

## ESCONDER O ENFRENTAR. SILENCIAR O REVELAR. EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES DE LAS PERSONAS NACIDAS POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA\*

MARIANELA LOURDES GERMAIN\*\*

**Resumen:** En este trabajo, la autora pretende determinar la posibilidad de conocer los orígenes de seres humanos nacidos bajo técnicas de reproducción humana asistida. Para ello, procedió a analizar el régimen proyectado en el territorio nacional, conjuntamente, a un análisis de las regulaciones extranjeras. Comprendidos en su trabajo se encuentran las visiones acerca de los derechos de toda persona a formar una familia; los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y el derecho de los terceros involucrados en estas técnicas. Asimismo, realizo una reseña sobre cuestiones históricas y sociológicas, entre otras, que hacen al contexto de estas técnicas; permitiéndole arribar a la conclusión de que el derecho a conocer los orígenes necesita de un abordaje interdisciplinario, que debe darse no sólo desde el Estado; sino especialmente dentro del marco del seno familiar, con los debidos cuidados y afecto que sólo la familia puede brindar; todo esto acompañado de una necesaria y fundamental construcción social para insertar estos cambios en la cultura del país.

**Palabras clave:** derecho de los niños, niñas y adolescentes – derecho de la identidad – derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida – proyecto de reforma del código civil y comercial de 2012 – interdisciplina.

**Abstract:** In this article, the author aims to determine the possibility for human being – borne from assisted human reproduction techniques– of knowing their origins. In order to achieve this, she analyzes drafts of national legislation, together with an analysis of foreign regulations. This work also includes views on the right of every person to form a family; the right of children and adolescents; and the right of third parties involved in these techniques. Furthermore, she performs an overview of historic and sociological

\* El trabajo ha sido realizado en el marco de la asignatura “Técnicas de Reproducción Asistida Profundizado”, a cargo de la profesora Marisa Herrera en la Facultad de Derecho (UBA).

Recepción del Original: 19/05/2014. Aceptación: 24/07/2014.

\*\* Estudiante de Abogacía (UBA). Integrante del Proyecto de Investigación UBACyT 2013-2016, “Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias”, dirigido por Marisa Herrera.

issues, among others, that are part of the context of these techniques; allowing her to arrive at the conclusion that the right to know the origins requires an interdisciplinary approach, which should be not only from the State; but especially within the frame of the family bosom, with proper care and affection that only the family can provide; all this accompanied by a necessary and fundamental social construction to insert these changes in the country's culture.

**Keywords:** rights of children and adolescents – right to identity – right of children born from assisted human reproduction techniques to know their origins – national civil and commercial code reform project from 2012 – interdiscipline.

*“No hay conocimiento del yo sin la ayuda del otro. Nos vemos a nosotros mismos en un espejo formado por sus ojos”, MICHAEL WALZER.*

## I. INTRODUCCIÓN

Una y otra vez vemos como la sociedad avanza, y el derecho queda atrás. Las mismas veces vemos como, cuando se trata de legislar, hay obstáculos basados en la moral de algunos en no querer asumir la realidad social. Y hoy, el derecho a conocer los orígenes es un tema que nos toca de cerca, especialmente en lo que se relaciona a técnicas de reproducción humana asistida. Los niños nacidos por estas técnicas a nivel mundial han superado los cinco millones. Es claro que los infantes devenidos de una relación sexual no son los únicos que existen, sino que con asistencia médica, muchos otros niños pudieron hacerse presentes. Ahora bien, ¿cómo se forma su identidad? ¿Qué tienen que saber? ¿Cuándo? El presente trabajo pretende determinar la posibilidad de conocer los orígenes de seres humanos nacidos bajo técnicas de reproducción humana asistida. La idea es analizar el régimen proyectado en el territorio nacional, conjuntamente, a un análisis de las regulaciones extranjeras.

## II. DERECHOS INVOLUCRADOS

### II. A. El derecho de toda persona a formar una familia

La Constitución Nacional argentina expresa en el artículo 14 bis., tercer párrafo, que la Seguridad Social velará por la protección integral de la familia. El artículo 16 expresa la igualdad de todos ante la ley, que va de la mano con el artículo 75

inciso 23, donde consagra expresamente la “*igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (...)*”.

A su vez, el artículo 75 inciso 22, expone jerarquía superior a las leyes en distintos tratados de índole internacional, donde podemos encontrar, nuevamente, la necesidad de permitir el acceso a formar una familia. Tal es el caso del artículo VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre;<sup>1</sup> artículo 16 inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos;<sup>2</sup> artículo 17 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos;<sup>3</sup> artículo 23 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>4</sup> entre otros.

