



Trabajo Final de graduación

Las técnicas de Reproducción Humana Asistida
y el Derecho a la Identidad del Niño.

Corrado, Yanela Verónica

2019

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a todos los que me acompañaron en este camino, fundamentalmente a mi esposo Andrés, mis tres hijos Matías, Felipe y Álvaro por ser incondicionales siempre. A mis padres, abuelos y hermanos que fueron parte desde el principio. Y a la Universidad Siglo XXI por el continuo acompañamiento y los conocimientos adquiridos.

RESUMEN

En el presente trabajo se desarrollará un análisis respecto de la diversidad de Técnicas de Reproducción Humana Asistida existentes en Argentina producto de la evolución científica y cuyo objetivo es la procreación; primordialmente las técnicas heterólogas donde el donante de gametos es un tercero anónimo.

Se profundizará cómo ha influido en la sociedad y principalmente en la concepción de familia que se encuentra en permanente evolución.

A su vez, la incidencia de estas nuevas formas de concepción en el Derecho a la Identidad del niño nacido bajo dichas técnicas en pos del interés superior del niño.

Las nuevas formas de filiación reconocidas por el ordenamiento y su diferenciación con respecto al instituto de la Adopción en lo que respecta a la situación del niño y sus orígenes.

La regulación del Código Civil y Comercial de la Nación en concordancia con la Ley de Reproducción Asistida y los Tratados con jerarquía constitucional.

Palabras claves: técnicas de reproducción humana asistida, heterólogas, identidad, filiación.

ABSTRACT

This work will develop an analysis with respect to the diversity of techniques of human assisted reproduction in Argentina scientific evolution and whose aim is procreation; primarily the technical heterologous where donor gametes is a third anonymous.

It will deepen has affected society and mainly in the conception of family that is in permanent evolution.

At the same time, the incidence of these new forms of conception in the right to the identity of the child born under these techniques in pursuit of the best interests of the child.

New forms of affiliation recognized by law and its differentiation with respect to the Institute of adoption in regards to the situation of the child and its origins.

The regulation of the Civil Code and commercial of the nation in accordance with the law of assisted reproduction and the treaties with constitutional hierarchy.

Key words: heterologous, identity, affiliation and assisted human reproduction techniques

INDICE

● AGRADECIMIENTOS	2
● RESUMEN	2
● ABSTRACT	3
● INTRODUCCION	6
● CAPITULO I Técnicas de Reproducción Humana Asistida	
1.1- Introducción.....	7
1.2- Concepto de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	8
1.2-1 Clases de Técnicas.....	9
1.2.2- Técnicas Homólogas.....	9
1.2.3- Técnicas Heterólogas.....	9
1.2.4- Técnica de Fecundación In Vitro.....	10
1.3- Técnica de Inyección Intracitoplasmática.....	10
1.3.1- Derecho tercero donante en técnicas heterólogas.....	11
1.3.2 Conclusión.....	13
● CAPITULO II Derecho a la identidad	
2.1- Introducción.....	14
2.2- Concepto de Derecho a la Identidad.....	14
2.2.3.- Regulación del Derecho a la Identidad en la Constitución Nacional Argentina.....	16
2.2.4- Convención de los Derechos del Niño aprobada por Ley 23849, año 1989 Artículos 7, 8,9.....	17
2.3 - Interés Superior del Niño.....	19
2.3.1- Derecho a la Identidad en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	20
2.3.2- Ley 26.061 Ley de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Artículos 1,3, 11.....	21

2.3.3- Conclusiones.....22

● **CAPITULO III Filiación**

3.1- Introducción.....23
3.1.1 - Antecedentes.....23
3.1.2- Concepto de Filiación.....24
3.1.3- Clases de Filiación.....24
3.1.4- Voluntad Procreacional.....25
3.2 - Comparación de la Filiación mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la Institución de la Adopción.....26
3.2.1- Conclusiones.....27

● **CONCLUSIONES FINALES.....28**

● **BIBLIOGRAFIA.....31**

INTRODUCCION

Existe en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de las personas a formar su familia sin distinción respecto a condición sexual, uniones de personas del mismo sexo y siendo valorizado el derecho a formar una familia, basado en la voluntad procreacional.

Los avances científicos y tecnológicos han posibilitado el desarrollo y utilización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA) son todas aquellas técnicas mediante las cuales se trata de aproximar en forma artificial a las gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo cuando no se ha podido procrear de manera natural.

Este derecho puede llevarse a cabo mediante dichas técnicas que luego de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) son consideradas una nueva forma de filiación junto a la institución de la adopción, pero ambos con diferentes enfoques en lo que se refiere al derecho a la identidad de los niños y el derecho al acceso a información respecto de su origen.

Dentro de dichas técnicas se encuentran las técnicas heterólogas que son aquellas producto de la donación del gameto por parte de un tercero que se mantiene en el anonimato.

En la nueva regulación no se hace mención del derecho a la identidad del niño y solo permite el acceso a información en situaciones especiales como razones debidamente fundadas o cuestiones de salud, preservando el anonimato del tercero donante.

El derecho a la identidad es un derecho fundamental y en lo que respecta a los niños es un derecho reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, donde los Estados deben velar por su protección prevaleciendo siempre el interés superior del niño.

La formulación del problema de investigación es ¿Es vulnerado el derecho a la identidad de las personas nacidas bajo las técnicas de reproducción humana asistida cuando el gameto es proveniente de un tercero donante?

El planteamiento tentativo de la hipótesis es que se vulnera el derecho a la identidad de los niños nacidos bajo las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga, debido a que se prioriza el derecho de confidencialidad del tercero por sobre el interés superior del niño de conocer sus orígenes biológicos, en comparación con la institución de la adopción donde el

derecho a la identidad tiene diferente alcance y se encuentra expresamente plasmado en la normativa vigente.

El presente trabajo tiene como objetivo general analizar la regulación del Código Civil de la Nación en concordancia con la Ley de Reproducción Asistida y los Tratados con jerarquía constitucional a fin de determinar si existe una vulneración del derecho a la identidad del niño nacido bajo técnicas de reproducción asistida por medio de técnicas heterólogas.

En referencia a la justificación e importancia de la temática del trabajo se pone énfasis en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación que ha incorporado como fuente de filiación la de los niños nacidos bajo Técnicas de Reproducción Humana Asistida y el derecho a la información de las personas nacidas bajo las mismas, pero dicho derecho se ve limitado a dos situaciones puntuales como lo son una cuestión de salud o razones debidamente fundadas.

De acuerdo al objetivo planteado en el presente trabajo de investigación el método utilizado será el de tipo cualitativo ya que se analizará las posturas tanto de la doctrina como de la jurisprudencia respecto a la regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, tanto en la ley que las regula, como en el Código Civil y Comercial de la Nación a fines de determinar si existe vulneración del derecho de identidad de los niños nacidos bajo las técnicas anteriormente mencionadas.

