Ayuntamiento que le hiciera entrega de la documentación que obraba en su expediente, necesaria para entablar acciones judiciales contra las familias de acogida que la habían maltratado durante su infancia; el Tribunal sostuvo que los niños tenían derecho a obtener información sobre su niñez y su infancia, en la medida en que ésta fuera retenida por agencias públicas²⁶. Posteriormente en el caso “Mikulic v. Croacia (2002)” esta interpretación del art. 8º se llevó más lejos: la Corte sostuvo que el concepto de vida privada y familiar no podía ser esgrimido en el sentido de negarle a un niño el acceso a su padre biológico en una filiación extramatrimonial²⁷. Pero en “Odièvre v. Francia (2003)”, la Corte pareciera retroceder: se dijo que Francia tenía un margen de apreciación para determinar cómo regular el parto anónimo. Es necesario aclarar que el parto anónimo es una institución destinada a la protección de la vida del niño. Favorece el parto, cuando la madre en otro caso no daría a luz. Los bienes protegidos son distintos que la comisión de un niño por vía de las THRA. El objeto de la protección en dicho caso, no es entonces la privacidad de los progenitores, sino el niño concebido.²⁸ Luego, en el caso “Jäggi v. Suiza (2006)”, el Tribunal Europeo expresó que existe un “interés vital, protegido por la

²⁵ Caso “Gelman vs. Uruguay”, sentencia de 24 de febrero de 2011, parágrafo 124.

²⁶ Caso “Gaskin v. U.K.”, TEDH, 1.989.

²⁷ Caso “Mikulic v. Croatia”, TEDH., Application no. 53176/99, 4 de septiembre de 2.002.

²⁸ Caso “Odièvre v. France”, TEDH, Application no. 42.326/98, 13 de febrero de 2.003.

Convención, en establecer la identidad de los ancestros y en recibir la información necesaria para descubrir la verdad sobre un aspecto importante de la propia identidad”.²⁹ (Alterini 2.014).

Se puede concluir que el derecho a conocer los orígenes como proyección del derecho a la identidad ha sido reconocido expresamente tanto en el sistema interamericano, como en el ámbito comunitario europeo.

4.2. El derecho a la identidad en la jurisprudencia nacional

La Corte Suprema de Justicia de la Nación fue la primera en hacer alusión al derecho a conocer los orígenes. Puede recordarse, por ejemplo, el voto en disidencia de Petracchi en el caso “Müller” de fecha 13/11/1990, donde se establece que entre los derechos implícitos consagrados por el artículo 33 de la Constitución:

“debe –sin duda- incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen. En efecto, poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que –aprehendido- permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal), es movimiento esencial de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura.”³⁰

Debido al vacío legal existente y a las diferentes posturas previamente mencionadas es que se motivó en el año 2.014 una acción de amparo. La misma fue promovida por un matrimonio por derecho propio, y en representación de sus

²⁹ Caso “Jäggi v. Switzerland”, Application no. 58757/00, 13 de julio de 2.006.

³⁰ CSJN 13/11/1990 MÜLLER, Jorge s/denuncia, Fallos 313:1.113. consid. 9.

dos hijas menores de edad, en contra del Poder Ejecutivo Nacional, con el objeto de que a través del Ministerio de Salud se disponga la creación de un registro, que contenga toda la información que poseen los centros de fertilidad y bancos de gametos legalmente habilitados en el país, referida a la identidad de los donantes, con la finalidad de que sus hijas y cualquier otra persona concebida por TRHA heterólogas puedan, al cumplir la mayoría de edad, conocer su identidad biológica, accediendo a dicha información por medio de la correspondiente autorización judicial. Precisarón que tienen dos hijas concebidas a través de técnicas de reproducción asistida con óvulos donados por terceros, e indicaron que conocen la identidad de una de las donantes ya que la hija mayor fue concebida con material genético de una amiga de la familia, no así la hija menor que lo fue con óvulos donados por medio de un procedimiento practicado en el Centro Especializado en Reproducción (CER), desconociendo entonces la identidad de la donante. Afirmaron que en virtud de que en nuestro país no se encuentra reglamentada la donación de material genético, los centros de fertilidad y los bancos de gametas no tienen la obligación de conservar la información relativa a los donantes, motivo por el cual entienden que existe un riesgo cierto de que la referida información se pierda de manera definitiva.³¹

En primera instancia, la acción fue rechazada al entender el juez que “(...) en la acción que da lugar al presente amparo no existe siquiera un texto legal cuyo apego a la constitución nacional pueda ponerse en duda. En razón de ello, la acción intentada carece de la madurez necesaria para configurar un caso o controversia judicial y se asemeja a una opinión consultiva o a una declaración genérica”. Se agregó que el entonces proyecto de ley (posteriormente sancionado y que lleva el número de ley 26.862)” (...) deja la puerta abierta a fin de hacer viable el reclamo de autos por ante los organismos competentes. Ante la negativa, los actores apelan y el caso llega a la V sala de la Cámara Contencioso Administrativa Federal de la Capital Federal. La Alzada hace lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto y deja sin efecto la sentencia apelada, disponiendo: “ordenar al Estado nacional-Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios que estime mas convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a

³¹ C.Fed.C.Adm., sala V, 29-4-2014, “C.,E.M. y otros c/EM, Ministerio de Salud s/Amparo, ley 16.986” consid. 1.

cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de que sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal correspondiente a esta materia (Ales Uría 2.014).

En la resolución de la Cámara de Alzada se distinguen dos aspectos: 1) derecho a conservar la información obtenida por el centro médico que intervino en el procedimiento de fertilización asistida sobre la identidad de la donante de los óvulos y 2) derecho de una de las hijas de los co-actores (la que desconoce la identidad de la donante) a tener acceso a esa información, y a las condiciones y modalidades bajo las cuales eventualmente, podrá hacerlo en el futuro. (Herrera, Lamm 2.014)

El primero de los aspectos se deriva claramente de lo establecido en el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño que reconoce el derecho a la identidad, inclusive biológica, de conformidad con lo que se disponga al respecto la legislación de cada Estado.