Con esto se deja en claro que la posibilidad de formar una familia es igual para todos los integrantes del territorio argentino, con lo cual es deber del Estado proveer los medios necesarios para poder hacerlo. Clara manifestación del órgano de gobierno fue el reconocimiento jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida, en principio a nivel de cobertura.<sup>5</sup>

Superado el acceso surgen otros problemas, que inciden especialmente en lo referente a la filiación, por lo cual parte de la respuesta ha sido un Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de la Nación que dejaría en claro problemas que tiene hoy una laguna del derecho.

## II. B. Derechos del niño, niña y adolescentes

Otro tema a considerar se refiere a los niños y niñas que nacen de estas prácticas, especialmente en lo atinente a conocer sus orígenes. Hay que tener en cuenta que esto va ligado plenamente al derecho de la identidad, a formar la personalidad. Es preciso distinguir, a su vez, que siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad es complejo, compuesto por dos aspectos esenciales: uno estático y uno dinámico, donde el primero abarca el semblante genético

1. “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

2. “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

3. “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

4. “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.

5. Ley 26.862, Argentina, 05/06/2013.

y biológico, mientras que el segundo es la construcción que cada uno hace de sí, un proceso que está en constante desarrollo.

El derecho a la dignidad es parte necesaria de este planteo. Así como la información. Y en vista de este derecho, es necesario distinguir qué se pretende cuando hablamos de “informar”. A qué origen nos estamos refiriendo, ya que puede ser que hablemos de la causa por la que fue posible la concepción,<sup>6</sup> o bien, la genética, la identidad estática, en los casos en los que hay que acudir a donación.

Igualmente, es menester destacar que el derecho a conocer el origen, no implica reclamar un derecho filial, lo que será analizado más adelante.

### II. C. Derechos de un tercero, también involucrado

Tanto en los casos de maternidad subrogada, así como lo que a donante de gametos se refiere, hay una nueva persona involucrada, que no tiene que ver ni con los pretensos progenitores, ni con los niños y niñas nacidos de estas técnicas. Hay que precisar que ni la mujer que presta su óvulo para gestar un niño, ni un donante de gametos, tienen intención procreacional.

Según un estudio realizado por la Dra. Lancuba, el 87% de las pacientes perseguían fines altruistas, dado que familiares y/o amigos habrían pasado por la dificultad de tener un hijo. El mismo porcentaje coincidió en que no tenía intenciones de conocer a los receptores.

Entonces, ¿en qué medida es justo revelar la identidad de los donantes? Hay que tener en cuenta el criterio de proporcionalidad entre los derechos en pugna, en cada caso concreto, de ser necesario, revelar ya sea datos identificatorios del donante, o sólo clínicos. Con esto se presentan varios interrogantes, como ser, ¿hasta dónde puede conocer quienes nacen por estas técnicas? ¿Hasta dónde es necesario? ¿Dónde quedan plasmados los derechos de los donantes, tales como a la libertad, entendida como la posibilidad que tienen de prestar sus gametos, sin que ello implique que sea “penalizado”?

Y ahora bien, ¿seguirían existiendo donantes si fuera posible conocer su vida completa? ¿Dónde queda la protección a la vida privada?

6. Nos referimos a este concepto tal como se define en LANCUBA, S., *Las 101 Respuestas sobre fertilidad*, Buenos Aires, Editorial Editing, 2006; cuando se expresa “que la concepción es el proceso de implantación del pre-embrión en el útero, que, fisiológicamente, sucede entre el día 7 y 9 a partir de la fecundación”.

### III. REGULACIONES EXTRANJERAS

Antes de adentrarnos en el derecho argentino, se realizará una breve exposición de la regulación del derecho comparado, tomando en consideración países que tienen expresa prohibición, permisión total, posturas intermedias, y el caso especial de Italia, donde ni siquiera es posible acudir a técnicas heterólogas, es decir, donde no sea encuentra involucrado material genético de ambos miembros de la pareja que quiere procrear, con las críticas pertinentes en cada caso.

#### III. A. Países que revelan la identidad del donante

Reino Unido: Los datos identificatorios del donante se exponen al nacido por técnicas a partir de los 18 años de edad. Sin embargo, desde los 16 años puede acceder a datos no identificatorios.<sup>7</sup>

Australia: Fue en el estado de Victoria, hace nueve años, que las autoridades decidieron que los niños que alcancen la mayoría de edad sean capaces de acceder a la información nominativa de los donantes.<sup>8</sup>

Nueva Zelanda: En principio, se mantenía el anonimato del donante, y a partir del 2004 cambió.<sup>9</sup> La mencionada modificación, introdujo un registro voluntario,<sup>10</sup> donde llamaban a donantes, receptores y niños nacidos por TRHA, a los fines de responder las demandas de información de casos previos a la ley.