Se utilizará el tipo de estudio descriptivo, el cual permitirá desplegar las características de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su regulación legal, los efectos que produce tanto en la identidad como en la filiación del niño nacido bajo las mismas.

Se realizara un análisis exhaustivo de dicho fenómeno basándose en la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como del derecho comparado a fines de determinar sus características, implementación y la controversia jurídica de dicho fenómeno.

CAPITULO I

Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Introducción

En Argentina son cada vez mayor los casos de personas que debido a los impedimentos para procrear por medios naturales recurren a tratamientos médicos para cumplir con su deseo de ser padres.

La sociedad ha evolucionado a pasos agigantados haciendo que la familia tradicional ya no sea padre y madre, sino que hoy en día no se trata solo de su utilización en casos de infertilidad, sino además muchas personas del mismo sexo o sin pareja buscan formar su familia y recurren a ellas, siendo este deseo de formar una familia, un derecho de toda persona.

Son diversos los métodos de reproducción asistida, siendo importante un previo diagnóstico del paciente tanto a nivel físico como psicológico para llegar aquel que sea el más adecuado.

El objetivo de dicho capítulo es plasmar cuales son aquellas TRHA existentes y las más utilizadas con el objeto de lograr la procreación.

Concepto de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Santamaría Solís (2000) profesor de la universidad de Madrid dice:

Entendemos por técnicas de reproducción asistida (TRHA), al conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc. (p.37)¹

La aplicación de estos tratamientos requieren la colaboración de profesionales con formación clínica, especialistas en técnicas de laboratorio y además apoyo de psicólogos y personal de enfermería. Los tratamientos clínicos y los procesos de laboratorio se desarrollan escogiendo entre varias modalidades la más adecuada a cada caso. (SEF, Sociedad Española de Fertilidad, 2011)

Dichas técnicas se encuentran reguladas en la Ley N° 26862 que garantiza el acceso integral al procedimiento, y cuyo fin es la consecución de un embarazo. En su artículo 2 se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizadas con asistencia médica para la consecución de un embarazo, quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas cuando sean autorizados por la autoridad de

¹ Santamaría Solís, Luis, Cuadernos de Bioética 2000, 1ª

aplicación. La autoridad de aplicación es el Ministerio de Salud de la Nación, en el cual hay un registro de establecimientos sanitarios autorizados para realizar dichos procedimientos, incluidos los bancos receptores de gametos. En su artículo 7 establece que toda persona mayor de edad y capaz puede acceder al tratamiento mediante consentimiento informado y libre ante escribano público.² Y las obras sociales y entidades que presten servicios de salud deberán ofrecer cobertura integral de las TRHA. Dicha ley excluyó cualquier definición referida a si el embrión es persona. En ningún artículo se admite la destrucción de embriones o se afirma que los embriones no son personas. Esa ley señala que las técnicas se aplican con la finalidad de conseguir un embarazo y ello excluye que se conciban embriones humanos para ser luego descartados.

El Código de Ética de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva establece que

Se puede acceder a un máximo de 4 tratamientos por año con técnicas de baja complejidad, y hasta 3 tratamientos de alta complejidad. Se exige como principio general que el beneficiario comience con técnicas de baja complejidad como requisito previo para poder, ante el fracaso en la consecución del embarazo con las técnicas de alta complejidad. (Rodríguez Iturburu, 2015)

Además los menores de 18 años pueden acceder al servicio de guarda de tejidos o gametos si existiera un riesgo de salud que no permitiera la procreación en un futuro.

Clases de Técnicas

En cuanto al origen pueden ser de baja complejidad en la cual se nombra a la inseminación artificial, o de alta complejidad como la inseminación in Vitro.

Son un conjunto amplio y variado de procedimientos para lograr la fecundación,

- a) Inseminación artificial: es la más sencilla y la que más utiliza que consiste en depositar espermatozoides en el aparato genital de la mujer de manera artificial y no mediante el coito. Es un procedimiento indoloro, breve. Esta técnica resulta útil en aquellos casos que dependen de la calidad espermática, defectos en el moco cervical, esterilidad de causa desconocida. (SEF, 2011)

Se puede clasificar a su vez en:

² Artículo 7, ley 26862: “Beneficiarios. Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.”

Inseminación Homóloga: es aquella en la que se emplean gametos masculinos procedentes del marido, pareja, conviviente o del varón que conciente la fecundación y asume la paternidad.

Inseminación Heteróloga: es aquella practicada con donación de gametos por parte de un tercero.

Se emplea principalmente en casos de esterilidad, y cuando el varón está afectado por alteraciones seminales severas que obligan a utilizar espermatozoides procedentes de bancos de semen. También puede usarse en el caso de mujeres sin pareja masculina con deseos de gestar.

Estas técnicas pueden ser intracorpóreas como extracorpóreas (fecundación in Vitro).

La fecundación heteróloga puede ser por dación de gametos masculinos por medio de los espermatozoides en un banco de semen o de donantes seleccionados; también pueden ser gametos femeninos que conlleva a la conservación de óvulos. (Lafferriere, 2010)

En cuanto a las consideraciones ético jurídicas se considera que estas técnicas afectan la unidad matrimonial y la más relevante es la disociación en los vínculos en cuanto a filiación.

Técnica de fecundación in Vitro

Esta técnica a diferencia de la inseminación, pone en contacto los gametos masculinos (espermatozoides) y los femeninos (ovocitos) para lograr la fecundación y el desarrollo embrionario inicial fuera del organismo de la mujer.

Se seleccionan los espermatozoides que serán utilizados, luego de la fecundación se someten a calidad luego de varios días de cultivo, la transferencia embrionaria es indolora, los demás embriones no utilizados se crioconservan para una futura utilización si no se produce gestación. (SEF, 2011)

Técnica de Inyección Intracitoplasmática

Es una variante de la fecundación in Vitro y consiste en introducir un espermatozoide en cada ovocito con una micropeta, puede ser cualquier espermatozoide, aun los sin movilidad, se utilizan los óvulos que fueron estimulados con la ovulación conseguida la fecundación se seleccionan para implantar en el útero.

Es la más utilizada en aquellos casos de infertilidad masculina severa.

La inyección citoplasmática junto a la fecundación in Vitro son las mas utilizadas en los casos de infertilidad en el hombre.

Derecho tercero donante en técnicas heterólogas

En las TRHA de tipo heterólogas surge la figura del tercero donante de gametos, como su manera de mencionarlo lo dice, es un tercero ajeno a la relación de matrimonio, pareja o persona sola.

Ahora bien el hecho de ser ajeno a la voluntad de procreación lo hace ser parte fundamental en la utilización de estas técnicas, el cual debe estar debidamente informado por parte de los organismos que intervienen, del acto que va a realizar.

Cuando se recurre a técnicas heterólogas de fecundación, se considera que existe un derecho a conocer el origen genético y no biológico por ello se habla de derecho a la información. Dicho derecho comprende que el niño sepa que nació por una TRHA con material genético de un tercero; obtener datos no identificatorios o identificatorios.

