

A un paso de concretarse el reconocimiento pleno en la dimensión normológica de las técnicas de reproducción humana asistida

POR ADRIANA N. KRASNOW

Sumario: 1. A modo de inicio. — 2. Su objeto. Protección del embrión crioconservado. — 3. El reconocimiento del principio de pluralidad cuando regula destinatarios y aportantes de gametos. — 4. Crioconservación de gametos y embriones. — 5. El derecho a la identidad en el Proyecto. — 6. Cierre.

1. A modo de inicio

Como venimos diciendo en este último tiempo, somos protagonistas de un cambio histórico en el Derecho privado y, particularmente, en el Derecho de familia.

En este contexto, las transformaciones claramente visibles en el ámbito de la realidad social se fueron captando progresivamente producto, en gran medida, de la labor doctrinaria y jurisprudencial que logró materializarse en reformas legales trascendentes en ciertos institutos del Derecho de familia, proceso que se fortalece con la reforma integral que introduce el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En este trayecto y después de sortear diversos obstáculos, se instala el nuevo Código que al impregnarse de los valores y principios constitucionales que actúan como pilares del Derecho privado constitucionalizado, logra superar con sus enunciados las carencias normológicas y/o dikelógicas del Código Civil aún vigente. En este marco, se reconoce la filiación por técnicas de reproducción humana asistida —en adelante, filiación por TRHA—, como otra fuente de la filiación que se suma a la filiación por naturaleza y la adopción.

Recordemos que durante la instancia de Proyecto, entró en vigencia la Ley de cobertura de tratamientos de procreación humana asistida N° 26.862 (1), la cual brinda una solución con

(1) Sancionada el 5/6/2013. Promulgada el 25/6/2013. Publicada en el BO el 26/6/2013.

alcance general para toda la población frente a una necesidad social como la inclusión de los tratamientos de TRHA entre las prácticas con cobertura por parte de las Obras Sociales y/o sistemas de medicina prepaga. Lo particular de esta norma fue el haber comprendido cuestiones que exceden su objeto, como estrategia dirigida a fortalecer lo que la norma proyectada proponía respecto a la filiación por TRHA (2).

Los aportes descriptos motivaron el tratamiento de un régimen especial de TRHA que derivó en la media sanción en Diputados del Proyecto de ley que se aprueba con 205 votos positivos, 11 abstenciones y 6 votos negativos (3).

En los apartados que siguen, analizaremos los aspectos salientes comprendidos en su contenido y que despiertan especial interés.

(2) KRASNOW, Adriana N., Técnicas de reproducción humana asistida. La ley 26.862 y el Proyecto de Código, LL 2013-E, 1023 y Encuentros y desencuentros entre la ley 26.862 y el Proyecto de Código Civil y Comercial con media sanción. En la búsqueda de una propuesta de interpretación armonizadora, en Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 64, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, pp. 29 y ss.

(3) Este Proyecto es el resultado de la armonización de dos proyectos: 0581-D- 2014 (diputados Bianchi, María del Carmen; Puiggrós, Adriana V.; Conti, Diana B.; Oporto, Mario; Zamarréño, María Eugenia; Parrilli, Nanci; Nanci, María Agustina; Solanas, Julio R.; Arregui, Andrés R.; Ciampini, José A.; Mendoza, Mayra S. y Domínguez, Julián y 2) 4058-D-2014 (diputados Brawer, Mara; Gagliardi, José; Linares, María Virginia; Scotto, Silvia Carolina; Ferreyra, Araceli; Carrizo, Carla; Gaillard, Ana Carolina; Junio, Juan Carlos; Guccione, José Daniel y Segarra, Adela).

2. Su objeto. Protección del embrión crioconservado

En el artículo 1º se precisa el objeto de la norma proyectado, como así también, se aclara que la misma servirá de complemento al régimen dispuesto en el Código Civil y Comercial de la Nación — en adelante, Cód. Civil y Com. - y la ley 26.862.

En este sentido, dispone: *“La presente ley tiene por objeto regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas derivadas del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida y la protección del embrión no implantado...”*.

Cabe destacar la mención especial que se hace respecto a la protección del embrión no implantando, en armonía con la norma transitoria contenida en el Proyecto de ley aprobado en la Cámara de Senadores y que diera media sanción al Proyecto de Código Civil y Comercial, actualmente nuevo Código. En este sentido, el artículo 9º dice: *“Dispónese como normas transitorias de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, las siguientes: ... Segunda. La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”*.

