

Voces: DERECHO A LA IDENTIDAD ~ DERECHO A LA VERDAD ~ FILIACION ~ DERECHO A LA INFORMACION ~ FECUNDACION ASISTIDA ~ INSEMINACION ARTIFICIAL ~ VINCULO DE FAMILIA ~ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO ~ PROTECCION DEL MENOR ~ DERECHOS DEL MENOR ~ INTERES DEL MENOR ~ PROYECTOS DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL ~ CODIGO CIVIL ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ REFORMA DEL CODIGO CIVIL ~ VINCULO BIOLOGICO ~ ADOPCION ~ DONACION DE CELULAS REPRODUCTIVAS ~ DERECHO A LA INTIMIDAD

Título: Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico

Autores: Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Lamm, Eleonora

Publicado en: LA LEY 09/10/2012, 09/10/2012, 1 - LA LEY2012-E, 1257

Cita Online: AR/DOC/5149/2012

Sumario: I. Preliminares.- II. Una tendencia de los últimos años.- III. Conclusiones.

Abstract: No se priva a la persona nacida mediante técnicas de reproducción humana asistida del derecho a conocer su origen genético; tiene la posibilidad de acceder a esa información, pero mediante un trámite judicial en el que deben encontrar protección los otros intereses involucrados -los del donante- todo a la luz del principio de proporcionalidad

I. Preliminares.

I.1. Los temores

Los temas nuevos, especialmente los vinculados a otras áreas del saber científico, generan temores; muchos de ellos tienen origen en la falta de información suficiente. Tal es lo que sucede con la reproducción humana asistida.

Nadie afirma que la legislación argentina puede seguir silenciando esta realidad científica. Estamos, pues, en una etapa de debate e intercambio de ideas sobre qué y cómo regular. Creemos necesario, entonces, transmitir nuestras reflexiones tendientes a responder a algunas críticas formuladas al proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, actualmente, bajo tratamiento en la Comisión Bicameral.

I.2. Los puntos de partida. El derecho a la identidad como un derecho humano. La identidad estática y dinámica

Cualquiera sea la ideología que se comparta, existe coincidencia en el punto de partida: El derecho a la identidad es un derecho humano. Cuando involucra a personas menores de edad, ese derecho se encuentra expresamente receptado en los arts. 7º, 8º y 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño. En consecuencia, el derecho a la identidad comprende el de todo niño a: estar inscripto inmediatamente después de su nacimiento, tener vínculo filial, un nombre, una nacionalidad y, en la medida de lo posible, conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7º). También tiene derecho a que su identidad sea preservada en las relaciones familiares sin injerencias indebidas (art. 8º) y a vivir y permanecer con la familia de origen, excepto que ello no sea posible por razones fundadas en el interés superior del niño (art. 9º). El derecho a la identidad nuclea, entonces, otros derechos que ostentan autonomía o entidad propia. Uno de ellos es el derecho a conocer los orígenes.

Por otra parte, también parece haber acuerdo en que el derecho a la identidad presenta una doble dimensión: estática y dinámica. La identidad estática responde a la concepción restrictiva de "identificación" (huellas digitales, fecha y lugar de nacimiento, el nombre de los progenitores, entre otros datos) y, por eso, como regla, se construye sobre los datos físicos o si se quiere, materiales de una persona. La identidad en su faz dinámica involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida; por lo tanto, comprende su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural. [\(1\)](#)

I.3. El derecho a conocer y el derecho a establecer vínculos filiales

En el contexto descripto, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce, por un lado, el derecho a tener vínculo filial -que se deriva de un régimen legal para la determinación de la filiación- y por otro, el derecho a conocer los orígenes.

Ambos derechos (a tener vínculo filial y a conocer los orígenes) van de la mano cuando se trata de filiación por naturaleza: los niños con quienes se determina un vínculo filial desarrollan con los progenitores el derecho a conocer los orígenes en tanto ellos forman parte de esos orígenes.