Finlandia:<sup>11</sup> La mayoría de edad vuelve a ser el medio por el cual se adquiere capacidad para conocer la identidad del o los donante de gametos u embriones; adquieren derechos para solicitar una copia del consentimiento que firmó el donante, y el código del mismo, para buscarlo en el Registro de Donantes.

Noruega: La identidad de los donantes puede ser informada a las personas nacidas por estas técnicas a partir de los 18 años de edad.<sup>12</sup>

Suecia: En este caso no se dispone una edad fija, sino que depende de la madurez de quien solicite la información identificatoria del donante.<sup>13</sup>

7. Parte 1, Artículo 24, Ley de Fertilización Humana Asistida, 2008.

8. Artículo 79, inciso 1, apartado b, Ley de Tratamiento de Infertilidad 1995, con incorporación del 1/07/2007.

9. Artículo 59 de la Ley de Tecnología de la Reproducción Humana Asistida, Nueva Zelanda, 21/11/2004.

10. Artículo 63 de la Ley de tecnología de la Reproducción Humana Asistida, Nueva Zelanda, 21/11/2004.

11. Ley 1237/2006, 15/10/2006.

12. Artículo 2, inciso 7, Ley de Aplicación de Biotecnología en la medicina humana, Noruega, 05/12/2003.

13. Capítulo 6, Secciones 5 y 7, Ley de Integridad Genética, Suecia, 18/05/2006.

Estos países coinciden en que la posibilidad de conocer a los donantes es determinante para el derecho superior del niño, cumplimentando así su derecho a la identidad. Sin embargo, en gran parte de las citadas leyes, no permiten investigar los datos del donante hasta los 18 años, edad en la que la Convención de Derechos del Niño considera que se deja de serlo. Nos encontramos, entonces, con una contradicción, ya que si bien se reconoce el derecho de la identidad (para los citados países, con la necesidad que implica conocer la genética), no les reconocen la capacidad progresiva. Exceptuado de esto se encuentra Suecia, quién permite analizar la madurez de quién solicita información sobre la identidad del donante.

### III. B. Países que permiten la decisión conjunta entre donantes y receptores

Islandia: Previo al nacimiento del niño, los padres y donantes deben acordar la posibilidad, o no, de dar a conocer los datos genéticos.<sup>14</sup>

En este caso la decisión legislativa es aún peor. Conocer o no la verdad genética depende exclusivamente de adultos, un acuerdo previo incluso al nacimiento. Con esto, nos damos cuenta que no se toma al niño como sujeto a quien hay que reconocerle derechos, sino un objeto sobre el que se decide sin su opinión. Los interrogantes que surgen en este caso versan acerca de qué puede pasar en caso que, posteriormente, el niño o adulto nacido por donación de gametos, quiera conocer su origen genético.

### III. C. Países que lo relativizan - Postura intermedia

República Checa: La información acerca del donante podrá ser expedida por el médico cuando tenga impacto en la salud de la persona nacida por las técnicas de reproducción humana asistida.<sup>15</sup>

Brasil: El principio es el anonimato, pero por razones médicas es posible obtener datos no identificatorios del donante.<sup>16</sup>

14. Artículo 18 de la Regulación 568 de la Ley de Fertilización Asistida, Islandia.

15. Capítulo IV, Parte 3, Sección 27e, inciso 10, de la Ley 227/2006 Coll: Ley sobre la investigación con células madre embrionarias humanas y actividades conexas y en Modificación de algunos actos relacionados, República Checa, 01/06/2006.

16. Artículo IV, incisos 2 y 3, Resolución del Consejo Federal de Medicina número 1957, Brasil, 15/12/2010.

### III. D. Países que mantienen el anonimato del donante

Francia: la ley evolucionó en cuanto se extiende la permisión de donación, puesto que en principio sólo podían donarse espermias, para luego extenderlo a ovocitos y embriones. En ninguno de los casos permite conocer los datos genéticos,<sup>17</sup> imponiendo incluso una penalización, multando a quienes divulguen algún tipo de información.<sup>18</sup>

La prohibición completa es también peligrosa, ya que hay veces que la genética es causal de determinadas enfermedades o bien puede ser utilizada en la cura de ciertas otras.