Este fallo, por lo tanto, otorga importancia y enfatiza el derecho a la identidad desde la perspectiva del derecho a conocer los orígenes. Así se entiende que haga referencia al artículo 8 de la Convención sobre los Derechos de Niño, donde se establece, que "los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre, y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas", y al artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido que el derecho de niño a la identidad se refiere tanto a la identidad legal como a la verdadera o genuina, es decir, a conocer su identidad biológica. Es por estas razones que la Cámara ordena conservar la información relativa a la donante de óvulos, preocupándose por la preservación de la información, más allá de cómo será su acceso, lo cual debe ser regulado en la ley y no es competencia de los jueces. (Herrera, Lamm 2.014)

Concluyen al analizar este fallo Herrera y Lamm (2.014) que la Alzada ha resuelto que la creación de un registro formal de carácter general de donantes, así como también, las formas y condiciones de acceso a esta información son temas cuya resolución les corresponde a los legisladores y no al poder judicial. Se podría

observar que la Cámara al fallar como lo ha hecho no ha eliminado el anonimato, sino que ha adoptado la llamada solución intermedia al igual que lo hizo el Código Civil y Comercial de la Nación, ya que resuelve conservar la información pero sin permitir el acceso a la misma de forma inmediata.

Es importante recordar que la sentencia dictada por la Cámara es de aplicación personal, es decir, solo comprende a las personas que llevaron a cabo la recurso de amparo, más precisamente a una de sus hijas y no a la población en general. No se establece la formación de un registro para todos los individuos nacidos por medio de TRHA heteróloga, solamente indica que se debe guardar la información de la donante de óvulos utilizados para el nacimiento de la hija de los amparistas. (Herrera, Lamm 2.014)

Finalizan Herrera y Lamm (2.014) diciendo que le asiste la razón al juez Gallegos Fedriani, quien expresó en su voto que se debe ordenar al Poder Ejecutivo Nacional la producción de un registro que contenga la información de los bancos de esperma y centros de fertilidad legalmente habilitados en el país con referencia a los donantes de esperma y óvulos. Protegiendo así de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. De otra forma se estaría obligando a todos los afectados a ejercer acciones individuales para resguardar los datos de los donantes que tomaron parte en la fertilización por medio de la cual fueron concebidos.

La sentencia dictada por la Cámara de Alzada deja de manifiesto una vez más, la necesidad imperiosa de dictar una ley específica que reglamente en forma adecuada el derecho a conocer los orígenes.

CAPITULO 5: REGULACION LEGAL DEL DERECHO A LA INFORMACION EN EL ORDENAMIENTO ARGENTINO

A continuación, se hará un análisis de la legislación nacional referida al derecho a la información. En primer lugar y de forma introductoria se expondrá lo receptado por la Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida, que si bien no se refiere al derecho a la información, tiene gran relevancia como marco jurídico para entender la situación legal en que se encuentran las THRA en la Argentina. Luego, se examinarán los artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial de la Nación, siendo éstos, los únicos que contienen normas que tratan específicamente el derecho a la información de las personas nacidas por THRA. Posteriormente se comparará el tratamiento que otorga nuestro sistema legal al derecho a conocer los orígenes, teniendo en cuenta si la persona fue concebida por THRA, si fue adoptada o si ha nacido por filiación biológica. Para terminar se examinarán los proyectos referidos al derecho a la identidad existentes en el Congreso de la Nación.

5.1. Ley N° 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida

Hoy en día, una familia no es solo aquella unión de hombre y mujer con sus respectivos hijos. Los modelos de familia han debido adaptarse a los cambios tanto culturales como sociales y la ley misma, a su vez, requirió la inclusión de normas que comprendan los derechos de las personas que componen estos nuevos modelos de familia.

En Argentina, con la sanción de la ley 26.618 de matrimonio igualitario y actualmente por medio del Código Civil y Comercial de la Nación, las personas de un mismo sexo pueden contraer nupcias y formar familia. Además se debe tener en cuenta la situación de aquellas personas que desean tener hijos por si

mismas, sin una pareja y también aquellos que por sufrir de algún tipo de impotencia no pueden procrear hijos por si mismos.

Todo lo precedente llevó a que a partir de junio del año 2013, mediante la sanción de la Ley N° 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida y de su decreto reglamentario 956/2013 se les otorga a los argentinos el derecho a acceder a las THRA con gametos otorgados por un donante.

Si bien esta ley no se ocupa del derecho a la identidad de las personas nacidas mediante las THRA, o siquiera atiende específicamente a las THRA heterólogas, es decir aquellas que utilizan gametos de terceros, es de suma importancia un breve análisis de la misma para poder comprender el marco legislativo que permite la concreción de embarazos y los consecuentes nacimientos de personas que serán quienes, según determinadas circunstancias puedan o no acceder a la información relativa a los donantes del material genético.

La ley 26.862 establece en su artículo 7 que todas las personas mayores de edad tienen derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, entre las cuales se encuentran comprendidas aquellas modalidades que requieren de la donación de gametos y/o embriones.³² De esta forma se reconoce la legalidad de esta técnica en particular pero sin regularla específicamente.

Continúa dicha ley en su artículo 8 determinando que el sector público de salud, las obras sociales y todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, deben incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura integral, interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como reproducción médicamente asistida³³, donde se encuentran incluidas las THRA heterólogas.

Se han dado casos donde algunas prepagas no cumplen con su obligación legal argumentando que el decreto que reglamenta la ley 26.862 en su artículo 8 establece que "En caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se

³² Artículo 7 de la Ley N° 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida

³³ Artículo 7 de la Ley N° 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida

requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) de la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud, dependiente del Ministerio de Salud"³⁴. La falta de existencia de dicho registro donde se encuentren inscriptos los establecimientos hace que la práctica no pueda ser dispuesta judicialmente en las condiciones actuales. (Herrera, Lamm 2.014)

Queda claro, entonces, que es de gran importancia una regulación mucho más específica de este tipo de técnicas, ya que no solo se puede ver afectado el derecho a la identidad de las personas concebidas por estos medios, sino que también perjudica el acceso a la cobertura de estos procedimientos por parte del Estado o las obras sociales.

5.2. Análisis del artículo 563 del Código Civil y comercial de la Nación

Art. 563: Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.³⁵

En el artículo 563 se protege el derecho de la persona a saber que es su concepción se logro a través de técnicas de fertilización asistida con gametos de un tercero, indicando que dicha información debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

No se refiere a toda la información sobre el donante, datos que estarán en el centro de salud interviniente como así también en el registro único que la ley especial debería regular, sino de información de la que surja el origen genético de la persona. (Herrera 2.015)

Expresa Kemelmajer de Carlucci (2.014) que al presentarse el consentimiento médico protocolizado o certificado, quedan en el legajo base para la confección del acta y consecuente certificado de nacimiento los datos de que el niño ha

³⁴ Artículo 8 del Decreto reglamentario 956/2013

³⁵ Art. 563 Código Civil y Comercial de la Nación.

nacido a través de la implementación de TRHA con material genético de un tercero. Es decir, que al acompañar el consentimiento se dejaría constancia en un tipo de legajo reservado (que deberá ser reglamentado y especificado por la ley especial) de que la persona nació por TRHA heteróloga con material genético aportado por un donante, de modo que la autora concluye que si bien la norma consagra un anonimato relativo, no hay secreto en cuanto a la forma de concepción.