Ahora bien, los lazos biológicos o naturales no son la única fuente de vínculos jurídicos filiales; aunque la adopción no fue reconocida por Vélez Sarsfield, se incorporó al ordenamiento jurídico argentino hace ya muchos años. Precisamente, ha sido en el marco de la adopción en la que el derecho a conocer los orígenes ha tenido un gran desarrollo, ya que aquí se produce un desmembramiento entre el vínculo jurídico forjado con los adoptantes y el derecho a conocer los orígenes que lo une a la familia biológica. Según la situación fáctica-afectiva planteada, el niño pudo haber tenido con esa familia biológica una historia más o menos larga; pudo haber vivido algunos años con sus padres biológicos, abuelos, o algún referente afectivo; haber estado en un hogar en el que era visitado cada tanto por algún miembro de la familia; haber tenido hermanos con quienes mantiene o no algún lazo afectivo; haber sido criado por uno de sus padres hasta el fallecimiento y el otro no se pudo hacer cargo, etc. Muchas pudieron haber sido las causas por las cuales la adopción fue para ese niño la mejor alternativa. Hay una historia, o como diría Eva Giberti, una "biografía", o "relato", que el derecho no debe silenciar; por el contrario, hay un deber jurídico estatal en procurar que se resguarde toda información referida a este pasado que hace a la identidad de ese niño, tanto estática como dinámica (conf. arts. 595 y 596 del proyecto de reforma).

La tercera causa fuente filial que propone el proyecto de reforma del Código Civil es la derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida, cuyo material genético puede provenir de la pareja comitente (homóloga) o de un tercero (heteróloga). En este último supuesto, se plantea el derecho a conocer los orígenes, cuya comprensión, extensión y desarrollo exige tener presente las dos vertientes del derecho a la identidad antes aludidas: estática y dinámica.

I.4. El derecho a conocer los orígenes biológicos en la adopción y el derecho a conocer el origen genético en las técnicas de reproducción humana asistida.

La comparación del derecho a conocer los orígenes en la adopción y en la reproducción humana asistida muestra claramente un mayor peso en la primera, porque comprende la identidad estática (quiénes son los padres) y la dinámica (historia de ese niño); en definitiva, son los orígenes biológicos (bio, vida); en la segunda, en cambio, afecta sólo a la identidad estática y está circunscripta a un solo dato, el genético; por eso, con mayor precisión, se habla del "derecho a la información".

I.5. La información identificatoria y no identificatoria

La doctrina y la legislación comparada distinguen:

(a) información no identificatoria, es decir, aquella que permite conocer simples datos genéticos sobre el donante, y

(b) información identificatoria, que permite conocer nombre y apellido del donante; de cualquier modo, esta identificación no lleva al derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación; estas técnicas no generan vínculo jurídico con el donante porque los niños que nacen de técnicas de reproducción asistida ya tienen un vínculo jurídico: el que une al niño con quienes prestaron la correspondiente voluntad procreacional.

I.6. El texto proyectado y su justificación

El art. 564 dispone:

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.

¿Qué postura adopta este texto?

La más equilibrada, la denominada posición "intermedia", que responde a estas particularidades:

a) regula ambos aspectos del derecho a la información (identificatoria y no identificatoria)

b) la no identificatoria es más amplia (puede ser solicitada para el niño, cualquiera sea la edad, incluso por terceros, como son los médicos) y se accede a ella rápida y fácilmente (no requiere intervención judicial).

c) la identificatoria del donante tiene más limitaciones (exige intervención judicial)

¿Por qué las mayores restricciones de la segunda? La razón es sencilla: si la donación no fuese anónima (el anonimato es la consecuencia de la restricción al acceso a la información identificatoria) no habría donantes. La limitación del derecho individual a conocer es, entonces, constitucionalmente válida a la luz del principio de proporcionalidad, dado que tiene en miras otro derecho que no sólo ha permitido que esa persona pueda nacer, sino también que lo hagan otras personas.