En Argentina el anonimato es relativo sin embargo garantiza la existencia de donantes; la satisfacción del derecho a formar una familia; gozar de los beneficios de la ciencia y la libertad en el plan de vida.

Otro derecho es el de conocer el origen genético y conocer los datos identificatorios que no tienen como efecto vinculo filiatorio. (González, 2016)

El Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 563 y 564³ hacen referencia al derecho a la información de las personas nacidas bajo las técnicas heterólogas que debe constar en el legajo para la inscripción del nacimiento y el centro de salud que intervenga

³ Artículo 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.”

Artículo 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.”

podrá brindar información médica del donante en caso de cuestiones de salud o por razones debidamente fundadas.

Es así que se considera que la regulación del anonimato en el Código Civil y Comercial de la Nación garantiza la existencia de donantes y el derecho del niño a conocer sólo su origen genético.

La información identificatoria del donante solo podrá ser otorgada por medio de autorización judicial previa. (Iturburu, 2016) La Ley N° 26.862 contempla de manera igualitaria e inclusiva los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia. La Ley prevé que el aporte de gametos para terceros será de manera anónima y confidencial y el centro medico autorizado no podrá revelar a la pareja beneficiaria la identidad del aportante de los gametos (Art. 10 CCCN).

En referencia la donación de gametos por terceros, no genera vínculo jurídico alguno, así como tampoco vinculo filiatorio, así lo establece el articulo 575 del Código Civil y Comercial de la Nación.⁴

En el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra autorizado el procedimiento de reproducción humana asistida, y establece la posibilidad de mantener en secreto la identidad del donante de gametos en las inseminaciones artificiales heterólogas.

En Nueva Zelanda, desde 2005 exige a los donantes ser identificables cuando los nacidos por donación alcanzan los 18 años de edad, con disposiciones similares en Australia.

El Estado australiano de Victoria promulga leyes que promueven el intercambio de información. De esta manera, además los donantes también tienen derecho a solicitar información identificatoria sobre los niños concebidos con su material genético, aunque es necesario el consentimiento de las personas así concebida antes de que esa información sea proporcionada. Además, desde 2010, la legislación estableció que el hecho de la concepción con material de un tercero se incluya en el certificado de nacimiento. (Herrera-Lamm 2014)

El donante presta su consentimiento voluntariamente, se coloca en un lugar de tercero y goza del derecho al anonimato .Kemelmajer de Carlucci dice “ Hace prevalecer la voluntad de quien realizo un acto generalmente conciente sobre el derecho de alguien que nada pudo hacer para evitar el conflicto, no estaba en su decisión nacer o no” (Kemelmajer,2004)

⁴ Artículo 575: “Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida.

En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.

Parte de la doctrina considera que lo establecido respecto al tercero donante y el niño nacido implican la consagración definitiva del divorcio entre verdad y derecho, en aras de una regulación adulto céntrico y además se trataría de una filiación contra fáctica que corta todo lazo con la realidad corpórea del niño así concebido. (Basset, 2014)

Conclusión

El logro de un embarazo es un proceso natural que muchas veces se dificulta por múltiples factores, ya sean físicos, cambios sociales, culturales que hacen que con mayor frecuencia las personas acudan a tratamientos alternativos para lograr la procreación.

La ciencia y la medicina ha logrado que las personas cuenten con variados métodos que se adecuen a su situación, y son cada vez más las personas que buscan información para lograr el deseo de formar una familia.

La utilización de las TRHA deja de lado la creencia de que solo se podía concebir en el seno materno o mediante la relación sexual.

Al haber ahondado en la existencia de las TRHA existentes en Argentina, refleja que el fin primordial de su utilización es de vital importancia para lograr que las personas que no han podido procrear logren el sueño anhelado de convertirse en padres mediante ellas.

Estas técnicas lograron que parejas del mismo sexo, así como mujeres de avanzada edad u hombres solos, logran ser padres.

El acceso a estas TRHA es indiscriminado y actualmente las obras sociales deben cubrir sus gastos, pero surge el debate de su utilización en casos donde no existe un problema de infertilidad de la pareja o del hombre o mujer que desean ser padres.

De esta manera es de suma importancia que la utilización y acceso a dichas técnicas vaya de la mano con una adecuación del derecho en cuanto a su regulación, estableciendo de esta manera los derechos de las partes intervinientes en el proceso.

Las Técnicas heterólogas son las que abren la puerta a plantear si el anonimato del tercero donante es una protección que perjudicaría el derecho del niño nacido de conocer su origen biológico pudiendo acceder a información identificatoria y no tan solo genética.

CAPITULO II

Derecho a la Identidad

Introducción

Las personas desde el momento de la concepción se convierten en sujetos de derechos que son inalienables e imprescriptibles, ellos son los derechos personalísimos.

Dentro de los derechos fundamentales de las personas encontramos el derecho a la identidad. Este derecho es inherente a la persona humana y conlleva facultades y obligaciones, que surgen cuando se es titular del mismo.

Identidad es poder conocer el nombre, apellido, nacionalidad y origen respecto de los progenitores.

El presente capítulo hará referencia a el derecho a la identidad, su concepto, regulación e importancia, siempre relacionándolo a su ejercicio con la utilización de TRHA.

Su regulación abarca la Constitución Nacional, la Convención de los derechos del niño, el CCCN con sus últimas modificaciones y demás leyes sobre la temática.

Todo el análisis se hará con el fin de determinar cuales derechos están en juego y la incidencia en el mantenimiento del interés superior del niño como principio fundamental.

Concepto de Derecho a la Identidad

El derecho puede ser objetivo o subjetivo. El primero es aquel que manda, prohíbe o permite una conducta, y el segundo es la facultad, prerrogativas y atribuciones que le corresponden a una persona. Es su facultad de obrar y de exigir con el fin de satisfacer un interés justo digno de tutela jurídica.

Los titulares de estos derechos son las personas por ello se habla de derechos personalísimos cuyas características son innatos, vitalicios, absolutos, extrapatrimoniales e inalienables. (Butler Cáceres, 1998)

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad es el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, comprende el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia.

La corte dice:

Es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo.

Bidart Campos relaciona el derecho a la identidad con el derecho a la intimidad. Se habla de “ser uno mismo” es lo que lo individualiza. Además hace alusión a dos tipos de identidad, la estática que es el nombre, la filiación, el estado de familia, nacionalidad; y la dinámica que consiste en la verdad biográfica de las personas. (Bidart Campos, 2008).

La misma diferenciación hace González refiriéndose a la identidad estática donde se mencionan datos identificatorios, físicos o materiales y por otro lado la identidad dinámica que refiere a las relaciones que entabla la persona a lo largo de su vida, su historia personal y social. (González, 2016)

Estos derechos personalísimos están reconocidos en el CCCN y en los Tratados de Derechos Humanos. Surge del Artículo 1 de la Convención de Derechos Humanos la igualdad y la no discriminación, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Al tratar la utilización de las TRHA surge un debate en torno a este derecho a la identidad y el acceso a información respecto del origen del niño nacido bajo las mismas.