Del texto del Proyecto, surge la diferenciación que contiene entre persona humana y embrión crioconservado, incluyendo previsiones especiales para la protección del segundo.

Entre las medidas de protección, se encuentran (art. 14):

a) La prohibición de comercialización de embriones y gametos crioconservados.

b) La alteración genética del embrión que se transmita a la descendencia, en sintonía con lo dispuesto en el artículo 57 del Cód. Civil y Com.: *“Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”*.

Entre las prácticas prohibidas no queda comprendido el Diagnóstico Genético Preimplantario que no compromete el cigoto (4). En este sentido, el artículo 18 dispone: *“Los centros de salud autorizados se encuentran habilitados para practicar técnicas de diagnósticos preimplantarios en los términos que fije la reglamentación”*.

(4) Ver fallo, Cámara Federal de San Martín, Sala I, 12/11/2014.

c) Se prohíbe la utilización de embriones viables para experimentación o investigación que no respeten los parámetros fijados por la autoridad de aplicación.

En los apartados que siguen, tendremos oportunidad de reflejar como el criterio seguido en cuestiones comprendidas en su contenido, se corresponde con lo establecido en la última parte del enunciado: *“... en concordancia, ... con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial Unificado y en la ley 26.862 y su reglamentación vigente”*. (5)

3. El reconocimiento del principio de pluralidad cuando regula destinatarios y aportantes de gametos

La norma proyectada se ocupa de precisar las personas que pueden recurrir al empleo de las TRHA en el marco de un régimen que en su amplitud guarda armonía con lo dispuesto en el Cód. Civil y Com. y en la ley 26.862.

En este sentido, el Código en correspondencia con el principio de pluralidad, declara que las TRHA están abiertas para las parejas de igual o distinto sexo casadas o en convivencia de hecho y también para hombres o mujeres que no conforman pareja.

La apertura en cuanto a los destinatarios, también se visualiza en la amplitud de los procedimientos que recepta. En este sentido, los usuarios según la situación que atraviesen podrán recurrir a una inseminación o fecundación homóloga o heteróloga, definiéndose el vínculo en cualquiera de los casos en función del elemento volitivo (art. 562). Esta apertura deriva en el reconocimiento implícito de las prácticas de baja y alta complejidad, de cuyo encuadre se ocupa el artículo 2 del decreto N° 953/135y (6), reglamentario de la ley 26.862.

(5) Del 19 de julio de 2013. Publicación en el Boletín Oficial el 23 de julio 2013.

(6) *“...Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos...”*

En la misma línea, la ley 26.862 sigue un criterio elástico que se encuentra plasmado en los artículos 1 y 7: *“La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”* (art. 1) y *“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...”* (art. 7).

En concordancia con las normas citadas precedentemente, el artículo 2° de la norma proyectada dispone: *“Las personas que se sometan a técnicas de reproducción humana asistida pueden aportar su propio material genético y/o el de su pareja para llevar a cabo el embarazo, o recibir gametos femeninos y/o masculinos aportados por terceros”*. De este enunciado surge el reconocimiento de acceso a prácticas homólogas y/o heterólogas.

Al reconocer las prácticas heterólogas, se prevé la situación de los aportantes de gametos, precisando los requerimientos que tienen que reunir en el artículo 3. Se exige como requisito común en mujeres y hombres el ser capaces, mayores de 18 años; mientras que cuando define la edad máxima permitida para la entrega se fija 35 años en la mujer y 40 años en el hombre.

El requisito que refiere a la capacidad, apunta a que la persona pueda comprender en su total dimensión el acto que realiza, con todas las implicancias que conlleva, siendo la más trascendente el saber y aceptar que su aporte no implica la adquisición del derecho a un reclamo filial futuro. En vinculación con este requisito a cumplir, el artículo 5 establece: *“El aporte de gametos para terceros se debe formalizar mediante un convenio escrito en el centro de salud autorizado, en el que se deje constancia expresa de la declaración de voluntad suficiente efectuada por el aportante, emitida luego de haber sido informado sobre el procedimiento a efectuar, las posibles molestias, riesgos y efectos adversos de la técnica de obtención de gametos o embriones...”*.