El dato de que la persona ha nacido por medio de THRA con material genético de un tercero va a estar sujeto al tipo de formación, intervención y abordaje que haya llevado a cabo el centro de salud interviniente para que los progenitores comprendan que es un derecho del hijo saber el modo en que fue gestado. El control del Estado con respecto a este compromiso que deberían prestar los padres al firmar el consentimiento informado es ciertamente débil ya que a diferencia de lo que ocurre con la adopción, que tramita mediante un proceso judicial, el deber de los padres de hacerle saber a su hijo que fue concebido mediante una THRA heteróloga se encuentra incorporado en un instrumento que forma parte de un proceso administrativo. Por cuestiones fácticas, los niños nacidos de parejas de un mismo sexo, sabrán siempre que portan material genético de un tercero, al igual que las mujeres que opten por tener un hijo ellas solas. El problema del conocimiento de que se ha nacido de fertilización heteróloga se va a presentar en aquellas parejas que (casadas o no) estén formadas por un hombre y una mujer y es aquí donde cobra mayor relevancia el campo interdisciplinario para que los padres entiendan la importancia que tiene para su hijo conocer esta información y que negársela es atentar contra su derecho a la identidad. (Herrera 2.015)

Alterini (2.015) considera que la obligación establecida en el art. 563 de incorporar en el legajo de la persona que la misma ha nacido por medio de TRHA heterólogas puede ser fácilmente relegada, ya que no se han impuesto obligaciones jurídicas sobre quienes podrían hacer factible el acceso efectivo a la identidad.

Continúa dicho autor criticando la escueta regulación existente, haciendo notar que el legajo que deberá contener la información que es el sustento del derecho a la identidad de una persona, no se encuentra reglamentado, ni se puede inferir del artículo cual es el contenido mínimo que se deberá incluir, ni quien es

responsable de recabar dicha información o cuales son las sanciones en caso de no hacerlo. Si se contempla el caso de la fecundación in vitro heteróloga, se puede notar que el silencio de los padres implicaría en la mayoría de los casos la negación de acceso a la justicia y al derecho a la identidad. Dado a la semejanza con la filiación por naturaleza, el niño seguramente pensará que es hijo por naturaleza de sus padres. Por lo tanto el hecho de no registrar en el legajo la técnica de reproducción con que se logro el nacimiento de la persona no tendría ninguna consecuencia, lo que hace la protección del derecho a la identidad ilusoria. (Alterini 2.015).

5.3. Análisis del artículo 564 del Código Civil y comercial de la Nación

Art. 564: Contenido de la información: A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:

- a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;
- b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.³⁶

El artículo 564 se ocupa de lo referente a los datos del donante.

Si se analiza el texto de la norma se hace notorio que la mismo adopta la denominada posición intermedia que posee las siguientes características: 1) Regulan ambos aspectos del derecho a la información (identificatoria y no identificatoria). 2) La no identificatoria es mas amplia (puede ser solicitada para el niño cualquiera sea la edad, incluso por terceros, como son los médicos) y se accede a ella rápida y fácilmente (no requiere intervención judicial). c) La identificatoria del donante tiene más limitaciones (exige intervención judicial) (Kemelmajer de Carlucci 2.014)

³⁶ Art. 564 Código Civil y Comercial de la Nación.

La información no identificatoria puede ser solicitada por cualquier interesado cuando lo desee, debiendo solo acercarse al centro de salud que intervino en la práctica médica gracias a la cual nació. En cambio, para acceder a la información identificatoria, se debe iniciar un proceso judicial exponiéndose los fundamentos de peso para desvirtuar el anonimato con que se ha resguardado la identidad del donante, y por el cual esta persona procedió a donar. (Herrera 2.015)

Al analizar el inciso a), Kemelmajer (2.014) expresa que de esa forma se está protegiendo la salud del nacido por TRHA y se reservándose la identidad al distinguir una y otra situación. No se exige otro requisito que la relevancia para la salud, de forma que, acreditada la relevancia, se podrán obtener los datos médicos a través del centro de salud en el que se llevaron a cabo los procedimientos de fertilización. De la misma forma que ocurre en el campo de la filiación adoptiva (art. 596)³⁷, no se ha impuesto una edad mínima para acceder a la información no identificatoria. El hecho de que no exista una limitación etárea encuentra como fundamento el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes (conforme a los artículos 26 y 639 del Código Civil y Comercial de la Nación)³⁸³⁹, que permite a los menores de edad ejercer por sí mismos derechos personalísimos cuando cuenten con la edad y el grado de madurez suficientes, presumiendo que si se acercan a un centro médico para obtener información sobre la salud del donante es que, en principio, cuentan con la edad y madurez para ello. Es por esto que Kemelmajer opina que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no pretende restringir derechos y, menos aún, de carácter personal como lo es el derecho a tener información relativa a su salud, sino, por el contrario, facilitar su

³⁷ Artículo 596 del Código Civil y Comercial de la Nación: El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles. Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada.

³⁸ Artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación

³⁹ Artículo 639 del Código Civil y Comercial de la Nación: La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

acceso y por ello no establece una edad fija o el previo consentimiento de sus representantes legales.

Alterini (2.015) critica el inciso a) del art. 564 expresando que para obtener el acceso a la información médica del donante, es requisito que el requirente pruebe, como cuestión previa de hecho, que hay una relevancia para la propia salud. Y eso supone la formación de un incidente privado ante el centro de salud o judicial que resulta inaceptable para un derecho personalísimo como lo es el de la identidad. A esto se debe agregar otro grave defecto en el sistema actual, que es que la carga de documentar y registrar caiga sobre el Centro de Salud, una persona jurídica privada, que por cualquier circunstancia puede quebrar o cerrar o dejar de existir.