### III. E. El caso de Italia

En este país no está reconocida la donación de gametos, es decir, que solamente pueden acudir a técnicas de reproducción humana asistida las parejas heterosexuales que tengan imposibilidad de concebir de manera natural. Con esto se elimina completamente la posibilidad tanto a las parejas heterosexuales que tienen algún problema de fertilidad en sus gametos, como también a las parejas homosexuales que tienen infertilidad estructural.<sup>19</sup>

## IV. PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - DERECHO ARGENTINO<sup>20</sup>

### IV. A. El punto de partida: Una nueva fuente filial

En el texto proyectado se incluye una nueva fuente filiatoria, que reconoce la realidad fáctica de las técnicas de reproducción asistida.<sup>21</sup> Se habla expresamente de

17. Artículos 311-19; 311-20, del Código Civil Francés, 2004-800, Francia, 06/08/2004.

18. Artículo 1273-3 según el Código de Salud Pública vigente al 27/04/2014, consultado en: [<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20140427>].

19. Se conoce así a la imposibilidad fáctica de las parejas homosexuales de concebir, puesto que poseen los mismos gametos.

20. Se deja constancia que el análisis versará sobre el texto entregado por la Comisión Redactora, hablando en determinados momentos de los cambios introducidos en el debate.

21. El artículo 558 del Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de la Nación expresa: “- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza

la “voluntad procreacional”,<sup>22</sup> donde enuncia que la fuente filial se reconoce con la prestación del consentimiento libre e informado recabado previo a la utilización de técnicas de reproducción humana asistida,<sup>23</sup> a renovarse cada vez que se vuelva a realizar una técnica. En el mismo artículo se plasma explícitamente que la filiación es independiente del aporte de gametos. En consonancia con lo expuesto, el artículo 575 expresa que “no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”, en casos que se haya utilizado donación de gametos. En armonía con esto, en el artículo 588, donde se habla de la impugnación de la maternidad, aduce que el vínculo genético no podrá ser invocado si medió libre consentimiento, previo e informado. En los artículos siguientes (589/591/592/593) se vuelve a remarcar la independencia del aporte de gametos en los casos en los que hay que impugnar la filiación presumida por ley, negar la misma, impugnarla preventivamente, o bien, impugnar el reconocimiento. En todos los casos mencionados se salvaguarda la importancia del consentimiento libre, previo e informado al momento de realizar la técnica de reproducción humana asistida.

Es necesario destacar que en el proyecto se habla de técnicas de reproducción *médicamente* asistida, lo que deja de lado las prácticas caseras, justamente por la importancia que tiene recabar el consentimiento en estos métodos.

#### IV. B. Derecho a la información

En el texto proyectado, existe un artículo que habla exclusivamente del derecho de la información, y es el número 564, que reza “Derecho a la información en las 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. A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede: a) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local. b) Obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud”.

Como es de observar, habla exclusivamente de quienes han nacido gracias a donación de gametos. Y en los incisos siguientes refiere que el anonimato del

---

o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de DOS (2) filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

22. Artículo 561 del citado proyecto.

23. Artículo 575 del texto proyectado.

donante puede ceder frente a razones debidamente fundadas, evaluadas por el juez competente, y que el centro debe aportar los datos cuando exista riesgo de salud.

La edad para acceder a la información de los donantes no está determinada en forma expresa, sino que depende del grado de madurez del niño. Asimismo, agrega como requisito que conste en los legajos de los niños nacidos por estas técnicas la información pertinente para conocer su origen.

#### IV. C. Lo que no fue - La maternidad subrogada

Los votos en contra, cuando el proyecto fue analizado por la Cámara de Senadores, permitió que se elimine el texto que habla de gestación por sustitución (materia que, de por sí, tenía amplio rechazo). Sin embargo, al ser una práctica frecuente, que empezó a vislumbrarse con mayor trascendencia a partir de fallos que tuvieron impacto social gracias a los medios masivos de comunicación, se procederá a analizarlo.

La comisión redactora hizo un análisis pormenorizado de la situación fáctica que se da en el país y concluyó con la entrega de un proyecto de código donde se preveía la gestación por sustitución.<sup>24</sup> Con esto se rompían los esquemas de la codificación actual, que tiene como madre jurídica a la persona que pare un niño, permitiendo la posibilidad de gestar para otro. Esta práctica, abría dos vertientes, en primer lugar, permitía que una mujer con problemas biológicos (por ejemplo, en los casos de transexuales) o médicos (tales como el síndrome de Rokitanski),<sup>25</sup> pudieran formar una familia. En segundo lugar, eliminaba la desigualdad, vista en dos facetas: por un lado, entre parejas heterosexuales que no pudieran concebir por las razones previamente planteadas; y por el otro, entre parejas homosexuales, puesto que una pareja de mujeres podía formar un proyecto de co-maternidad, y no así una pareja de hombres. Lo mismo aplicaba para proyectos de monoparentalidad, donde era posible tener un hijo siendo mujer (nuevamente, sin problemas biológicos o médicos) y no así siendo hombre.