Del enunciado se desprende que se debe reunir el consentimiento informado de parte de quien aporte sus gametos. Como manifestación

del principio de autonomía (7), se lo define como *“una declaración de voluntad efectuada por un paciente quien luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención”* (8). Con igual criterio se lo encuadra en el artículo 5 de la Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de Salud (s/texto ley 26.742) al decir: *“Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviente, información clara, precisa y adecuada con respecto a...”* (9)

Conforme su encuadre, el consentimiento informado es un acto jurídico que al poner en ejercicio derechos personalísimos —como el derecho a la vida, a la integridad psicofísica, a la dignidad, a la libertad, al cuidado del propio cuerpo—, trasciende la esfera civil e ingresa en la esfera constitucional (10).

(7) El Informe Belmont (1973), refería al consentimiento informado como el procedimiento destinado a cumplir con los principios de autonomía, beneficencia y justicia en la atención médica. En España, encontramos como primer antecedente legal que capta el consentimiento informado la Ley General de Sanidad, de fecha 25 de abril de 1986, cuando en el artículo 10 refería a los derechos del paciente y en el artículo 6 cuando facultaba al paciente a elegir entre las distintas opciones, destacando la necesidad de contar con su conformidad para la ejecución de cualquier intervención, previo cumplimiento del deber de información. Con el tiempo entra en vigencia a nivel estatal, la ley 41/2002 de Autonomía del paciente, derechos y obligaciones en materia de información y documentación jurídica. Asimismo, el 1 de enero de 2000 entró en vigencia en España el Convenio Europeo de Bioética, cuyo antecedente era el Convenio de Oviedo, documento orientado a la protección de niños, adolescentes y personas afectadas en su salud mental.

(8) HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M., “Consentimiento informado”, Oscar Garay (coordinador), Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 191.

(9) Ley N° 26.529: sancionada el 21 de octubre de 2009, promulgada el 19 de noviembre de 2009 y publicada en el Boletín Oficial el 20 de noviembre de 2009. Ley 26.742: sancionada el 9 de mayo de 2012; promulgada el 24 de mayo de 2012 y promulgada en el Boletín Oficial el 24 de mayo de 2012.

(10) GARCÍA GARNICA, María del Carmen, “El consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de

Con la aproximación que precede, puede afirmarse que el principio de autonomía se materializa en el consentimiento informado que se integra con el derecho-deber de información. De esta forma, en lo que respecta a la persona que aporta su material genético, manifestará su conformidad después de recibir una adecuada información y, en función de ella, pondrá en ejercicio su derecho de autodeterminación.

En cuanto al establecimiento de una edad máxima, responde a razones médicas como el debilitamiento de la capacidad reproductiva por razón de edad, entre otras.

Además de estos recaudos a reunir, los aportantes deberán someterse a estudios clínicos que estarán sujetos a un protocolo dispuesto por la autoridad de aplicación, a través de los cuales se pueda comprobar la ausencia de enfermedades genéticas hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia (art. 4°). De esta forma, se preservan derechos humanos personalísimos de la persona por nacer, como: derecho a la vida; derecho a la salud; derecho a la integridad física psíquica.

Otro aspecto importante a resaltar y que incide en rescatar la conducta que asume el aportante despojada del valor utilidad, refiere al carácter gratuito del aporte, sin perjuicio de que la autoridad de aplicación fije una "... *compensación económica, con el objeto de reparar las molestias físicas y los gastos de desplazamientos laborales que se deriven del aporte de material genético...*" (art. 6°). En igual sentido, la ley española 14/2006 en su artículo 5.3 establece: "*La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta...*"

Tratándose el aporte de material genético de un acto voluntario, el aportante tiene la facultad de rescindir el convenio celebrado con el centro de salud, sólo en los casos que su material se encuentre disponible. Incluso, si después del aporte sobreviene la ausencia de capacidad repro-

ductiva en el aportante, puede solicitar que su material se destine a su propio beneficio (art. 7°).

ductiva en el aportante, puede solicitar que su material se destine a su propio beneficio (art. 7°).

La norma fija otro límite necesario como regla, el cual puede flexibilizarse a criterio de la autoridad de aplicación en atención a ciertas variables (11): el material genético de un mismo aportante puede ser utilizado en procedimientos de TRHA hasta en un máximo de seis personas o parejas, límite que se establece en función de los nacimientos con vida (art. 8°). El límite descripto se orienta a la protección de las personas nacidas por el empleo de TRHA, ante la posibilidad de que dos personas que compartan carga genética común formen pareja y tengan hijos.