La doctrina puede diferenciarse mediante las teorías maximalistas, minimalistas y las intermedias. La primera sostiene que el hijo puede conocer la identidad de los progenitores y que puede establecer relaciones de filiación. La minimalista defiende el anonimato y la intermedia que es donde el niño puede conocer la identidad del donante pero sin ejercer vínculo filiatorio. (Gómez Bengoechea, 2007).

La corte suprema ha hecho alusión al derecho de conocer los orígenes. En un fallo del año 2014, en la causa "C., E. M. y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Salud s/ amparo ley 16.986 los padres de dos niñas menores de edad concebidas con mediante TRHA de tipo heterólogo, contra el Poder Ejecutivo Nacional, para que se dispusiera la creación de un registro con toda la información que tuvieran en su poder los centros de fertilidad y bancos de gametos legalmente habilitados en el país, sobre la identidad de los donantes de gametos, con la finalidad de que todas las personas nacidas en virtud de las técnicas de fertilización asistida con material heterólogo puedan, al cumplir la mayoría de edad, ejercer su derecho a conocer su identidad biológica, accediendo a esa información con la correspondiente autorización judicial. Dicha acción fue rechazada en primera instancia, los actores apelan y la Alzada hace lugar parcialmente el recurso de apelación interpuesto y deja sin efecto la sentencia apelada y dispone ordenar al Estado Nacional y Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal correspondiente a esta materia.

Uno de los magistrados considero a la identidad como un derecho personalísimo delimitado por los caracteres propios de cada persona que lo hace diferente a los demás. El aporte de dicho fallo fue reconocer que se involucra un derecho, el de identidad en este caso y que la información debe ser resguardada. (Herrera, 2014).

Otro fallo relevante fue el de una mujer nacida en París que solicito el levantamiento del secreto sobre el origen de su nacimiento, para poder tener acceso a todos los documentos necesarios para establecer su identidad, incluyendo el acta de nacimiento. Su madre había firmado un acta de abandono de niño, Y fue adoptada a los 4 años. La sentencia determinó la imposibilidad de conocer la identidad de la madre y tenía como fin evitar el aborto y el infanticidio, es así que la corte resolvió desestimar la demanda.

Regulación del Derecho a la Identidad en la Constitución Nacional Argentina

La Constitución Nacional regula implícitamente en su artículo 33 el derecho a la identidad, a esto Bidart Campos lo llama cláusula de los derechos implícitos, diciendo que los derechos y garantías no se agotan en los que enumera el texto, y que hay otros además de éstos, que

deberán ser reconocidos a medida que aparecen nuevas necesidades humanas y sociales. El derecho a la identidad luego de la reforma del año 94 incorporó los Tratados de Derechos Humanos otorgándoles jerarquía constitucional, colocándolos en un mismo nivel respecto a ella⁵ y por encima de las leyes internas, dentro de dichos Tratados está el Art. 19 de la Convención de Derechos Humanos (protección derechos del niño); el Art. 24 del Pacto de derechos civiles y políticos (protección del menor); el Art 10 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (protección sin discriminación por razón de filiación) y la Convención de los derechos del Niño en su Art 7 y 8 (derecho a un nombre y derecho a la identidad). Es así que los derechos de la persona humana deben ser respetados en su pleno goce y no ser restringidos. En su Artículo 75 inc 19 atribuye al congreso dictar normas para protección de la identidad y pluralidad cultural. Las normas internacionales de derechos humanos nos dice Bidart Campos: “Son ius cogens, es decir, inderogables, imperativas, e indisponibles.” (Bidart Campos, 2008. Pág. 506)

En el Art. 75 inc. 23; se hace referencia a los derechos civiles y sociales, se encuentra el pleno goce y ejercicio de derechos y la protección especial de niños. (Bidart Campos, 1986)

Todo este conjunto de normas internacionales incorporadas hacen a la regulación y protección de los niños y su derecho a la identidad.

Convención de los Derechos del Niño aprobada por Ley 23849, Artículos 7, 8,9

Dicha convención aprobada como Tratado de Derecho Internacional en el año 1989, cuyo fin principal es la protección de la niñez. Fue ratificada por Argentina en el año 1990 y a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 forma parte de los

⁵ Art. 75 inc. 22. “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

tratados con jerarquía constitucional formando el bloque de constitucionalidad federal. Es así que está obligado el Estado a garantizar los derechos del niño en ella plasmados.

En su regulación se encuentra plasmada la prioridad que se le otorga a la protección de los niños como sujetos de derechos que no deben ser vulnerados, implica el compromiso de brindar a los niños y adolescentes protección integral. Esta convención hace que no sean legítimas las conductas abusivas teniendo como fin la preservación del niño. Fue ratificado por veinte países convirtiéndola así en el tratado que más rápidamente entró en vigor en la historia de los tratados de derechos humanos y el más ratificado.

Un número considerable de provincias argentinas ha dictado desde la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño leyes de protección a la infancia compatibles con los compromisos internacionales asumidos por el país, buscando el respeto y la protección del derecho de la infancia. (Beloff, 2005).

La Convención en su preámbulo dice que por la falta de madurez el niño necesita cuidado especial y protección legal antes y luego de nacer. En el primer artículo hace referencia a niño como aquel ser humano menor de dieciocho años. A su vez el Art 2 hace referencia a la no discriminación entre los que se encuentra la no discriminación respecto al nacimiento entre otros.

En el Art. 7 se establece que el niño debe inscribirse apenas se produce el nacimiento, lo que permite el derecho de tener un nombre, nacionalidad, conocer sus padres y ser cuidado por ellos. Es obligación de los Estados velar por su aplicación.

El Art, 8 compromete a los Estados parte a respetar el derecho a preservar la identidad de los niños, su nacionalidad, las relaciones familiares y en caso de ser privado de ellas será una situación que los Estados deberán asistir para restablecer su identidad. Este artículo es el llamado “artículo argentino” ya que las Abuelas de Plaza de Mayo, que son defensoras de los derechos humanos hicieron posible incorporar el derecho a la identidad.

Otro de los artículos de la Convención el N° 9 menciona la obligación de los Estados de velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de ellos, salvo que se considere necesario en pos del interés superior del niño.

Herrera dice que la doctrina de la protección integral adopta una concepción de la infancia basada en los siguientes principios: el reconocimiento de la niñez como etapa indispensable del desarrollo humano y el reconocimiento de los niños como titulares de derechos. (Herrera, 2014) De lo expuesto por dicha convención se infiere que los niños son sujetos de derecho.

Siguiendo con la Convención de los Derechos del Niño los principios generales de la misma son: el Interés superior del Niño, el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el derecho a la libertad de expresión y a ser escuchado.

La Convención se convierte en un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia.

La SIPI en su dato destacado N° 3 nos dice que como todos los tratados sobre derechos humanos, el texto de la Convención se fundamenta en tres principios: los derechos son universales es decir que conciernen a todos los niños y niñas; son indivisibles, dado que no jerarquiza los derechos que contiene, y, estrechamente vinculado con lo anterior, son interdependientes. En otras palabras, no hay primacía de un derecho sobre los demás por cuanto el cumplimiento de cada uno depende de la garantía efectiva del resto.