En suma, no se priva a la persona nacida mediante técnicas de reproducción humana asistida del derecho a conocer su origen genético; tiene la posibilidad de acceder a esa información, pero mediante un trámite judicial en el que deben encontrar protección los otros intereses involucrados -los del donante- todo a la luz del principio de proporcionalidad

De cualquier modo, es necesario advertir que:

(A) La facultad del hijo no implica una reivindicación de lo puramente genético, sino el acceso a una información que, de alguna manera, se vincula a su persona, su dignidad, su identidad, aun cuando está referida a un solo dato;

(B) Se diferencia de la adopción por las razones antes explicadas. Debe, pues, "desmitificarse" o, al menos, no igualar situaciones bien distintas: en la adopción se tuvo otros padres —los biológicos— y por ende, abuelos, tíos, etc. La fuerza del "peso de la historia", en cambio, no está presente en los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida

(C) El principio de realidad impone no obviar ni silenciar las opiniones de quienes provienen de un campo del saber comprometido con el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Nos referimos a los profesionales de la medicina que trabajan cotidianamente con el tema. En este contexto, cabe destacar la postura adoptada por el SAMER (Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva) organización de reconocida trayectoria que nuclea a los principales referentes de la medicina especializada del país, expresada en un "Código de Ética" [\(2\)](#) elaborado con el consenso de sus integrantes.

Este documento pone especial atención en la tensión existente entre el derecho a conocer los orígenes y el derecho de toda persona a aprovechar el desarrollo de la ciencia médica; se preocupa, por ende, de la incidencia que el anonimato en la donación de material genético (óvulo o espermatozoide) puedan tener en el derecho a formar una familia.

Pues bien, el punto 6 referido a la "Donación de gametos" dice:

"6.1. Los gametos obtenidos para donación provendrán de personas mayores de edad. 6.2. Se sugiere mantener el anonimato entre el donante y el receptor de los gametos y que no los una ningún tipo de vínculo. 6.3. Todas las personas concebidas por técnicas de reproducción asistida con gametos donados tienen el derecho a conocer su origen genético. 6.4. La donación de gametos debe ser altruista y anónima. Sin embargo, hay que considerar la compensación económica por lucro cesante, viáticos, etcétera. 6.5. Las personas concebidas por gametos donados y los donantes de gametos deben ser protegidas de las probables consecuencias de tener muchos hermanos e hijos genéticos, por lo que los gametos provenientes de un mismo donante deben ser usados por un número limitado de receptoras de acuerdo a las Normativas de SAMeR. 6.6. Las personas que conciben a través del uso de gametos donados tienen derecho a contar con información clínica relevante del donante para un correcto cuidado de la persona nacida. 6.7. El centro debe velar por la atención médica necesaria y adecuada de los donantes de gametos y de sus complicaciones".

Voces autorizadas que provienen de profesionales que trabajan en la temática siguen la postura de anonimato relativo o "equilibrado" con el fin de mantener todos los derechos en pugna, incluido el de tener acceso al

desarrollo de la ciencia médica y el derecho a formar una familia mediante la reproducción humana heteróloga, que implica la existencia de donantes.

De cualquier modo, el problema es complejo. Creemos que conocer las principales tendencias del derecho comparado puede servir para la mejor comprensión de esta complejidad.

II. Una tendencia de los últimos años

Algunos países que acogieron legislativamente la regla del anonimato de las donaciones, en los últimos años, han comenzado a cuestionarla. Se invocan valores reconocidos como esenciales desde la perspectiva de los derechos humanos, tales como el "derecho fundamental de toda persona a no ser privada, a sabiendas, por la institución médica o el Estado, del derecho a acceder a la información que le concierne, y más particularmente las referidas a sus orígenes". (3) Con estas argumentaciones, la exigencia absoluta de anonimato de los donantes ha desaparecido en muchos países.

Esos países, que venían de un sistema de anonimato rígido, con el desarrollo durante años de las técnicas de reproducción humana asistida con material de terceros han aprendido a construir una "cultura de la donación" y por ello han mutado de un sistema a otro.