4. Crioconservación de gametos y embriones

Para proteger su empleo y su viabilidad futura, se precisa que los gametos y embriones deben ser conservados en centros de salud autorizados, previa homologación de la autoridad de aplicación (art. 9°). La intervención de la autoridad de aplicación denota la participación del Estado, en su carácter de garante de los derechos de las personas. No podemos perder de vista, que parejas y/o personas solas anhelan concretar el deseo de ser progenitores con el empleo de gametos y/o embriones que se encuentren en estado de crioconservación.

Con buen criterio, la norma proyectada prevé la situación de aquellas personas afectadas por ciertas enfermedades susceptibles de comprometer su capacidad reproductiva futura. En estas situaciones, se faculta a la persona mayor de 18 años proceder a la crioconservación de sus gametos y así garantizar su descendencia futura.

Cuando se trate de crioconservación de gametos de terceros aportantes, se establece como plazo máximo de permanencia en ese estado el de diez años. Transcurrido este tiempo, sin haberse destinado al uso en procedimientos de TRHA se procederá a su descarte o a la investigación (art. 11).

Una particularidad en el uso del lenguaje se observa en el artículo 12, cuando define el desti-

(11) Entre las variables se enuncian: "... diferencias biológicas y técnicas para la obtención de gametos femeninos y masculinos, así como la demanda existente y las particularidades de cada jurisdicción, debiendo guardar los recaudos necesarios vinculados a los impedimentos legales" (art. 8°).

no de los gametos o embriones crioconservados de los propios beneficiarios de TRHA: *“.. transcurridos diez años desde la obtención del material genético, cesará la crioconservación o serán destinados a la investigación conforme a los parámetros que fije la reglamentación. Exceptúase de lo previsto en el párrafo anterior a aquellas personas o parejas beneficiarias de técnicas de reproducción humana asistida que manifestaren de modo expreso, y previo al vencimiento del plazo, la decisión de crioconservar su material genético para someterse a un procedimiento en el futuro. El plazo es prorrogable por cinco años...”*

Con la finalidad de prevenir futuros conflictos, se establece como exigencia el deber de la pareja de acordar previamente y dejarlo asentado de forma expresa el destino de los gametos y/o embriones en supuestos de divorcio, separación de hecho, nulidad de matrimonio o muerte de uno de ellos, antes del vencimiento del plazo de crioconservación dispuesto en la norma. Entre las opciones, se enuncian: *“.. posibilidad de que sean utilizados por otra persona o pareja, donados para la investigación o cesar la crioconservación al momento de ocurrir alguno de los supuestos...”*

De este enunciado, despierta preocupación la variable: *“cesará-cesar la crioconservación”*, por la amplitud que encierra este término. Su imprecisión abre cauce a una duda respecto al destino.

Respecto a la opción de la donación de gametos o embriones, se aclara en el artículo 13 que esta posibilidad deberá ajustarse a lo dispuesto en el artículo 3 de la misma norma.

5. El derecho a la identidad en el Proyecto

Para comprender el alcance con el que se capta en la norma proyectada el derecho a la identidad y, en particular, el derecho de acceso a la verdad de origen corresponde acompañar una reseña del tratamiento de la cuestión en el Derecho interno.

Con este fin, acompañamos un encuadre de este derecho humano personalísimo en vinculación con la filiación por TRHA, para luego describir su evolución legal interna.

5.1. El derecho a la identidad y sus dimensiones:

Este derecho humano como hace a la persona misma, nace y se moldea a la largo de la existen-

cia de la persona, siendo el origen el primer eslabón de esta cadena y no el único eslabón que integra este derecho (12) y (13). En relación a

(12) Krasnow, Adriana Noemí, “La filiación y sus fuentes en el Derecho argentino. La carencia normativa en la procreación humana asistida”, Actualidad Jurídica de Córdoba, Año V, Vol.57, Enero 2009, pp. 6205-6218; “El derecho a la identidad en la procreación humana asistida”, LL 2007-F, 1224; “La búsqueda de la verdad real: ¿debilita la defensa de la cosa juzgada en el proceso de filiación por naturaleza?”, LL Litoral 2007, 834 y “El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límite en el tiempo”, LL 2007-F, 1224; “La medida autosatisfactiva como recurso que permite acceder al conocimiento de la realidad de origen sin impactar en el vínculo filial”, en Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N°39, Lexis Nexis — Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 45 y ss.; Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida, La Ley, Buenos Aires, 2006.