Interés superior del Niño

Se trata de un concepto al cual se puede llegar a el mediante el análisis de la situación concreta, de cada caso particular. El interés superior del niño es uno de los principios rectores de la Convención de los Derechos del Niño que lo ha elevado al carácter de norma fundamental la cual hace que no haya distinciones respecto a las diferencias culturales en cuanto a la protección integral de los niños. Los niños no tienen la posibilidad de dirigir plenamente su vida por la falta de madurez y por ello necesita protección y cuidados especiales. El Artículo 3.1 la Convención de los Derechos del Niño se refiere directamente al interés superior del niño estableciendo que las instituciones tanto públicas como privadas, las autoridades administrativas, los tribunales deberán tener siempre en cuenta el interés superior del niño. Y a lo largo del cuerpo normativo se encuentra el interés superior del niño como principio rector y es por ello que es considerado una obligación, o una limitación tanto para autoridades como para padres e instituciones. Ante la toma de decisiones es un interés que debe estar por encima de otros intereses. La ley de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes (N° 26061) en el Art. 3 se refiere al interés superior como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías de dicha ley, respetando su condición de sujeto, su derecho a ser oídos teniendo en cuenta su opinión, el respeto por el desarrollo personal en su medio, su edad, madurez, discernimiento, el correspondiente equilibrio entre derechos y garantías y su centro de vida que es donde transcurre su existencia. Todo ello rige respecto a la patria potestad, la filiación, adopción, emancipación.

Herrera nos dice que la Convención apunta a dos finalidades básicas, constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, esto permite resolver los problemas de los niños buscando el mayor beneficio para ellos. (Herrera, 2015)

En los procesos de familia es uno de los principios que lo sustentan así en el Art 706 del CCCN en su inc 3 dice que la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas. Los niños y adolescentes han dejado de ser considerados como carentes de madurez, se los reconoce como seres completos que tienen derechos y atributos por el hecho de ser personas. (Graham, Herrera, 2014)

Para Bidart Campos el interés superior del niño y la protección integral de la familia son principios constitucionales, con fuerte anclaje en el derecho internacional de los derechos humanos, que deben prevalecer sobre la ley cuando sus circunstancias conducirían a una solución legal intrínsecamente injusta. Y, por supuesto, a una solución que por su injusticia sería inconstitucional. (Bidart Campos, 1999)

En el Código Civil y Comercial de la Nación el interés superior del niño es mencionado en el Art 26 cuando se refiere al ejercicio de los derechos por parte de los menores de edad, así también en la institución de la adopción, tutela, en la responsabilidad parental y en los procesos familiares.

Derecho a la identidad en el Código Civil y Comercial

El Código regula como derecho inherente a las personas el derecho y el deber a un nombre, a su identidad lo que lo hace una persona única e irrepetible. En el CCCN dentro de los derechos y actos personalísimos se refiere a la afectación de la dignidad, si una persona es lesionada en su intimidad, podrá solicitar la prevención o la reparación de los daños sufridos.

Toda persona es titular del derecho personalísimo a la identidad y cualquier lesión a este constituye una afectación a la dignidad de la persona (Art. 52 del CCCN).⁶

El derecho a la identidad como aquel que ostenta una persona para ser diferente de las otras y comprende tanto la identidad biológica como la de género. (Rivera, 2014)

⁶ Artículo 52: Afectaciones a la dignidad. “La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título 5, Capítulo 1.”

La referencia al derecho a la identidad en el uso de la TRHA es luego de la reforma del CCCN en su Art. 563 se refiere al derecho a la información de las personas nacidas bajo estas técnicas, el cual debe estar en el legajo base al momento de inscripción del nacimiento, esto implica la información únicamente de que la persona nació bajo las TRHA y no se refiere a los datos identificatorios del donante.

Otro artículo importante es el 564 donde les da a las personas nacidas bajo las TRHA a obtener del centro de salud que intervino la información de los datos médicos del donante si esta fuere importante para la salud y además la posibilidad de revelar la identidad por razones debidamente fundadas. Esto hace que sea resguardada la identidad del donante.

De ambos artículos surgen tres facetas del derecho a la información, el derecho a saber que se nació de TRHA con material de un tercero donante, el derecho a información no identificatoria y por ultimo información identificatoria. (Herrera, 2015)

El Código Civil y Comercial recepta un sistema intermedio en lo relativo al acceso a la información acerca del donante. Esta regulación parte de distinguir información no identificatoria focalizada en datos relativos a la salud, y datos identificatorios, previendo un régimen diferente según el tipo de información al cual se pretenda acceder. Esto fundado en contar con la existencia de un mayor número de donantes y, consecuentemente, la satisfacción del derecho a formar una familia. (Herrera, 2015).

Ley 26.061 Ley de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La Ley 26.061 es la Ley sancionada en el año 2005 reconoce a niños y adolescentes como sujetos de derecho, titulares de los mismos. Su objetivo es la protección integral por parte del Estado hacia las personas menores de dieciocho años. Derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Destaca la responsabilidad de padres, familia y sociedad y considera de aplicación obligatoria la Convención de los Derechos del Niño. Los derechos de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles. Además prioriza el interés superior del niño por encima de cualquier otro.

La base de este sistema implica la protección y auxilio, prioridad en la protección cuando los intereses colisionen con los intereses de los adultos, preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas; asignación de los recursos públicos que las garantice y preferencia de atención en los servicios esenciales. Considera a la niñez como etapa de desarrollo y crecimiento. En el Art. 11 reconoce el derecho a saber quienes son sus

padres, conservar las relaciones familiares, derecho a un nombre, nacionalidad, a su lengua de origen, preservar su identidad e idiosincrasia. Además menciona el derecho a conocer a sus padres biológicos. Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. (Ley 26061)

En el Artículo 28 también establece el principio de igualdad y no discriminación por lo tanto las disposiciones de esta ley son aplicables a todos los niños y niñas y adolescentes de la Nación sin distinción alguna.

Conclusiones

La identidad hace que las personas sean únicas e irrepetibles. Es un derecho personalísimo que debe respetarse y otorgársele la protección primordial. En el ordenamiento jurídico es muy abarcativa su regulación, y tanto el ordenamiento interno como los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional que conforman el bloque constitucional federal, lo protegen como un derecho fundamental. El CCCN en su última modificación regula el derecho a información a la que tienen derecho las personas nacidas bajo TRHA, pero lo hace de una manera limitada a cuestiones de salud o debidamente justificada. Los niños no tienen la posibilidad de dirigir plenamente su vida por la falta de madurez, pero deben ser protegidos, son dignos de atención, cuidado y ello implica que tanto el Estado como los padres y la sociedad velen y protejan sus derechos ya que son personas sujetos de derecho y en este caso se encuentra en juego un Derecho Humano internacionalmente reconocido que no admite discriminación o limitación alguna.