Sin perjuicio del auge de esta tendencia, cabe enumerar las siguientes posiciones existentes en el derecho comparado:

- a) Países que mantienen y conservan la figura del anonimato.
- b) Países que no permiten acceder a la identidad pero sí a los datos médicos.
- c) Países que prevén la "doble ventanilla", sistema que permite a los donantes de gametos de ambos sexos optar entre efectuar una donación anónima o no, y a la pareja beneficiaria, la opción entre gametos anónimos o identificables.
- d) Países que prevén el anonimato como regla pero con la posibilidad de conocer la identidad del donante en determinadas circunstancias, es decir, sistema del anonimato relativo.
- e) Países que han eliminado la figura del anonimato del donante consagrando plenamente el derecho a conocer el propio origen genético.

Véase el siguiente cuadro:

[\(4\)](#) [\(5\)](#) [\(6\)](#) [\(7\)](#) [\(8\)](#) [\(9\)](#) [\(10\)](#) [\(11\)](#) [\(12\)](#) [\(13\)](#)

[\(14\)](#) [\(15\)](#) [\(16\)](#) [\(17\)](#) [\(18\)](#) [\(19\)](#) [\(20\)](#)

[\(21\)](#) [\(22\)](#) [\(23\)](#)

III. Conclusiones

El proyecto adopta una solución "intermedia" entre el anonimato absoluto y el levantamiento total del anonimato. Se procura una solución equilibrada para garantizar:

a. La existencia de donantes y, consecuentemente, la satisfacción del derecho a formar una familia, a gozar de los beneficios del progreso científico, a la vida familiar, a la igualdad, a la autonomía personal, a la libre elección del plan de vida y a la dignidad que protege el art. 19 de la Constitución Nacional.

b. El derecho del niño nacido por técnicas a conocer su origen genético. El niño siempre va a poder conocer de manera sencilla -por información del centro de salud a su sola petición- información genética es decir, no identificatoria.

c. El derecho a conocer el nombre y apellido del donante, sólo por razones fundadas.

En definitiva, y como bien lo ha expresado la reconocida historiadora y psicoanalista Elisabeth Roudinesco: "No deberíamos temer cambiar leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia. Desde finales del siglo 19, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de derechos de los padres, el aborto... Siempre se nos está diciendo que un apocalipsis está a punto de pasar, ¡y nunca pasa! Apocalipsis sería una humanidad que no quiera hijos".

El proyecto responde a una realidad indiscutida: el desarrollo de la ciencia médica. Ser madre o padre por el aporte de material genético de un tercero es una posibilidad cierta. Muchos niños han nacido de esta manera; abrir el anonimato sin restricciones de ningún tipo implicará cercenar este camino para seguir bregando a favor de las personas que quieren tener hijos y formar una familia en la cual ellos puedan desarrollar plenamente sus derechos fundamentales.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho a la Identidad Personal", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 15 y ss.

(2) http://www.samer.org.ar/docs/codigo_de_etica_de_reproduccion.pdf, compulsada el 27/08/2012.

(3) THERY, I., "El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento". Revista de Antropología Social. Num. 18. Madrid. 2009, p. 21.

(4) Relativa a la donación y utilización de componentes y productos del cuerpo humano, la procreación médicamente asistida y diagnóstico prenatal.

(5) Este anonimato no es total. En realidad, la identidad del donante es perfectamente conocida por el Centro de Estudio y Conservación de Espermatozoides y Embriones (CECOS), recogida en sus informes y accesible a sus médicos. THÉRY, I., "El anonimato en las donaciones de engendramiento...", op. cit. p. 21.

(6) Comité Consultatif National d'Ethique de Francia. Opinión n° 90 sobre "Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación". Noviembre de 2005. Disponible en: <http://www.ccne-ethique.fr/docs/en/avis090.pdf>

(7) "A propos de la proposition de loi relative à la possibilité de lever l'anonymat des donneurs de gamètes", comunicado emitido por la Academia de Medicina el 10 de octubre de 2006, disponible en la página web de la Academia. <http://academie-medecine.fr>, compulsada el 27/08/2010.

(8) Ley n° 2011-814 7/7/2011.

(9) Art. 4°. (Accesso alle tecniche) 3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

(10) Art. 12. (Divieti generali e sanzioni) 1. Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro.

(11) Los así nacidos no tienen derecho a conocer la identidad del donante. Todas las personas involucradas en la donación deben manifestar su consentimiento por escrito. Los donantes deben tener entre 20 y 40 años y de ninguna manera asumen responsabilidad parental alguna.