(13) Sobre derecho a la identidad, ver entre otros: Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, Ley de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes. Derecho constitucional de familia, Ediar, Buenos Aires, 2007; Rivero de Arhancet, Mabel, “El derecho a la identidad en materia filiatoria”, El Derecho de Familia en Latinoamérica 2, Vol. 2, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2012, pp. 907-922; Biscaro, Beatriz, “El derecho a la identidad, el nombre y la familia”, Aída Kemelmajer de Carlucci (directora) y Marisa Herrera (coordinadora), La familia en el nuevo derecho, T. II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, pp. 93-111; Herrera, Marisa, El derecho a la identidad en la adopción, Universidad, Buenos Aires, 2008; Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, T. II, Ediar, Buenos Aires, 2006; Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional, Universidad, Buenos Aires, 2009; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/02/2003, en el caso Odievre c/ France”, Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, en “Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia”, N° 26, Lexis Nexis — Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 77 y ss.; Dutto, Ricardo, “El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas”, Revista de Derecho Procesal. Derecho Procesal de Familia — II, 2002-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 143 y ss.; Chieri, Primarosa y Zannoni, Eduardo, Prueba del ADN, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 183 y ss.; Zannoni, Eduardo, Derecho Civil. Derecho de Familia, T.II, 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 325, “Adopción plena y derecho a la identidad personal. (La “verdad biológica”: ¿nuevo paradigma en el derecho de familia?)”, Libro de Ponencias X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, 1998 y “Adopción plena y derecho a la identidad personal”, LL 1998-C, 1179; Belforte, Eduardo y Zenere, Gisela, “De-

la trascendencia que tiene para el individuo el conocimiento del origen en la construcción de la identidad, cabe recordar el voto en disidencia de Petracchi en el caso "Muller": "... conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende... El normal desarrollo psicofísico exige que no se traben la obtención de respuestas a esos interrogantes vitales... Conocer la verdad permite elaborar un proceso de crecimiento y estructuración del psiquismo" (14).

Del pensamiento transcripto se infiere la importancia que tiene para el sujeto conocer sus orígenes y como este dato impacta en la construcción de su personalidad. Si trasladamos esta aproximación a los casos de filiación por TRHA que reconocen como antecedente el empleo de material genético de tercero dador anónimo, se observa una afectación de este elemento de la identidad. Pero, considerando que en esta fuente de la filiación el vínculo filial se define en función del elemento volitivo, tal afectación no surgiría si paralelamente desde el Derecho se definen los

recho a la identidad"; JA 1997-I, 843; D'Antonio, Daniel H., "El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor", ED 165-1297; Lloveras, Nora, "La identidad personal: lo dinámico y estático en los derechos del niño", Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N°13, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 71 y ss.; Oteiza, Eduardo, "La doctrina de la Corte Suprema sobre el derecho del niño a conocer su identidad, la adopción y las facultades instructorias de los jueces penales", LL, ejemplar del 3 de octubre de 1991; Mendoza, Elena, "El derecho a la identidad, artículo 8 de la CDN", Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N°10, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 59 y ss.; Cifuentes, Santos, "El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido", LL 2001-C, 759; López Faura, Norma, "El derecho a la identidad y sus implicancias en la adopción", Cecilia Grosman (directora), Los derechos del niño en la familia, Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 151 y ss.; Oppenheim, Ricardo E., "¿De qué hablamos cuando nos referimos al derecho de identidad en los casos de fecundación humana asistida?", ED 163-989; Levy, Lea e Iñigo, Delia, "Identidad, filiación y reproducción humana asistida", Nelly Minyersky y Salvador Bergel (coordinadoras), Bioética y derecho, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 259 y ss.; Gutierrez, Delia, "Derecho a la identidad versus derecho a la intimidad", LL 1996-C, 1376; Grosman, Cecilia P., "El derecho infraconstitucional y los derechos del niño", Libro de Ponencias del Congreso Internacional sobre la Persona y el Derecho en el Fin de Siglo, Santa Fe, 1996, p. 240 y ss.

(14) CSJN, 13/11/90, LL 1991-B, 473 y ED 141-263.

medios que la persona tiene a su alcance para acceder a su verdad de origen por una vía autónoma. Garantizando el conocimiento de la verdad, se sumarán todas aquellas circunstancias que a lo largo de la vida incidan en el despliegue dinámico de la identidad.