El inciso b) del artículo 564 trata de la información identificatoria, determinando que la identidad del donante podrá revelarse por razones debidamente fundadas, que deberán ser evaluadas por la autoridad judicial a través del procedimiento más breve que prevea la ley local. Kemelmajer (2.014) opina que para que las personas donen y que de esa manera muchos otros puedan beneficiarse con el desarrollo de la medicina a través del uso de material genético de un tercero, es necesario que se les respete su anonimato, el cual es relativo, circunstancia que debe ser explicada a la persona antes de donar. Por lo tanto se le debe informar que la regulación prevé que en determinados supuestos, y por razones fundadas, quien nazca por la utilización de su material genético podrá acceder a su identidad (nombre y apellido, domicilio, teléfono o cualquier otro dato que permita conocer su paradero). Cabe plantearse cuales son esas razones fundadas, y es que la realidad es muy compleja, es por ello que la ley adopta una postura amplia que pueda abarcar miedos e inquietudes de personas tan diversas, sin dar ejemplos concretos o establecer una enumeración taxativa. Es de importancia hacer notar que la norma en su redacción actual hace caer la carga de la prueba sobre la persona que ha nacido de TRHA y que por razones fundadas tiene la necesidad de que le sea revelada la identidad del donante con quien nunca tendrá un vínculo filial. Además Aída Kemelmajer de Carlucci considera que con el transcurso del tiempo, la mayor cantidad de niños que nacerán por el uso de TRHA con material de terceros y el consecuente desarrollo de la jurisprudencia podrán mostrar en qué casos y por qué razones se ha abierto la posibilidad de conocer la identidad del donante. Concluye esta autora que la regulación vigente de ningún modo prohíbe el derecho a conocer la identidad del donante sino que lo

restringe, obligando a que se den razones para ello, de esta manera garantizando otros derechos.

Desde la óptica de Jorge H. Alterini (2.015), esgrimir el derecho a la identidad en el sistema universal regional de derechos humanos será suficiente “razón fundada”. Y por lo tanto, en el bloque de constitucionalidad argentino y de acuerdo a la jurisprudencia actual de los organismos interamericanos, la acción quedará expedita para que la persona concebida por TRHA heterólogas pueda conocer la identidad del donante, y de esa forma tenga los mismos derechos que los niños que son concebidos por naturaleza o ingresan a una familia por adopción. Otro motivo que debe ser considerado, es el riesgo de incesto que recae sobre las personas concebidas por fecundación heteróloga.

Es de suma importancia recordar, que el establecimiento de la identidad del donante no implica, en ningún caso, la creación de lazos de parentesco entre este y la persona que fue concebido por medio de su material genético.

Este mismo autor, opina que el artículo 564 del Código, en general, reúne un número de problemas que básicamente consisten en la dudosa constitucionalidad de las limitaciones impuestas al acceso a los orígenes de la persona concebida a través de TRHA. Para que exista un derecho subjetivo a acceder a los datos o la identidad, es necesario que la persona concebida sepa cómo fue concebida. Los garantes del ejercicio de ese derecho son (de acuerdo a los arts. 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño) los padres, la sociedad y el Estado. Así como hay un derecho a saber, la persona puede decidir no saber, es por eso que no debe imponerse el conocimiento de la identidad del donante, solo hacer saber el modo de concepción y garantizar el acceso subjetivo. Acceder a la identidad del donante puede ser un proceso traumático para la persona, por lo tanto sería preferible el establecimiento de una edad mínima o criterios relativos a la capacidad progresiva, así como también medios de acompañamiento interdisciplinarios durante el proceso (Alterini 2.015)

5.4. Diferencias del derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos mediante TRHA heterólogas y el de los niños adoptados o los nacidos por filiación biológica

Se debe comenzar recordando lo que se expuso anteriormente: el derecho a la identidad es un derecho humano que involucra, a su vez, varios derechos, y además, esta conformado por una doble vertiente, estática y dinámica. Dentro de los derechos que se encuentran en la esfera del derecho a la identidad se puede nombrar el derecho a conocer los orígenes y el derecho a la información.

Marisa Herrera y Eleonora Lamm (2.014) han expresado que en el caso de las personas nacidas por medio de TRHA heterólogas el derecho que les corresponde es el derecho a conocer el origen genético y no el origen biológico como si ocurre en la filiación adoptiva y en la filiación por naturaleza. Por lo tanto en todos los tipos de filiación existe el derecho a conocer los orígenes pero en el caso de las técnicas de fertilización heterólogas, los orígenes quedarían circunscriptos al dato genético y no a la realidad biológica, entendida como sinónimo de la biografía de una persona.

Ya en el año 2.012 Kemelmajer, Herrera y Lamm consideraban que en el caso de la adopción, el derecho a conocer los orígenes contiene superior importancia que en el caso de una reproducción humana asistida. Estas autoras exponen que en la adopción se encuentran en juego tanto la identidad estática, es decir, quienes son los progenitores, como la identidad dinámica que se refiere a la historia de la persona adoptada. Por otro lado, las circunstancias que llevan a un nacimiento por medio de THRA afectan solo la identidad estática (limitada solo al dato genético), es por ello que, más precisamente se habla de un derecho a la información.

Dejando de lado las diferencias antes mencionadas, existe realmente en nuestro Código Civil y Comercial una mayor protección del derecho a la identidad de los niños concebidos por filiación natural y de los adoptados por sobre aquellos que fueron concebidos mediante THRA. Para comenzar el respeto del derecho a la identidad de los niños adoptados (art. 595 inc. b)⁴⁰ y el derecho a conocer los orígenes (art. 595 inc. e)⁴¹ están enumerados entre los principios generales de la adopción. Mientras que el derecho a la identidad no es mencionado en referencia a las personas concebidas por TRHA, solo se habla de un derecho a la información en los artículos 563 y 564.

El artículo 596 del Código Civil y Comercial regula el procedimiento de acceso de las personas adoptadas a su derecho a la identidad y al conocimiento de

⁴⁰ Artículo 595 inciso b. del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴¹ Artículo 595 inciso e. del Código Civil y Comercial de la Nación.

sus orígenes. Establece que el adoptado con edad y grado de madurez suficiente puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción. Agregando que dicho expediente debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles⁴². Al analizar el artículo 564 del Código Civil y Comercial se vio que en el caso de los niños concebidos por fertilización asistida, si bien, pueden acceder a los datos médicos del donante, el inciso a) hace la aclaración de que debe existir relevancia para la salud. Ya en el inciso b) se requieren razones debidamente fundadas y que quedan bajo el arbitrio judicial para lograr el conocimiento de la identidad del donante. Al comparar las dos normas podemos notar, fácilmente, que la persona adoptada al acceder al expediente donde se ha tramitado su adopción obtendrá mayor información y por lo tanto se verá protegido su derecho a la identidad en una forma más amplia. Mientras que la persona nacida por THRA debe alegar razones médicas para conocer los datos médicos y llevar a cabo un proceso judicial, por mas breve que sea, para conocer la identidad del donante. En cambio toda esa información es otorgada al adoptado con su solo requerimiento.

En el caso de la filiación adoptiva existe el deber impuesto en el artículo 596 del Código Civil y Comercial a los padres adoptivos, que deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al niño adoptado, dejando constancia de esa declaración en el expediente.