(12) La donación comercial fue permitida por la ley federal sobre trasplantes de órganos y tejidos humanos (22/12/1992 N° 4179-1). En su artículo 1° la ley prohíbe los acuerdos comerciales sobre toda clase de órganos y tejidos humanos. Sin embargo, en su artículo 2° se establece que esta ley relativamente restrictiva no tiene relación alguna con los órganos y tejidos relativos a la reproducción humana y se refiere expresamente a los gametos y embriones humanos.

(13) La donación de ovocitos sólo podrá realizarse previo consentimiento informado manifestado por escrito, y las donantes pueden ser: parientes o amigas de la paciente que consientan voluntariamente, donante anónima, o pacientes de técnicas de reproducción asistida conforme su consentimiento escrito. Para ser donante de ovocitos se requiere: edad entre 20 y 32 años, al menos un niño propio sano, ausencia de defectos externos visibles, estado normal de salud física y mental, ausencia de contraindicaciones para estimulación ovárica, ausencia de enfermedades hereditarias y no debe consumir alcohol ni drogas. En cuanto a la donación de espermatozoides, los donantes deben ser hombres sanos de entre 20 y 40 años con fertilidad comprobada y niños sanos.

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

(15) La mantención del anonimato del donante y de la pareja infértil y de los donantes y el niño es también responsabilidad de cada trabajador médico que intervino.

(16) Este sistema de "doble ventanilla" ha sido criticado por el Comité Consultivo Nacional de Ética de Francia. El Comité francés sostiene que si bien podría aparecer como un sistema que permite la libertad de elección, lo cierto es que esta aparente libertad parece haber fracasado a nivel internacional. La existencia de niños informados o no informados en función de la exclusiva voluntad de los padres es un asunto ético en la medida en que se da preferencia a la libertad de los padres en detrimento de la libertad de los hijos y, necesariamente, implica una discriminación. Comité Consultatif National d'Éthique de France. Opinión n° 90. "Access to origins, anonymity...", op. cit.

(17) Por ejemplo, si el hijo requiere de un trasplante de médula ósea de un familiar que sea histocompatible y se trata de un claro caso de peligro para el hijo, podría contactarse al donante o "progenitor genético" para determinar si es histocompatible y, de ser así, solicitar su consentimiento para donar médula ósea.

(18) En relación con la siempre ambigua frase "cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales", se podría referir a casos de donantes malintencionados que oculten enfermedades transmisibles e incurrieran por ello en un delito de lesiones a la descendencia (conf. ALVAREZ, J. G.; DIEZ SOTO, C. "Artículo 5°. Donantes y contratos de donación" en LLEDO YAGÜE, F.; OCHOA MARIETA, C. y MONJE BALMASEDA, O. "Comentarios científico-jurídicos a ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida". Dykinson. Madrid. 2007, p. 84).

(19) En vigor el 1 de marzo de 1985.

(20) Así, el art. 119 g) de la Constitución de la Confederación Helvética, garantiza el acceso de todas las

personas a los datos relativos a su ascendencia. Esta previsión constitucional ha sido desarrollada por los arts. 24 párrafos 2a y 2d, 25 y 27 de ley federal sobre procreación médicamente asistida que ordena al médico encargado de la fecundación asistida que transmita los datos del donante al Registro Civil tan pronto como tenga noticia de que ha tenido lugar el nacimiento, o en defecto de conocimiento, cuando haya transcurrido el plazo del período normal del embarazo.

(21) Para mayor información, véase su sitio web: www.donogene-insemination.de

(22) Podrían darse casos un poco antes, porque la ley permite identificar al padre biológico a los menores de 18 años que vayan a formar una familia -y quieran asegurarse de que no son consanguíneos con su pareja- o quieran tener un hijo. La identidad del donante sólo se comunica a sus hijos genéticos, pero no a los familiares de éstos.

(23) MILLER, C., "Who's your daddy?" Reason. Vol. 40. Iss. 9. Los Angeles. 2009, pp. 40-46.