En este sentido, para Fernández Sessarego (15), la dimensión estática se compone de aquellos elementos que no se modifican sustancialmente en el tiempo y que refieren a la identificación del individuo, como el origen, la filiación, el nombre, datos respectivos a su nacimiento; mientras que la dimensión dinámica comprende el conjunto de atributos y características que permiten diferenciar al sujeto en la sociedad y que resultan variables en el tiempo (intelectuales, morales, culturales, religiosas, profesionales, políticas). El autor advierte que estas dimensiones funcionan de manera interdependiente no siendo posible su escisión por conformar juntas la identidad de un sujeto.

Completa este encuadre, la clasificación que hace Zannoni (16), quien desde una perspectiva jurídica entiende que la identidad comprende tres aspectos:

a) **Identidad personal en referencia a la realidad biológica:** es el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, su pertenencia a determinada familia y el derecho a ser emplazado en el estado de familia que le corresponde de acuerdo a su realidad biológica. En este ámbito distingue: 1- **identidad genética:** abarca el patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos, convirtiendo a la persona en un ser único e irrepetible; 2- **identidad filiatoria:** resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres.

b) **Identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona:** comprende los rasgos externos de la persona que la individualizan e identifican, como: los atributos de la personalidad, la propia imagen, entre otros.

c) **Identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona:** realización del

(15) Fernández Sessarego, Carlos, Derecho a la identidad personal, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113 y ss.

(16) Zannoni, Eduardo y Chieri, Primarosa, Prueba del ADN, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 183 y ss.

proyecto existencial de la persona, como creencias, pensamientos, ideologías, costumbres.

El desarrollo que precede nos permite concluir que el dato biológico es uno de los elementos comprendidos por el derecho a la identidad, pero no el único. En igual sentido, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos en su artículo 3 dice: “Cada individuo posee una configuración genética característica. Sin embargo, la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y conlleva además una dimensión de libertad” (17).

La apertura que se observa tras el enunciado precedente, exige analizar el derecho a la identidad — y dentro del mismo el derecho de acceso a la verdad de origen - a la luz tanto de los cambios que introducen las TRHA, como así también, en relación a las situaciones que se presentan con las puertas que abre el nuevo Código Civil y Comercial y las normas que en un futuro próximo lo complementen.

5.2. Su recepción en la norma:

La identidad como derecho, recibe reconocimiento expreso en normas de fuente constitucional y convencional.

En la Constitución nacional, cabe citar lo dispuesto en el inciso 19 del artículo 75, al comprender dentro de las atribuciones del Congreso de la Nación, el dictado de normas destinadas a la protección de la identidad y la pluralidad cultural. Entre las normas de fuente convencional, encontramos la Convención de los Derechos del Niño cuando en sus artículos 7, 8 y 9 reconoce el derecho a la identidad: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (art. 7); “Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su iden-

tidad” (art. 8) y “Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padre de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño...” (art. 9°).

En el ámbito interno, cabe mencionar la ley N° 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en cuyo artículo 11 reconoce el derecho de acceso a la verdad de origen: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho... al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen...” Corresponde aclarar que si bien el texto refiere a los padres, una interpretación amplia permite comprender a quien aportó su material genético sin recaer en su persona un emplazamiento filial por ausencia de voluntad procreacional, puesto que el artículo 28 cuando define el alcance de esta ley aclara que su aplicación se extiende “...por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales”.

También establece como responsabilidad del Estado el garantizar la efectividad de este derecho, cuando dice: “... 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...” (art. 11, 2° párr.). En igual sentido el artículo 29 dispone que los “... Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

A pesar de que las normas enunciadas refieren al universo que se integra con niños y adolescentes, consideramos que desde una visión constitucional y convencional del Derecho privado, toda persona tiene derecho de acceder a su verdad de origen por tratarse de un derecho humano personalísimo cuya efectividad debe ser

(17) De fecha 16 de octubre de 2003. En www.portal.unesco.org

protegida por el Estado como garante de los derechos de todo ciudadano.

5.3. Su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación:

En el marco de las normas que regulan la filiación por TRHA, se contempla el derecho a la identidad en los artículos 563 y 564. En estos enunciados se prevé para los supuestos de prácticas heterólogas el derecho de la persona de ser informado sobre su origen, pero con un alcance limitado. El artículo 563 expresa: *“... 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”*; mientras que el artículo 564 comprende las situaciones que habilitan el acceso a la identidad: *“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”*.