Por otro lado, en materia de filiación por naturaleza, el artículo 583 obliga a la madre a denunciar a quién es el presunto padre, dando toda la información sobre su identidad y posible paradero. Esta declaración se hace bajo juramento y previamente se hace saber a la madre que existen consecuencias jurídicas para el caso de una manifestación falsa. Pero antes de remitir la comunicación al Ministerio Público, el jefe u oficial del Registro Civil debe citar a la madre e informarle sobre los derechos del niño y los correlativos deberes maternos.⁴³

Para Alterini (2.015) el artículo 583 del Código Civil y Comercial de la Nación establece un deber jurídico imperativo de colaborar en el establecimiento de de la identidad en cabeza de la madre y otorga medios de coacción psicológica

⁴² Artículo 596 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴³ Artículo 583 del Código Civil y Comercial de la Nación.

para lograr su cumplimiento. Esos medios son de carácter preventivo y la sanción derivada del incumplimiento será posiblemente la responsabilidad por daños si se planteara el caso. Enfatiza Alterini que la identidad del hijo no es un patrimonio de la madre, que ella pueda manejar a su conveniencia.

Ahora bien, con respecto a la filiación derivada de THRA, el artículo 563 solo establece que la información de que la persona ha nacido por medio de estas técnicas, utilizando gametos de un tercero, debe quedar inscripta en el legajo base. El problema es que no se ha impuesto a los padres el deber de hacer conocer esta circunstancia y al no haber una obligación establecida por ley, no existen consecuencias para aquellos que simplemente decidan no dar a conocer esa información, dejando desprotegidos a los niños en su derecho a la identidad.

5.5. Legislación Especial Projectada

Existen actualmente dos proyectos de ley con estado parlamentario en la República Argentina que tratan el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante THRA y ambos han sido originados en la Cámara de Diputados.

En primer lugar, se encuentra el proyecto 0091-D-2017 que fue presentado en marzo del 2017 por la Diputada nacional Analía Rach Quiroga del Frente para la Victoria, el mismo tiene como base el proyecto presentado en mayo del 2014 bajo el número 4058-D-2014 y que, con algunas modificaciones, fue aprobado por la Cámara de Diputados en noviembre de ese mismo año, pero que por falta de voluntad política perdió estado parlamentario. Este contiene una ley integral de las TRHA y a través de sus 124 artículos trata en forma sistemática muchas de las problemáticas relacionadas a las TRHA en nuestro país. Explicar cada una de las temáticas abarcadas por este proyecto esta fuera del alcance de este trabajo académico, pero es de suma importancia analizar lo establecido en dos de sus Títulos.

El Título V denominado: De los Registros establece en su artículo 66 que El Registro Nacional de TRHA se organiza, como mínimo, en dos secciones:

- a) El Registro Único de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas re reproducción humana médicamente asistida y
- b) El Registro Único de de Donantes de gametos y embriones

Dentro de las funciones estipuladas para el último de estos Registros se encuentra la obligación de recopilar la copia de los legajos de los donantes de tejidos, gametos y embriones para terceros, que se elabora con los datos remitidos por los establecimientos sanitarios especializados, respetándose el principio de confidencialidad. De acuerdo al artículo 53 cae sobre el establecimiento sanitario la obligación de confeccionar este legajo y el mismo debe contener como mínimo la siguiente información: identificación del donante mediante copia simple del Documento Nacional de Identidad, historia clínica del donante, información sobre la composición familiar (especialmente si tiene descendencia), fecha en que se realizó la donación, destino de los gametos o embriones, (debiendo quedar registradas las personas beneficiadas y en caso de que el procedimiento haya sido exitoso la identificación de las personas nacidas), entre otros datos. Se agrega, además, que el legajo debe archivar en soporte magnético.

Este proyecto incluso propone, en su artículo 76, un procedimiento para que la persona nacida mediante TRHA obtenga información sobre un presunto impedimento matrimonial por vínculo genético.

Es de importancia también, lo establecido en el Capítulo 3 del Título IV de este proyecto en referencia a los límites en la cantidad de donaciones. Con respecto a la donación de óvulos, determina el artículo 56 que el máximo de aspiraciones foliculares (procedimiento mediante el cual se extraen los óvulos del interior de los folículos) por donante es de cinco. Mientras que los artículos 57 y 58 imponen un límite a la donación de espermatozoides, disponiendo que el material genético de un mismo aportante podrá ser utilizado para realizar TRHA hasta en un máximo de seis personas o parejas, siempre que de ello resultaren nacimientos con vida. Es correcta la implementación de un límite en la cantidad de niños o niñas que pueden ser concebidos utilizando los gametos de un mismo donante para, de esta manera, evitar circunstancias extremas en las cuales un gran número de individuos sean descendientes biológicos de una misma persona.

Para lograr el cumplimiento de los límites máximos de daciones y consiguientes utilidades de gametos, el artículo 59 determina que los donantes, mediante declaración jurada, estipulen si han realizado donaciones con anterioridad y que el centro de salud o banco receptor consulte al Registro Nacional de TRHA para verificar la información.

Ya en el artículo 77, y de acuerdo a lo normado en el artículo 563 del Código Civil y Comercial de la Nación respecto al derecho de toda persona a conocer que se ha nacido de TRHA con gametos de un donante, determina que los padres, al inscribir el nacimiento del niño tienen la obligación de acompañar conjuntamente con el certificado médico de nacimiento, el o los consentimientos informados debidamente certificados o protocolizados.

El proyecto 0091-D-2017 dedica el Título X específicamente al Derecho a la Información sobre los orígenes genéticos. Cabe advertir que aquí se ha seguido la postura denominada intermedia y prácticamente nada nuevo se agrega a lo establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 563 y 564. En el artículo 103 del proyecto se expone que toda persona tiene derecho a saber que ha nacido de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un donante y que la obligación de informar está a cargo de los progenitores, quienes deben hacerlo, en la medida de lo posible, con asesoramiento interdisciplinario y conforme a la edad y grado de madurez de la persona nacida. El artículo 104 expresa que las personas nacidas de TRHA heterólogas que cuenten con edad y grado de madurez suficiente pueden solicitar al establecimiento especializado interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando ello sea relevante para su salud. Y por último, el artículo 105 hace referencia a la posibilidad de obtener información identificatoria del donante. Aquí también se debe contar con edad y grado de madurez suficiente (y si la persona es menor de edad debe intervenir con patrocinio letrado) para poder solicitar al juez competente que se revele la identidad de quien aportó los gametos u óvulos. Si el juez considera que existen razones fundadas puede ordenar el libre acceso al legajo del donante en el establecimiento especializado, al legajo respectivo del Registro Único de Donantes o al Registro Nacional de Técnicas de Reproducción Humana Médicamente Asistidas. La petición, en todos los casos, tramita por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

El proyecto considera infracciones graves la no confección de la historia clínica o los legajos y la omisión de datos necesarios en cualquiera de esos documentos. Incurrir en cualquiera de estas infracciones puede dar lugar a una multa de entre 50 y 100 salarios mínimos, vitales y móviles; y a la suspensión por plazo determinado de los establecimientos especializados.