El proyecto dejaba constancia que se trataba de un trámite que requería autorización judicial previa, sin la cual se determinaría la filiación por las reglas de filiación por naturaleza. Conjuntamente, establecía otros requisitos, dejando en claro que era un listado meramente enumerativo, previendo la posibilidad de ser ampliado por una ley especial. Con esto deja en claro que la intención no es permitir que

24. Artículo 562 del Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de la Nación.

25. Se conoce por sus siglas en inglés como MRKHS y también se llama agenesia mulleriana o agenesia vaginal. Es un trastorno congénito en mujeres en las que los conductos de Müller embrionarios no se desarrollan y como consecuencia se presenta una amenorrea primaria con ausencia de vagina y útero pero con ovarios funcionales.

se acuda a la técnica por motivos estéticos, sino más bien, por la imposibilidad de concebir o llevar un embarazo a término.<sup>26</sup>

Otro de los argumentos esgrimidos para la eliminación de esta práctica, fue la creencia que la mujer que gestara, sería considerada un “objeto”. Sin embargo, entrevistas realizadas a psicólogas especialistas en estos temas, dan a conocer que dentro de los datos conocidos, muchas mujeres gestan con fines altruistas por el gran vínculo que tienen con la persona que desea ser madre o padre.

#### *IV. C.1. Cuando la realidad supera la ficción*

Es preciso destacar que si bien fue eliminado del proyecto de reforma, como fue mencionado anteriormente, existe jurisprudencia que ha aceptado la práctica en nuestro país. Para dar algunos ejemplos, nos encontramos, en primer término, con el caso de dos hombres que plantean un amparo con el fin de inscribir a su futuro hijo o hija (desconocido hasta ese momento el sexo, que resultó ser Tobías), como hijo de ambos, por una gestación realizada en la India (donde la práctica es legal), lo que es aceptado por la Dra. Elena Liberatori, quién se ampara en el derecho superior del niño, el derecho de la identidad, la no discriminación por la orientación sexual, y la protección de las relaciones familiares.<sup>27</sup> El 18/06/2013,<sup>28</sup> en un fallo histórico, la Jueza del Juzgado Nacional Civil número 86, Dra. María Bacigalupo de Girard, hace lugar a la demanda iniciada por los padres de una niña nacida por maternidad subrogada. Pone especial acento en la voluntad procreacional de los padres, y tiene por demostrado el vínculo afectivo que une a la madre gestante con el matrimonio reclamante. En tercer lugar, nos encontramos con el fallo B. M. A. c/F. C. C. R. s/ordinario del 19/11/2013,<sup>29</sup> de Gualeguay, donde se deja sin efecto lo expresado por el artículo 242 del Código Civil actual y reconoce como madre a la mujer que aporta los óvulos para la formación del embrión. Se funda la decisión en la voluntad procreacional, teniendo en cuenta que existía conformidad de todos los involucrados. El juez del caso, Gustavo Piquet, deja constancia, asimismo, que la gestación por sustitución debe ser regulada para poder lograr seguridad jurídica. A su vez, aduce que no se viola el interés superior del niño, ya que la familia lo deseó, y no hubiese sido posible su nacimiento sin acudir a esta figura.

26. Inciso d del Artículo 562 del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

27. Juz. Cont. Adm., CABA 22/03/2012.

28. NN O D. G. M. B. M. S/ INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO, 18/06/2013, Juzgado Nacional Civil N° 86.

29. MJ-JU-M-83567-AR, MJJ83567.

## V. LA OPINIÓN DE LOS PROFESIONALES DE LA MEDICINA

Existe en Argentina una sociedad científica dedicada exclusivamente a tratar temas relativos a la fertilidad: La Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMeR). La misma fue creadora de un Código de Ética donde plasma, entre otras cosas, qué hacer cuando se procede a la donación de gametos y embriones.<sup>30</sup> Si bien tienen en cuenta la pugna de derechos involucrados, recomiendan en ambos casos el anonimato. En un inciso posterior reconocen que no existirá vínculo entre donantes y receptores. Finalmente, prevén la posibilidad de tener conocimiento acerca de la información clínica no identificatoria del donante, para un correcto cuidado de la persona nacida.