Nos vemos en la necesidad de expresar nuestras observaciones al criterio seguido para definir los supuestos que habilitan el acceso a la identidad.

En relación al primer supuesto, la versión original de lo que fuera el Proyecto de Reforma, adhería con buen criterio a la tendencia seguida en el Derecho comparado cuando se reconoce el acceso a datos que coadyuvan a superar el riesgo en la salud de la persona; mientras que la versión que recibe media sanción en la Cámara de Senadores y que se traslada al Código aprobado, reemplaza riesgo para la salud por relevante para la salud. Este cambio a nuestro entender no se limita a un mero cambio de término sino que dice mucho más, puesto que la palabra relevante permite comprender una multiplicidad de supuestos que excede el riesgo, pasando a depender su alcance en cada situación de cómo lo interprete el centro de salud que intervienga.

Respecto al segundo supuesto, entendemos que la responsabilidad que se traslada al juez puede derivar en soluciones disvaliosas, por las

consideraciones siguientes: a) delegar en éste la evaluación de razones debidamente fundadas que puedan justificar el acceso a la identidad del donante, dejará librada la mayoría de las veces esta posibilidad a sus convicciones internas y valoraciones; b) la discrecionalidad de la autoridad judicial puede conducir a situaciones de desigualdad; c) se torna excesivo trasladar en su persona una responsabilidad de tal magnitud, como lo es el acceso a elementos que contribuyen con la realización de este derecho humano personalísimo que se busca proteger.

Atento las consideraciones expuestas, recomendamos una revisión de estos supuestos. Nos inclinamos a pensar que si el Código se enmarca en un sistema anclado en la protección de la persona y de sus derechos, corresponde no establecer distinciones entre las fuentes de la filiación en lo que refiere al acceso a la verdad de origen. Así como, la norma introduce en la adopción, la posibilidad de plantear una acción autónoma destinada a la efectividad del derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica (art. 596), corresponde hacer lo mismo en la filiación por naturaleza y por TRHA. Abrir las puertas a esta posibilidad, en nada afectará el emplazamiento filial que en las TRHA siempre responderá al elemento volitivo.

Seguramente, quienes manifiesten su disconformidad con la reflexión precedente, dirán que mientras en la adopción se reconoce la existencia de una familia de origen en la cual por circunstancias diversas que afectan el mejor interés del niño / adolescente justifican el camino de la adopción y por ser parte de la historia del adoptado debe garantizarse su derecho a conocer; en la filiación por TRHA no se reconoce como antecedente la existencia de una familia de origen. Si bien esta diferencia es cierta, no resta relevancia al derecho que tiene la persona nacida por una TRHA, de conocer como se originó su existencia.

En suma, la decisión legislativa que se plasma en el Código en relación a definir siempre el vínculo filial en esta fuente en función del elemento volitivo, no limita el derecho del hijo de acceder a su verdad de origen. Sólo así, toda persona comprendida en esta situación, podrá alcanzar la efectividad plena tanto de su derecho a la filiación como de su derecho a la identidad, integrando respecto a este último todos los elemen-

tos que confluyen en la dimensión estática y en la dimensión dinámica.

5.4. Su recepción en el Proyecto con media sanción:

El Proyecto logra precisar aspectos que coadyuvan en la efectividad del derecho a la identidad. Sin embargo, persisten imprecisiones que deberán ser resueltas cuando el proyecto reciba tratamiento en el Senado o si recibe sanción sin introducir cambios en el texto, recaerá en el interprete dicha labor.

Entre los aportes que contiene, se destaca el comprender la exigencia que se dispuso el pronunciamiento de la sala 5ª de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (18), el cual admite parcialmente la acción de amparo promovida por una pareja por derecho propio y en el carácter de representantes legales de sus dos hijas menores de edad contra el Poder Ejecutivo nacional, al establecer como deber del Estado el arbitrar los medios que permitan preservar los datos del aportante de gametos. Se interpone la acción con el objeto de que por intermedio del Ministerio de Salud o de otro organismo competente se disponga la creación de un registro en el que deberá constar toda la información que posean los centros de fertilidad y los Bancos de gametos en relación a los datos de identidad de los donantes de material genético. De esta forma, aspiran que tanto sus hijas, como el resto de las/los niñas/os nacidas por medio de la aplicación de prácticas heterólogas, puedan cuando lleguen a la mayoría de edad y en ejercicio de su derecho a conocer los orígenes, acceder a dicha información con la correspondiente autorización judicial. Fundan la petición en el derecho a la salud, a la procreación, a la protección de la familia y a la identidad.