El otro proyecto fue también originado en la Cámara de Diputados y cuya autora es la Diputada Nacional Victoria Analía Donda Perez del bloque Libres del Sur, es de fecha mas reciente, ya que fue presentado en abril del 2018. Se denomina Proyecto de Acceso a la Información Genética y se encuentra en el expediente 1635-D-2018, el mismo tiene como antecedente al proyecto 1486-D-2016 que perdió su estado parlamentario.

Este proyecto de ley es mucho más conciso, consta de solo 9 artículos y en el mismo se trata específicamente el tema del derecho al acceso sencillo y expedito a la identidad genética de las personas que hubieren nacido o nacieran como consecuencia de la utilización de TRHA, estipulando la eliminación absoluta del anonimato de los donantes.

Ya en su artículo primero determina que, en ningún caso, la identidad del o la donante de gametos será anónima para la persona que nació con la utilización de dichos gametos o embriones. Continúa en su segundo artículo estipulando, que para garantizar el acceso a la identidad de los donantes, todas las entidades que presten servicios de salud, dentro del ámbito público o privado proporcionando o conservando gametos, embriones o material con contenido genético humano apto para el desarrollo de técnicas de fertilización humana asistida, deberán implementar un registro donde consten los datos que permitan identificar a las personas que brindaron el material genético. Se refuerza la eliminación del principio del anonimato, determinando aquí que, en ningún caso, estas entidades podrán asegurar o convenir la confidencialidad respecto de la identidad y de los datos contenidos en los legajos de los donantes. De acuerdo al mismo artículo 2 la conservación y accesibilidad de los registros de cada donante deberá ser garantizada por el término de cincuenta años desde que cada donación es efectuada.

El artículo 3 por su parte, hace referencia a que los registros deben ser llevados por las entidades, individualmente para cada donante, y que estos últimos deben ser informados, no solo de la existencia del registro, sino también, del derecho de las personas nacidas como resultado de la utilización de dichos gametos o embriones, a conocer los datos contenidos en los mismos.

Estos datos incluyen la identidad del donante, es decir, nombre, apellido, domicilio, actividad o profesión; la historia médica individual y de sus familiares ascendentes, descendentes y colaterales en primer grado. Algo novedoso es la

posibilidad que tienen los donantes, de incluir en el registro, de forma manifiesta, el interés en ser contactado en el futuro por la persona que haya nacido gracias a la donación del material genético. Además, deben ser incluidos en los registros individuales de cada donante los datos de las personas nacidas del uso de sus gametos, la identidad de las mujeres o personas receptoras y la localización de unos y otros.

En el artículo 5, este proyecto determina la sanción de clausura (previa intimación a cumplimentar en un plazo de treinta días) para las entidades sanitarias dedicadas al almacenamiento de material genético para ser usado en las TRHA, como consecuencia de la ausencia de registros o de la registración deficiente.

Por último, cabe agregar, que este proyecto establece la mayoría de edad, es decir 18 años, para que la persona nacida a través de TRHA, solicite a las entidades médicas por medio de un recurso sencillo y ágil, toda la información que contenga el registro referido a su identidad genética.

Este proyecto, a diferencia del analizado anteriormente, opta claramente por la eliminación inmediata del anonimato de los donantes. No se requiere ningún tipo de justificación para acceder a la identidad de quienes aporten los datos genéticos, mientras que en proyecto de la ley integral se necesitaban motivos fundados.

El sistema de registros es mucho más complejo y seguro, al ser de carácter único y nacional en el proyecto presentado en el año 2017, mientras que aquí los registros dependen de cada entidad sanitaria individualmente, lo que es realmente poco práctico.

Son dos proyectos que en lo que respecta al acceso a la información por parte de las personas nacidas mediante TRHA son francamente muy distintos.

CONCLUSIONES FINALES

Si algo se puede deducir, sin lugar a dudas, tras el análisis realizado en este Trabajo Final de Grado, es la necesidad imperiosa y urgente de crear un Registro Nacional y Único de Donantes y Receptores de material genético para la realización de TRHA. Dada la importancia de la información que contendrá dicho registro el mismo debería ser administrado por una entidad de carácter público. No es concebible que se continúe en la situación actual, donde queda en manos de instituciones privadas la preservación de este tipo de datos. Con la creación de dicho registro se pondrá a resguardo el derecho a la información de las personas. Se asegura la conservación de la información en el tiempo, por lapsos que no estarían limitados a la existencia de las clínicas donde se lleven a cabo los procedimientos, ni los datos serían susceptibles de desaparecer por voluntad de personas privadas o por algún tipo de accidente. Demás está decir, que el registro debe tener tanto un soporte físico como virtual seguro y de esta manera podrá accederse fácilmente a los datos cuando corresponda. Mediante la correcta sistematización del mismo se podría consultar para constatar la existencia de impedimentos matrimoniales y evitarse todo tipo de problemas. Así el derecho a la identidad será protegido tanto si las personas nacidas a través de THRA quieren obtener datos con relevancia médica, como si también, alguna razón fundada les otorga de acuerdo a decisión judicial el derecho a conocer la identidad de los donantes. Claramente, también es de suma importancia, la creación de un registro que especifique cuales son los centros de salud habilitados para llevar a cabo las THRA y los bancos autorizados como receptores de gametos para la donación.

Ahora bien, la creación del Registro de Donantes y Receptores, así como la reglamentación de las THRA en general, requieren del accionar del Congreso de la Nación, que debe necesariamente ponerse al día con las prácticas sociales y dejar de lado las reticencias que todavía existen al tratarse este campo de la medicina.

La doctrina en general esta de acuerdo con la sanción de una ley que regule en forma específica el derecho a la identidad de las personas nacidas por medio de THRA. Lo que se discute es el sistema que debe instaurarse.

Considero que el sistema intermedio adoptado por el Código Civil y Comercial de la Nación es el correcto, teniendo en cuenta el nivel de educación que existe respecto a este tema. Si bien, es necesario reglamentar de un modo más concreto lo establecido por los artículos 563 y 564, pero no parece que se pueda, aún, pasar a la eliminación del anonimato de los donantes.