Todo las cuestiones que pueden generarse alrededor de las relaciones tanto personales como jurídicas de un menor, deben solucionarse o ampararse en un principio rector que es el interés superior del niño el cual busca protegerlo en su totalidad, siempre buscando lo más apropiado para él tanto en su integridad física como emocional necesario para su desarrollo, este principio no solo obliga a jueces o tribunales sino también a las instituciones, a los padres y al resto de la sociedad.

CAPITULO III

Filiación

Introducción

En el presente y último capítulo se hará un análisis respecto de las clases de filiación reconocidas en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, una comparación entre ellas respecto de su otorgamiento y los cambios que fueron necesarios para abarcar las situaciones que han ido surgiendo en la sociedad teniendo en cuenta la protección de la familia y el derecho a formarla. Un factor fundamental objeto de análisis será la voluntad procreacional como determinante para atribuir la filiación de los niños nacidos bajo TRHA..

Otro instituto que se analizara es el de la Adopción, cuales sin sus principios, como las clasifica el CCCN luego de ser modificado y se hará una comparación con los niños nacidos bajo TRHA para poder establecer los diferentes lineamientos y maneras de concebirse en ambas el tema referido al derecho a conocer el origen de los menores.

Antecedentes

El Código Civil y Comercial de la Nación originariamente diferenciaba entre hijos legítimos e ilegítimos dentro de los últimos se encontraban los incestuosos, sacrílegos, adulterinos y naturales. Estos últimos eran los que poseían estado de filiación.

En 1948 ingresa la adopción mediante la Ley 13252 y es recién en 1954 que se elimina la clasificación de los hijos. (Zannoni, Bossert, 2016)

En el año 1985 la reforma estableció que la filiación matrimonial y extramatrimonial tenían los mismos efectos, esto mediante la Ley 23264 que es la que establece un nuevo régimen de filiación, el doble emplazamiento filiatorio, la filiación por naturaleza o por adopción, a su vez la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial, así

como la adopción plena. Lo mencionado anteriormente era establecido de igual manera en el Código Civil en el derogado artículo 240.

Se logra así una equiparación de los hijos sin distinción y se implementa que el Registro Civil y Capacidad de las personas emitiera certificados de nacimiento donde no resulte si la persona fue concebida o no durante el matrimonio o si fue adoptada plenamente.

De esta manera era necesario que el Código hiciera reformas para lograr la protección a las diversas formas de familias que han ido surgiendo en la sociedad. La modificación que realiza el Código que se aplica en la Republica Argentina desde el mes de Agosto de 2015, es la creación de una nueva forma de filiación que es aquella que surge de la utilización de TRHA para procrear. Así en el CCCN existen hoy tres tipos de filiación, por naturaleza, por adopción y por utilización de TRHA.

Concepto de Filiación

La palabra filiación es derivada del latín “filiationis” se refiere a filio y de felare que significa “mamar”. Es un vínculo entre ascendientes y descendientes que genera derechos y deberes jurídicos.

La filiación ha sido considerada como un vinculo jurídico determinado por la procreación entre progenitores e hijos (Zannoni, Bossert, 2016) También se lo considera como un institución jurídica que determina la posición de los sujetos dentro de la familia (Rivera, 2014) Vinculo existente entre el padre o madre y su hijo.

La determinación puede ser legal cuando esta establecida por ley; voluntaria que es el reconocimiento tácito o expreso y por último el judicial que es una sentencia en un juicio de filiación.

Clases de Filiación

Luego de la modificación del Código se incorporó una nueva fuente de filiación con igualdad de efectos, de tal manera actualmente existen tres clases de filiación y ellas son: por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o por adopción. Las personas no pueden tener más de dos vínculos filiatorios. (Art. 558 CCCN)

La Filiación por naturaleza es aquella que genera vínculos basados en el acto sexual, su fundamento es el vínculo biológico. (Rivera, 2014) es un nexo biológico acreditado entre

padres e hijos. La maternidad se establece por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido a pedido de quien presenta certificado medico. (Art. 565 CCCN).

La Filiación por Adopción es el vínculo de los hijos con el o los adoptantes. La adopción se clasifica en simple, plena y de integración.

La Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida que surge de un acto medico y de un elemento fundamental que es el volitivo. (Zannoni, Bossert, 2016) Las TRHA pueden ser homólogas o heterólogas dependiendo si el gameto es proveniente del marido o de un tercero donante respectivamente. En ellas debe diferenciarse si los tres elementos de un vinculo filiatorio se encuentra en la misma persona o bien en una de ellas; dichos elementos son el biológico, el genético y el volitivo. (Rodríguez Iturburu, 2015) Se encuentran reguladas en la Ley 26682 y en ellas el vínculo filial está basado en la voluntad procreacional. No se puede impugnar la filiación y efectuar el reconocimiento, no se permite reclamar la filiación, se impide impugnar la maternidad, impugnar la filiación presumida por la ley, negar la filiación presumida e impugnar el reconocimiento. (Azpiri, 2015)

La determinación en las tres fuentes de filiación a su vez pueden ser matrimoniales o extramatrimoniales ya sea que los progenitores estén o no unidos en matrimonio. La filiación matrimonial queda determinada por inscripción del nacimiento en el Registro Civil y por la prueba de matrimonio; por sentencia firme en juicio de filiación; y en los supuestos de TRHA por el consentimiento previo, libre e informado inscripto en el Registro Civil y Capacidad de las Personas (Art. 569 CCCN). La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre en las TRHA o por sentencia de juicio de filiación. (Art.570)

Voluntad Procreacional

En las TRHA la filiación esta basada en la voluntad procreacional. Esta voluntad es la aceptación libre de ser padres, consiste en un consentimiento previo, libre, informado y formal que constituye la fuente de la filiación. En este caso no estarían comprendidos los

elementos del vínculo biológico y genético del que hablaba Rodríguez Iturburu sino únicamente el volitivo.

El CCCN se refiere al consentimiento informado ya que los centros que intervienen deben recabar el consentimiento previo de las personas que utilizaran las TRHA y este deberá ser

renovado cada vez que se utilicen gametos o embriones. (Art. 560 CCCN) Además su instrumentación se hará de acuerdo a la disposición especial y protocolizada por escribano público o certificado ante autoridad sanitaria. Puede ser revocado mientras no se haya implantado o se haya producido la concepción. (Art. 561).

Parafraseando a Rodríguez Iturburu la voluntad procreacional es el querer engendrar un hijo, responsabilizarse de su educación, crianza y desarrollo esto hace que se encuentre en todo su esplendor el elemento volitivo para crear la filiación.

En el cuerpo normativo del CCCN se encuentra regulada la voluntad procreacional en su Art 562 que expresa que los niños nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o mujer que presto su consentimiento previo, libre, informado y formal inscripto en el Registro Civil y Capacidad de las Personas con independencia de quien donó los gametos.

Es así que la voluntad procreacional no es más que la voluntad de una pareja o de una persona de ser padres asumiendo las responsabilidades que ello conlleva.