## VI. ¿UNA CUESTIÓN HISTÓRICA?

Es necesario analizar por qué existió semejante crítica al acuerdo logrado por la comisión redactora. No hay que olvidar que los hechos suscitados durante la última dictadura militar que vivió el país se caracterizaron, entre otras cosas, por la sustracción ilegal de niños a quienes se incluía arbitrariamente en otra familia y donde la mayoría fue imposibilitada de conocer la verdadera historia de su vida. Esto remarca el peso que tiene el derecho a la identidad en un país como el nuestro, donde conocer el origen es algo imprescindible para todos. Sin embargo, no sería asimilable, puesto que los niños y niñas que vivieron en la dictadura, fueron sustraídos ilegalmente de parejas que habían querido ser padres y madres de los mismos. Caso que no tiene que ver en absoluto con la donación de gametos, donde los donantes proporcionan una célula para que otra persona pueda cumplir su deseo de tener un hijo.

## VII. ARGUMENTOS EN CONTRA DEL ANONIMATO

Es preciso destacar que existe doctrina que considera que sería discriminatorio no permitir el conocimiento del donante a los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida. El fundamento se encuentra en que, quienes han sido concebidos de manera natural, tienen la posibilidad de tener acceso a la genética de sus progenitores, mientras que no podrían los nacidos con gametos donados.

Seguidamente, exponen como otra forma de discriminación, la diferencia que existe entre niños y niñas nacidas por técnicas de reproducción asistida, y los que

30. Artículos 6 y 7 del Código de Ética en Reproducción Asistida, SAMeR, 27/08/2012.

han pasado por un proceso de adopción. Como expresan las Dras. Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, es un argumento absurdo, puesto que la plataforma fáctica es distinta. En el caso de niños y niñas adoptados, han tenido una familia biológica, que por algún motivo, no pudo hacerse cargo, o bien, no era idónea para su cuidado, mientras que en el caso de niños y niñas nacidas por donación en técnicas de reproducción humana asistida, no tienen el “peso de la historia” que lo anterior conlleva.<sup>31</sup>

### VIII. TEMORES EN EL PROCESO DE DONACIÓN - MITOS Y VERDADES

Como bien dice la Dra. Kemelmajer de Carlucci, la falta de información hace que se generen temores. Esto trae como lógica consecuencia que las opiniones, en lugar de ser fundadas en argumentos de peso, se lleven adelante con prejuicios.

Las personas que han de tramitar el proceso de donación de gametos, tienen particular miedo de que la genética traiga como consecuencia la herencia de determinadas conductas, o gustos, que no sean compatibles con ellos, que desean tener un hijo. Hay que tener en cuenta que el carácter, los gustos musicales, entre otros ejemplos, no tienen que ver con un legado genético, sino que son características que se construyen en el vínculo que se desarrolla en el contexto socio cultural que vive el niño o la niña. Tiene que ver con la identidad dinámica, comentada previamente. La herencia genética, sin embargo, puede versar sobre otros temas, en algunos casos, como ser enfermedades.

Lamentablemente, para seguir sumando desconfianza en estas prácticas, en 2012 se emitió en una famosa empresa de televisión, una novela que tuvo como protagonista a un hombre de 45 años de edad, viudo, sin hijos, que en su juventud había reunido dinero con la donación de espermas. El trasfondo del mismo explica que 144 jóvenes, frutos de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, con semen donado, se realizan prácticas de histocompatibilidad, las que traen como consecuencia la asunción de la paternidad de cada uno de ellos.

El programa solo marcó un juicio erróneo sobre la donación de gametos en técnicas de reproducción humana asistida, dado que nunca se dejó en claro que la idea del protagonista nunca fue ser padre, por lo cual no habría oportunidad alguna para reclamar cualquier tipo de filiación con él.

Se extrae, entonces, que es imperiosamente necesario desmitificar las prácticas, educando para generar el consentimiento libre e informado de las mismas.

31. Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LAMM, E., “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”, en *La Ley*, Buenos Aires, Octubre de 2012.

### VIII. A. Concepto sociológico de la maternidad

Hay que tener en cuenta que a nivel social, la maternidad está vista como punto determinante de la femineidad. Y una vez que se es madre, la construcción social importa que sea ella quien se encarga del aseo, cuidado, educación del niño. Al ser una sociedad construida desde el patriarcado, el rol materno, la intención de ser madre, es algo muy ligado, con lo que muchas veces, al chocar esto con el desarrollo profesional, genera un sentimiento de culpa, angustia, depresión frente a los hijos.