Con respecto al artículo 563, es importante que se establezca quien es el sujeto responsable de colocar en el legajo base el hecho de que el niño ha nacido a través de una TRHA heteróloga. Como primera medida, es recomendable la implementación de un abordaje interdisciplinario en los centros de salud habilitados para llevar a cabo THRA, el cual debe tener por finalidad otorgar información a los padres sobre su obligación de proteger el derecho a la identidad de su futuro hijo, haciéndole saber, cuando tenga la edad suficiente, que ha sido concebido mediante el uso de una técnica médica que requiere de la donación de gametos por un tercero. Se debe crear un sistema confiable de registración de las personas concebidas a través de THRA heteróloga, en el registro civil y en las partidas de nacimiento. De esta manera, ante el incumplimiento de dicha obligación, se podrá también imponer una sanción. De la forma en que se encuentra redactado el artículo en la actualidad y a falta de una ley que lo reglamente, se hace imposible la protección del derecho a la identidad por no imponer obligación alguna sobre un sujeto determinado.

Para solucionar este problema y muchos otros es necesaria, como ya fue expresado con anterioridad, la sanción de una ley integral sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida que incluya la creación del Registro Nacional Único de Donantes y Receptores (siendo muy útil lo determinado por el proyecto 0091-D-2017). En dicha ley se debería imponer la sanción de suspensión por un tiempo determinado a los centros médicos o bancos receptores de gametos, acompañada de una multa pecuniaria sobre los médicos intervinientes en el procedimiento que incumpliesen el deber de informar al Registro Nacional Único de Donantes y Receptores la concepción de una persona a través de TRHA (incluyendo los datos del donante y los receptores).

La misma ley debería sancionar a los progenitores que no hagan constar la circunstancia de haber concebido a su hijo con técnicas de fertilización a través de la donación de gametos. La consecuencia de no cumplir con este deber podría consistir en una multa equivalente al monto correspondiente a 15 salarios mínimos vitales y móviles. Además se les debería imponer la obligación accesoria de llevar a cabo el cumplimiento de un curso donde se les haga conocer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como también los deberes de los padres.

Luego la ley tendría que establecer, que al momento de realizarse la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, el oficial público debería requerir a los padres que firmen una declaración jurada en la cual debe determinarse si su hijo ha sido concebido mediante TRHA con gametos de un tercero (siendo obligatorio informar el hecho de la utilización de un donante para poder llevar a cabo la concepción pero no la identidad del mismo). Previamente el oficial los informará sobre los derechos del niño con respecto a su identidad y les hará saber que los datos en la declaración están sujetos a confirmación mediante la información recabada por el Registro Nacional Único de Donantes y Receptores y que si los mismos no coinciden les serán aplicadas las penas antes mencionadas.

A través de la tarea realizada por el Registro Nacional Único de Donantes y Receptores y aplicando lo impuesto por una ley integral de las TRHA, se podría lograr que las personas se encuentren suficientemente informadas y coaccionadas a cumplir con el deber de otorgar la información correspondiente que hace al derecho a la identidad del niño que nace utilizando los procesos de reproducción asistida. La única forma en que la concepción de una persona con gametos de terceros pudiera quedar en secreto y que esta circunstancia no sea incluida en la partida de nacimiento o legajo base sería por medio de una connivencia perfecta entre los médicos que llevaran a cabo el procedimiento, los funcionarios de los centros de salud o bancos de recepción de gametos y los padres, o de éstos con los funcionarios del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Demás esta decir que éstos serían casos de extrema rareza y de casi imposible prevención.

Hay que recordar que no existen los derechos absolutos, esto es de suma importancia para entender el por qué se les impide a los niños nacidos mediante THRA en el sistema adoptado por nuestro Código Civil y Comercial el derecho a acceder a la información identificatoria de los donantes, salvo razones fundadas.

Esto es así porque la eliminación directa del anonimato probablemente influiría de forma negativa en la cantidad de donantes de material genético. Como corolario, se vería afectado el derecho de muchas personas a conformar una familia utilizando el avance de la ciencia médica. Las parejas de un mismo sexo o las mujeres que quieran tener hijos por si solas serán las mas perjudicadas si se adopta eliminación del anonimato.

Al analizar inciso a) del artículo 564 queda claro que el conocimiento de los datos médicos debe permitirse a sola petición del interesado, sus padres e incluso de un médico cuando estos sean requeridos por alguna circunstancia relevante para la salud del niño.

Pero el inciso b) del mismo artículo exige razones debidamente fundadas, cuya prueba recaerá sobre la persona concebida por THRA y que serán evaluadas por una autoridad judicial. Es correcto el planteamiento del problema, ya que no se elimina por completo la posibilidad de acceder a la identidad de los donantes (situación que debe hacerse saber a los donantes). Pero se impone el anonimato como regla y la revelación de identidad solo como excepción y en casos especiales. Con el transcurrir de los años y con el aumento de personas concebidas por estos procesos de fertilización es que irán apareciendo casos específicos, en los cuales les corresponderá a los jueces determinar si el acceso a esa información puede ser permitido.

En un mundo ideal la eliminación del anonimato no tendría ninguna implicancia en la existencia misma de las TRHA heterólogas. Este no es el caso, y la consecuencia de tomar medidas drásticas como la eliminación del anonimato puede ser la imposibilidad de llevar a cabo las técnicas de reproducción por falta de donantes voluntarios.

Además el hecho de otorgar la identidad de quien aporoto los gametos sin más, afectaría su intimidad y podría significarle una alteración psicológica al ser contactado por un descendiente para con el cual no existió voluntad procreacional. Es por eso que la norma requiere razones fundadas para la obtención de esa información, garantizando así los demás derechos que se encuentran en juego. Muchas personas podrían decidir no donar si saben que existe la posibilidad de que en el futuro puede aparecer alguien diciéndoles que es su hijo con las consiguientes afecciones sentimentales y espirituales, aunque si bien, la ley es

clara a la hora de impedir cualquier tipo de acción de filiación, esto es una circunstancia de carácter jurídico que escapa al común de la gente.

Obviamente el concepto de identidad no es fácil de precisar, pero desde mi punto de vista, los acontecimientos que preceden al nacimiento de una persona no forman parte de la identidad propiamente dicha si no del origen biológico. La identidad de una persona está constituida por las experiencias o sucesos que van conformando su personalidad y afectan la forma de verse a si misma. El acceso a la información identificatoria de un donante, sin voluntad procreacional, y sin ninguna relación con respecto a los receptores de los gametos, no me parece que pueda contribuir realmente a la construcción de la identidad propia. Contrariamente la exposición de esos datos si podría producir perjuicios a los donantes.