Comparación de la Filiación mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la Institución de la Adopción.

La adopción es una institución mediante la cual se le brinda protección del derecho de un niño, niña o adolescente a vivir y desarrollarse en una familia donde sea cuidado y satisfechas sus necesidades por su familia de origen. Mediante la adopción el niño adquiere el estado de hijo. (Art. 594 CCCN)

Los principios en los cuales se basa son el interés superior del niño; el respeto por el derecho a la identidad; la posibilidad de lograr que permanezca con su familia de origen, agotando todos los caminos; preservación de vínculos; y en caso de ser hermanos se intenta que continúen unidos; derecho a conocer el origen; y la posibilidad de solicitar su consentimiento a partir de los diez años de edad. (Art. 595 CCCN).

El adoptado con madurez tiene derecho a conocer datos referidos a su origen y acceder al expediente o información. Si es menor interviene un equipo técnico y del expediente deberá

surgir la mayor cantidad de información del niño, su familia de origen y todo aquello que haga a su identidad. Los adoptantes deben hacer que el niño acceda a su origen. (Art. 596 CCCN).

La adopción puede ser simple, plena o de integración. Será simple aquella adopción se otorga el estado de hijo pero no crea vínculos jurídicos con los parientes, pero puede comunicarse con su familia de origen si no afecta el interés superior del niño; la adopción plena si extingue los vínculos con la familia de origen pero subsisten los impedimentos Matrimoniales, es irrevocable y por último la adopción de integración, es la que permite adoptar al hijo del cónyuge o conviviente. Arts 619, 620, 624,627 CCCN)

El código del año 2015 demuestra respecto de la adopción una superioridad del interés superior del niño por encima del derecho de los adultos. (Zannoni, Bossert, 2016). En el nuevo cuerpo normativo del CCCN se observa como base la consideración de lo plasmado en la Convención de los Derechos del Niño, y la Ley de protección del niño, niña o adolescente.

Ambas instituciones tanto la filiación por TRHA como la Adopción están basadas en el elemento volitivo, antes del nacimiento del niño, en las primeras y en la adopción una vez que ya el niño ha nacido y por diferentes circunstancias se encuentra en situación de ser adoptado.

Se puede observar que en la regulación de la filiación por adopción el derecho a la identidad se encuentra plasmado como un principio; es fundamental darle prioridad a mantener el vínculo con la familia de origen, así como el derecho a conocer su origen y preservar los vínculos, los adoptantes se comprometen a hacer conocer el origen al adoptado, el niño tiene derecho a ser oído, y el Art 613 establece que aquellos que pretendan adoptar entre otros requisitos personales será el debido respeto que tengan por el derecho a la identidad y origen del niño.

Aquí si se hace una comparación con los niños nacidos bajo las TRHA, en ninguna de sus normas menciona el derecho a la identidad, el niño solo podrá acceder a información por cuestiones de salud o razones debidamente fundadas como lo establece el CCCN, no existe una exigencia a los progenitores de dar a conocer el origen de los niños.

Conclusiones

Las fuentes de filiación surten los mismos efectos y otorgan el estado de hijo al niño, niña o adolescente respecto a sus progenitores. No existe una distinción de hijos ni de filiaciones. El CCCN reconoce tres fuentes de filiación que son por naturaleza, por adopción y por TRHA. Son estas últimas las que generan controversias respecto a la identidad del niño y al derecho a conocer sus orígenes. Su consentimiento hace surgir la manera en que es otorgada la filiación y es la voluntad procreacional que le otorga el estado de hijo a aquella persona que haya prestado su consentimiento libre y previo del deseo de tener un hijo.

La institución de la adopción ha sido modificada en varios de los artículos regulatorios de la misma teniendo como principio fundamental lo esgrimido en las Convenciones Internacionales con jerarquía constitucional en cada una de sus clases. Tanto en la adopción plena como simple y de integración se pondera el interés superior del niño y el respeto por el derecho a la identidad.

CONCLUSIONES FINALES

Luego de haber abordado la temática planteada conforme a la normativa vigente en Argentina, se observa un gran avance respecto al interés legislativo por abarcar las necesidades de las personas en todos los ámbitos en que se desarrollan.

A nivel familiar son cada vez mayores las modificaciones que se han producido en la institución familia como tal, actualmente los grupos familiares ya no son la tradicional familia padre, madre e hijos, sino que afortunadamente se ha logrado que personas del mismo sexo, como personas solas puedan formar una familia decidiendo de manera libre tener un hijo, sin ser despojados de ese derecho.

La tecnología y los avances científicos han formado parte de esa evolución aportando todos sus mecanismos para que las personas logren el sueño de convertirse en padres.

En los primeros tiempos las TRHA fueron principalmente utilizadas por parejas con problemas de fertilidad. Actualmente son numerosas las personas que acuden a ellas, el ritmo de vida, las nuevas costumbres y el hecho de tener la persona el derecho a desarrollarse eligiendo su tiempo y momento, depende únicamente de su voluntad.

Ahora bien, el sueño y deseo de una persona no puede convertirse en una situación de detrimento de los derechos de otra, son los niños que se encuentran desprotegidos al no

poder decidir, de esta manera quedan inmersos en situaciones donde sus derechos pueden ser menoscabados, deberían ser amparados por las leyes vigentes que regulan su protección a nivel nacional como internacional.

De esta manera es de suma importancia que la utilización y acceso a dichas técnicas vaya de la mano con una adecuación del derecho en cuanto a su regulación, estableciendo de esta manera los derechos de las partes intervinientes en el proceso. Si bien es cierto que el CCCN ha previsto en su última modificación la manera en que los derechos de las partes sean amparados, ha quedado en debate la posibilidad de acceso sin límites de los niños nacidos bajo las TRHA, a conocer su origen.

Las Técnicas heterólogas plantean el anonimato del tercero donante y éste es una persona mayor que decide ser parte de un tratamiento solo como donante, pero con la conciencia de que nacerá un niño con su carga genética, en cambio el niño nace sin ser parte de las decisiones de los adultos. La responsabilidad y el amor se encuentran sin dudas presentes ya que es un gran acto de amor el hecho de traer un hijo al mundo, el tema va mas allá ya que ese niño es una persona, un sujeto titular de derechos. Todas las personas gozamos del derecho a un nombre y a conocer nuestros orígenes que son fundamentales a la hora de desarrollarnos en la vida. Cuando ese acceso a información se encuentra limitado, no se está en igualdad de condiciones respecto a los demás, ya que se carece del conocimiento de la identidad de nuestro progenitor o progenitora que pasan a ser considerados sólo unos donantes anónimos, pero mas allá del tratamiento ese donante genéticamente es el padre o madre de ese niño y por ende forma parte de su núcleo biológico, de su identidad y origen. Las técnicas homólogas no generan controversias ya que el gameto proviene de la pareja, por ello la connotación negativa vienen por parte de las técnicas heterólogas donde el gameto proviene de un tercero donante y se presenta la no posibilidad de conocer el origen y la identidad del niño respecto del mismo, esto puede generar una situación que le genere afecciones psicológicas respecto a considerar que sus padres no son sus verdaderos padres o que fueron engañados por ellos. Esta incertidumbre o necesidad puede devenir en un problema de salud emocional o física que podría ser considerado uno de los motivos por los que la regulación le permite al niño a acceder a información del donante.