Asimismo no hay que perder de vista que gestar a un niño, y dar a luz, es un proceso que conlleva un inmenso agregado de emociones. Son sentimientos encontrados. Entonces, si eso sucede cuando la experiencia es propia, imaginen lo difícil de gestar para otra persona<sup>32</sup>. Sumado a este proceso, de por sí complejo, hay que sumar la construcción social que conlleva alrededor y el “qué dirán” colectivo, en tanto que esa mujer, embarazada, finalmente no tiene al niño que gestó en brazos.

### VIII. B. Jurisprudencia

El pasado abril, se dictó sentencia de cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V.<sup>33</sup> En la misma se plantea una acción de amparo de una pareja por derecho propio, y en representación de sus dos hijas, quienes piden que se cree un registro con la información de donantes, con el fin que sus hijas, y todas las personas nacidas por donación de gametos conozcan su identidad biológica a partir de la autorización judicial. Se amparan en derechos como el de la salud, la procreación, la protección familiar y la identidad.

Fundamentan las pretensiones, principalmente, en el derecho a la identidad, y comparan permanentemente la figura de los nacidos por donación de gametos, con los niños adoptados.

En primera instancia se rechazó puesto que el juez no encontró fundamentos suficientes para interponer un amparo. Razón por la cual la parte actora apela, y se toma como resolución admitir en parte el recurso, y hacer lugar, en parte, a la demanda. Ordenan al Estado Nacional, que por intermedio del Ministerio de Salud lleve a cabo la protección de datos de los donantes de gametos, hasta tanto el Congreso Nacional dicte la regulación acorde a la materia. A su vez, el juez Pablo Gallegos Fedriani agrega que no hacer lugar a la demanda, tomándolo como un

32. MONTSE, J., “Crear el Nacimiento: La medicalización de los conflictos en la reproducción”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N° 53, Barcelona, Junio 1991, pp. 29-51.

33. Cámara en lo Contencioso Administrativo, Sala V; 04/2014, “C., E.M. c/EN-M Salud s/amparo Ley 16.986”, Inédito.

amparo colectivo, influiría negativamente en los derechos fundamentales de personas nacidas con gametos donados.

Observamos que, nuevamente, se cuelan ideologías. En primer lugar, el de los progenitores de las niñas, en cuanto son ellos mismos –por lo que podemos inferir– quienes quieren conocer a los donantes, sin tener la preparación psicológica para asumir la renuncia a la genética, incorporando que los roles de padre y madre van más allá de la identidad estática que ello implica. En segundo lugar, la de los jueces, quienes no resuelven el tema de fondo, sin dejar en claro las distinciones entre la identidad estática y dinámica, y asemejan situaciones que no son tales: niños nacidos por donación de gametos comparados con niños que están en proceso de adopción, niños robados en la dictadura militar. Asimismo, la terminología utilizada da un peso fuerte en cuanto a las creencias propias, teniendo en cuenta que en varias situaciones, hablan de “preservar” datos, cuando manifiestamente se infiere que lo que desean es permitir el acceso ilimitado a los mismos.

#### IX. ¿POR QUÉ EL PROYECTO NO ELIGE UN RANGO ETÁREO PARA ACCEDER A LA INFORMACIÓN?

A la luz de los tratados de derechos humanos de los que la República Argentina es parte, el proyecto de reforma propone que se tenga en cuenta la autonomía progresiva. En este campo se adentra en conceptos más profundos que la normativa actual, haciendo un análisis armonioso de la persona, evaluando el discernimiento, la madurez, y el desarrollo cognitivo.<sup>34</sup> Hay que dejar en claro, nuevamente, que la decisión no es caprichosa: la jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido, en casos tales como “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del año 2003.<sup>35</sup> Sumado a esto, se reconoce al niño como sujeto de derecho, adhiriéndoles un plus de cuidado por considerarse un grupo

34. HERRERA, M. y DE LA TORRE, N., “Biopolítica y salud. El rol del Estado en la prevención del daño en adolescentes. Autonomía y paternalismo justificado”, en *RDD, Daños a la Salud*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2011.

35. TSJ, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14/10/2003, Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires, LL, 2004-B- 413. La Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y la Asociación Pro Familia, promovieron demanda contra la Ciudad de Buenos Aires a fin que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 7 de la Ley 418 y su modificatoria 439, de salud reproductiva y procreación responsable. El Gobierno de la Ciudad rechazó la acción. El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires rechazó la demanda de inconstitucionalidad.

vulnerable.<sup>36</sup> El código proyectado recepta esta idea de desarrollo, admitiendo que la edad cronológica no es suficiente. Otro argumento para esto, yace en la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>37</sup> cuando expresa: “Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de tres años no es igual a la de un adolescente de dieciséis años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.

Finalmente, cabe destacar que se presume la madurez y el grado de desarrollo necesario cuando es el mismo niño, niña o adolescente quien quiere acceder a su legajo.