El principio de la igualdad no se ve realmente afectado por la aplicación del sistema intermedio, pues se ha expresado que las personas tienen los mismos derechos en iguales circunstancias y claramente existen circunstancias muy distintas entre los niños adoptados y los concebidos por THRA. Todos los niños tienen derecho a conocer sus orígenes pero en el caso de las THRA, los orígenes quedan circunscriptos a un dato genético.

El hecho es que, en una sociedad donde realmente no exista una educación suficiente como para eliminar el anonimato de donantes y aún así mantener el número de donaciones necesarias para permitir a todos aquellos que lo requieran puedan acceder a las THRA, es muy arriesgado optar por la eliminación del anonimato.

Como conclusión, la continuidad de la utilización de TRHA heterólogas está, por ahora, subordinada a la conservación del anonimato de los donantes. Sin anonimato, es muy probable que disminuyan en forma drástica los donantes y sin donantes no es posible la realización de los procedimientos por no contar con los gametos necesarios, impidiendo así la existencia de las mismas personas cuyo derecho a la identidad se intenta proteger.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

- Ales Uría, M. *Derecho a la identidad y las técnicas de reproducción humana asistida*. La Ley 26/06/2014. p 5 y ss.
- Alkorta Idíakez, I. (2.003), *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y Comparado*, Navarra, Aranzadi.
- Alterini, J. H., Basset, U. C. (2.015). *Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético, Tomo III*, Buenos Aires, Argentina. La Ley.
- Assandri, M., Warde, A., Canelo, N. R., Parodi, L. H., Oroná, W. R. (2.015). *Derecho a la Identidad de los Niños/as vs. Derecho a la Intimidad de los Adultos*. Ponencia no publicada. XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Nacional del Sur.
- Álvarez, J.G. y Díez Soto, C., Artículo 5°. Donantes y contratos de donación en Lledó Yagüe, F.; Ochoa Marieta, C. y Monje Balmaceda, O., Comentarios científico-jurídicos a Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, Dykinson, Madrid, 2007, p .84.
- Basset, U. C., *La democratización de la filiación asistida*, L.L. del 16/10/2014, ps. 1 y ss.)
- Berbere Delgado, J. C., *El derecho filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas*, en DFyP 2012 (julio), ps. 141 y ss.
- Cordobera Garrido, L., Borda A., Alferillo, E. P., (2.015) *Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado, Título Preliminar, Libros Primero y Segundo, Artículos 1º a 723, Parte General, Relaciones de Familia*, Buenos Aires. Astrea.
- Famá, M. 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 Ensayo*, (90), 171-195.
- Fábrega Ruiz, C. F., (1.999), *Biología y Filiación*. Granada. Comares.

- Fromm, E. (1.967), *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea*, 5ta. ed., México D.F., Fondo de Cultura Económica. pp. 55 y ss.
- Golombok, S., Vínculos genéticos: ¿congénitos o no?, en Modelos de familia. ¿Qué es lo que en verdad cuenta?, Colección Familia y Educación 9, Graó, Barcelona, 2006, p. 69.
- Gómez Bengoechea, B. (2.007), *Derecho a la identidad y filiación*, Madrid, Dykinson.
- Habermas, J. (1.989), *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Tecnos, p.99.
- Herrera, M., Caramelo, G., Picasso, S. (2.015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Infojus.
- Herrera, M., Lamm, E. *De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga*. La Ley 20/08/2014, LA LEY 2014-D, 594.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (2014). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo II*, Santa Fé, Argentina. Rubinzal-Culzoni.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E., "*Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico*"; LL, 2012-E, 1257. Cita Online: AR/DOC/5149/2012.
- Merlo, L. y Martin, F. IJ Editores; *Los tipos filiatorios en el Código Civil y Comercial y su influencia sobre la identidad del nacido*. Recuperado el 17/07/2018 de <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/interno/boletines2/funciones/doctrinaword.php?id=4840>.
- Perrino, J. O., *Filiación. Anteproyecto del Código Civil*. La Ley del 29/12/2011, p. 1 y La Ley 2012-A, 580.
- Rivero Hernandez, F., Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida, pp. 315-319.

- Serrano Alonso, E., (1.987) *El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem*, II Congreso Mundial Vasco: La filiación a finales del Siglo XX, Vitoria, Septiembre 1987, p. 365, pp. 372-375.
- Théry, I., (2.009) *El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento*, Revista de Antropología Social, N° 18, Madrid, p. 21.)
- Tugendhat, E. (1.993). “*Identidad personal, nacional y universal*”, en *Justicia y Derechos Humanos*, Barcelona, Universidad de Barcelona, p. 37-64.

Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (Ley n° 26.994) (2014).
- Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida (2013).
- Constitución de la Nación Argentina (Ley n° 24.430) (1994)
- Convención Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (DADH). Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana en la ciudad de Bogotá, Colombia, 1948. (s.f)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Firmado en Nueva York, Estados Unidos de América, 1966. Aprobado por la República Argentina por Ley 23.313, sancionada 14/04/1986 y promulgada 06/05/1986. (s.f).
- Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva Cork, 1989. Aprobada en la Nación la Argentina por Ley 23.849, sancionada 27/09/1990 (B.O.: 22/10/1990). (s.f).
- Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005).

- Decreto Reglamentario 956/2013 de la Ley N° 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida.
- Proyecto de Ley 0091-D-2017, denominado Ley Integral de Técnicas de Reproducción Humana Médicamente Asistida.
- Proyecto de Ley 1635-D-2018, denominado de Acceso a la Información Genética.

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Justicia. Fondo. Reparaciones y Costas, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina” sentencia del 27/04/2012.
- Corte Interamericana de Justicia. Caso “Gelman vs. Uruguay” sentencia del 24/02/2011.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso “Gaskin v. U.K., 1.989.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso “Mikulic v. Croatia”, Application no. 53176/99, 4 de septiembre de 2.002.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso “Odièvre v. France”, Application no. 42.326/98, 13 de febrero de 2.003.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso “Jäggi v. Switzerland”, Application no. 58757/00, 13 de julio de 2.006.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación 13/11/1990 MÜLLER, Jorge s/denuncia, Fallos 313:1.113.
- Cámara Federal Contencioso Administrativa, sala V, 29-4-2014, “C.,E.M. y otros c/EM, Ministerio de Salud s/Amparo, ley 16.986”.

**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:

| | |
|--|---|
| tor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i> | Duarte Manzur, Leandro |
| DNI <i>(del autor-tesista)</i> | 34.312.524 |
| Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i> | “EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS CONCEBIDAS POR MEDIO DE TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA Y SU CONFLICTO CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS DONANTES” |
| Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i> | leandroduarte_89@hotmail.com |
| Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i> | Universidad Siglo 21 |

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 página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: San Martín, Mendoza, 20 de Diciembre de 2.018

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que 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.