El anonimato del donante debería estar sujeto a la no existencia de un posible compromiso de los derechos humanos del niño, los mismos son reconocidos internacionalmente y garantizados por la Constitución Nacional Argentina. El CCCN dentro de las tres corrientes respecto al acceso a información y la identidad se encuentra en la postura intermedia que no implica que se genere un vínculo filiatorio y es lo correcto ya que la filiación por TRHA esta

basada en la voluntad procreacional y ésta no se vería afectada, sino que se ponderaría el derecho a la verdad sin un emplazamiento filial debidamente constituido.

La identidad de una persona no solo es genética o biológica sino que está compuesta y desarrollada en base a las relaciones socio afectiva que las personas van desarrollando a lo largo de la vida. El ser humano aún conociendo sus orígenes a lo largo de su crecimiento, se plantea cuestiones respecto de su identidad, es por ellos que el niño nacido bajo TRHA por el hecho de ser persona también pueden necesitar acceder a sus raíces sin encontrarse limitados o dependiendo de un permiso judicial, sino con el solo derecho y la legítima necesidad de conocer su origen.

Las tres fuentes de filiación existentes en Argentina son por naturaleza, por adopción y por medio de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y el CCCN establece claramente que la tres surten los mismos efectos, es por ellos que no debería haber un tratamiento diferenciador respecto de los niños nacidos bajo TRHA, de la misma manera que no existe una clasificación de hijos. En la filiación por adopción los niños tienen acceso ilimitado a información respecto a su familia de origen y la legislación compromete a los padres adoptivos a facilitarla, todo ello basado en el interés superior y el derecho a la identidad. Los niños nacidos bajo TRHA deberían poder acceder a la información respecto de su identidad, a su origen y los padres colocarse en una situación facilitadora de información, para cerrar un círculo que podría necesitar el niño cuando alcance su madurez mental. No es justa la decisión de realizar un tratamiento diferenciador, porque son niños y no pueden clasificarse ni ser discriminados en sus derechos.

Ahora bien, el CCCN y así gran parte de la doctrina considera que el número de donantes y la posibilidad de acceder a tratamiento se vería reducido si el acceso a la identificación fuera sin limitación respecto de datos identificatorios, lo que no se tiene en cuenta es que de la manera que actualmente se encuentra regulado, se amplía la cantidad de niños que van a ver limitado su derecho a la identidad y a su origen. Nuestro país ha sufrido durante la última dictadura militar la indebida apropiación de niños nacidos en cautiverio, y es hasta el día de hoy que esos niños buscan su identidad y sus familias también. Es por ello también que nuestro país debería legislar en la materia valorando a la identidad como un derecho humano fundamental, no es algo superfluo lo que entra en juego, son cuestiones emocionales, psicológicas y humanas las que pueden afectar al niño.

D'Agostino sostiene "aunque la ciencia haya incrementado las posibilidades de dominio del ser humano, los padres no se convierten en dueños de su potencialidad creadora, porque la fecundidad es la capacidad de transmitir vida". (D'Agostino, 1991)

El interés superior del niño debería estar por encima de cualquier interés, son los niños sujetos de derechos, los que deben ser protegidos por encima de los derechos de los adultos. Hoy Argentina es un país que pelea y defiende los derechos de sus ciudadanos en pos de la igualdad y la inclusión. Deberíamos ampliar nuestra visión respecto a la protección de los niños que se encuentran vulnerables e inmersos en los cambios permanentes de nuestra sociedad, amparando sus derechos y protegiendo su integridad, es nuestro deber.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

AZPIRI, Jorge (2015) Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de Familia. pág.153 Bs. As. Ed. Hammurabi.

BASSET, Úrsula Cristina, (2014) La democratización de la filiación asistida. pp. 1 y ss.

BELOFF, Mary (2005) Constitución y los derechos del niño. Buenos Aires.

BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, (2012) El derecho filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas. pp. 141 y ss.

BIDART CAMPOS, Germán J, (2008) Manual de la Constitución Reformada. Tomo III. 3era reimpresión p- 506 y 527.

BUTELER CACERES, José A, (1998), Manual de Derecho Civil Parte General. Primera edición.

COROLEU LLETGT, Buenaventura, (2008) Importancia de los aspectos emocionales en los tratamientos de reproducción asistida.

D'AGOSTINO, F (1991) Elemento para una filosofía de la familia. pp. 11-12. España

GOMEZ BENGOCHEA, B, (2007) Derecho a la identidad y filiación

GONZALEZ, Ana Cecilia, (2016) Técnicas de Reproducción Humana Asistida Heterólogas: El derecho a conocer los orígenes. ¿Legislación versus subjetividad? Acta Bioética pp. 211-227

GRAHAM, Marisa y HERRERA, Marisa (2014) Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea - 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus

HERRERA, Marisa, (2015) Manual del Derecho de las familias, 1ª edición.

HERRERA M, LAMM E, (2014) De identidad a identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga. La Ley 2014; LXXVIII (5): 5-12

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2004) El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. Caso Odievre v France. Bs. As. Abeledo Perrot

KUYUMDJIAN DE WILLIAMS, Patricia (2010) Unidad de Bioética/ UCA- VIDA Y ETICA

LAFFERRIERE, Jorge Nicolás (2010) Instituto de Bioética Pág. 135

RIVERA, Julio Cesar, (2014) Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Editorial La Ley, 2014

RODRIGUEZ ITURBURU, Mariana,(2015) La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad.

RODRIGUEZ ITURBURU, Mariana, (2016)“El anonimato del donante en las técnicas de reproducción asistida. Sistema adoptado por el Código Civil y Comercial.

SANTAMARIA SOLIS, Luis, (2000) Cuadernos de Bioética 2000, 1ª

SEF, Sociedad Española de Fertilidad, (2011) Saber más sobre Fertilidad y Reproducción Asistida.

SIPI Sistema de información sobre la primera infancia en America Latina. Destacado N° 3

ZANNONI, Eduardo, BOSSERT Gustavo, (2016) Manual de Derecho de Familia. 7 edición actualizada y ampliada. Bs. As Astrea

JURISPRUDENCIA

CNFed. Contencioso administrativo sala V ~ 2014-04-29 ~ C., E. M. y otros c. EN-M° SALUD s/ amparo ley 16.986.

LEGISLACION

Constitución Nacional Argentina

Convención sobre los Derechos del Niño Ley 23849

Convención Americana sobre Derechos Humanos .Pacto de San José de Costa Rica

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Código Civil y Comercial de la Nación

Ley 23849 Convención de los Derechos del Niño

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

Ley 26862 Reproducción Humana Asistida