## X. OPINIONES SOBRE EL PROYECTO

Es lógica la opción asumida por el código proyectado. En primer lugar, al referirse a técnicas heterólogas, puesto que la causa fuente de la concepción no sería un tema conducente a formar la personalidad de una persona nacida por técnicas de reproducción humana asistida.

En segundo lugar, los incisos incorporados en el artículo 564 van en armonía con el texto. En el caso de la obligatoriedad de los centros en brindar información sobre el donante por riesgos de salud, esto es importante para disminuir caer en mayores peligros que impliquen la fuga de presupuesto del Estado en pos de solucionar un problema que podría haberse previsto. En tercer lugar, da la posibilidad de exponer razones fundadas para poder conocer la identidad del donante. A pesar de ello, es necesario expresar que no es fácil de pensar que una persona nacida con ayuda de estas prácticas desee conocer a la persona que aportó sus gametos. Como se dijo anteriormente, la personalidad comprende un aspecto dinámico, que se va construyendo con el día a día, y no a través de los genes. Más claro aún está esta consideración al tener en cuenta que la filiación no depende pura y exclusivamente de la genética en estos casos. La comisión redactora deja en claro dos aspectos: en primer lugar, que la donación dentro del seno de una pareja, se materializa con un consentimiento informado, y la filiación se determina por la voluntad de haber optado por formar una familia, independientemente de la genética. En segundo lugar,

36. HERRERA, M. y DE LA TORRE, N., “Biopolítica... ob. cit.

37. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.

expresa que en ningún caso existirá, ni podrá siquiera reclamarse, un vínculo filiatorio al donante. Esto también es relevante. El donante no tuvo intención de ser padre, o madre, sino que permitió que gracias a sus gametos otra u otras personas pudieran lograr su proyecto de familia. Ciertamente es, también, que el vínculo que debería unir a los hijos con sus progenitores debería ser suficiente para que el nacido con ayuda de la ciencia no necesite interactuar con otra persona para establecer un lazo.

## XI. PALABRAS FINALES

A modo de conclusión, es necesario entender, primeramente, que la verdad y la sinceridad que reciban los niños será fundamental para el desarrollo de su identidad. Es necesario, para esto, informar y educar. Y esto es una herramienta que debe proporcionar el Estado, aunque es cierto que al fin y al cabo, es una decisión que se da en el seno de una familia. Sin embargo, cuántas más herramientas tengan los adultos, mejor será la transmisión que se les haga a niños y niñas acerca de su origen. Para esto también es necesaria la interdisciplina, ya que admitir una enfermedad que marque la renuncia a lo genético es una cuestión compleja de admitir. A su vez, hay que entender que cuando un niño o niña nace, debe ser acogido dentro del seno familiar, hablarle, mimarlo, contenerlo, y es ahí donde construirá su identidad: en los vínculos.

Ciertamente es que cuanto más internalizado esté el problema por el/la/los/las progenitor/a/es/as, más fácil será transmitirlo a los niños y niñas. Este es el caso de las parejas homosexuales, pues asumen que, infaliblemente, tienen una infertilidad estructural que no les permite ser madres o padres por sí. Por tanto, provocarían que niños nacidos de padres heterosexuales, concebidos de la misma forma, estén en desventaja, por no poder conocer la verdad, si los miembros de la pareja que recibió donación no lo expresa.

El proyecto asume una postura intermedia, donde si bien el principio es el anonimato, cede fácilmente frente a algún problema clínico. Por otro lado, los datos identificatorios son conocibles, en tanto y en cuanto medien razones fundadas. En este caso se acudiría a una discrecionalidad judicial, donde se evaluaría la proporcionalidad de los derechos, viendo qué es mejor para ambas partes.

Finalmente, como siempre pasa, esto es una construcción social, que será insertada de a poco en la cultura. Así como lo fueron los hijos de padres divorciados, los niños y niñas adoptados; los niños y niñas nacidos por donación de gametos; así como los nacidos de gestación por sustitución, son hoy, una realidad, que hay que proteger y educar para que no sufran discriminación alguna.

## BIBLIOGRAFÍA

- HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia, “Biopolítica y salud. El rol del Estado en la prevención del daño en adolescentes. Autonomía y paternalismo justificado”, en *RDD, Daños a la salud*, Rubinzal-Culzoni, 20011-3-551.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”, en *La Ley*, Buenos Aires, Octubre de 2012.
- MONTSE, Juan, “Crear el Nacimiento: La medicalización de los conflictos en la reproducción”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N° 53, Barcelona, Junio 1991, pp. 29-51.