Al relatar los hechos, destacan que si bien sus dos hijas fueron concebidas con el recurso a técnicas de reproducción asistida con el empleo de óvulos donados, aclararon conocer la identidad de una de las donantes puesto que la fecundación de la hija mayor se logró con el aporte de

material genético de una amiga de la familia; mientras que la hija menor fue concebida con material genético de donante anónima.

En primera instancia, la jueza rechaza la acción por entender que “...no existe siquiera un texto legal cuyo apego a la Constitución Nacional pueda ponerse en duda. En razón de ello la acción intentada carece de la madurez necesaria para configurar un caso o controversia judicial y se asemeja a una opinión consultiva o una declaración genérica...”

La parte actora apela con sustento en los argumentos siguientes: el conocer su verdadera identidad debe prevalecer frente al derecho al anonimato del donante de gametos; el derecho a la identidad está consagrado en la Constitución Nacional y tutelado por la Convención sobre los Derechos del Niño y la sentencia apelada resulta discriminatoria al privar a las niñas del acceso a su identidad de origen, guardando distancia con el reconocimiento de este derecho en los vínculos filiales que encuentran su origen en la adopción. Por su parte, la defensora pública oficial ante los Tribunales Federales de la Capital Federal, hace suyos los fundamentos vertidos por la parte actora y agrega que lo solicitado armoniza con lo dispuesto en la ley 23.511 creadora del Banco Nacional de Datos Genéticos y lo que establece el artículo 564 de lo que en ese momento era el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

La Cámara dispone, “... Admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto; dejar sin efecto la sentencia apelada; hacer lugar, también en parte, a la demanda de amparo; y ordenar al Estado Nacional - 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 que sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal correspondiente a esta materia...”

Compartimos lo expresado por Kemelmajer — Herrera y Lamm cuando al comentar el fallo,

(18) C. Cont. Adm. Fed., Sala V, 29/04/2014 - C., E. M. y otros c. EN-M° SALUD s/ amparo ley 16.986 -, LL 26/06/2014, 5. Con nota de: Kemelmajer de Carlucci, Aída — Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga”, LL 20/08/2014, p. 5.

destacan que “... en la resolución de la Alzada se distinguen dos aspectos: 1) derecho a conservar la información obtenida por el centro médico que intervino en el procedimiento de fertilización asistida sobre la identidad de la donante de los óvulos y 2) derecho de una de las hijas de los co-actores (la que desconoce la identidad de la donante) a tener acceso a esa información, y a las condiciones y modalidades bajo las cuales eventualmente, podrá hacerlo en el futuro...en los dos aspectos a los que se refiere el fallo, más allá de reconocer que hay un derecho involucrado y que la información sobre los orígenes debe ser preservada, lo cierto es que se reconoce la necesidad de una ley específica en la materia” (19).

En cuanto a su vinculación con lo dispuesto en el Proyecto que comentamos, se capta en iguales términos lo dispuesto en el artículo 563 Cód. Civil y Com., cuando dice: “... en caso de nacimiento con vida deberá remitirse al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas copia del legajo base para la inscripción del nacimiento...” Rescatamos como aporte valioso, el extender la exigencia de legajo respecto a la persona que aporta su material genético, el cual deberá contener “... los datos de identidad del o la aportante, incluyendo la información de carácter médico que surja del estudio clínico a que refiere el artículo 4°, dejando constancia de los antecedentes clínicos familiares que, bajo el modo de declaración jurada, informe el o la aportante...” (art. 16). Asimismo se aclara que dicha información será de carácter confidencial y el centro de salud autorizado deberá conservar el legajo de forma permanente, debiendo remitir una copia en soporte magnético al Registro Único.

En vinculación con esto último, entre las funciones del Registro Único — establecido en el artículo 4° de la ley 26.862 - que se enuncian en el artículo 20 se encuentra: “... b. establecer y mantener actualizado diariamente el listado de personas que se hayan constituido en aportantes de gametos para terceros, mediante la información que deben remitir los centros de salud autorizados. El listado podrá confeccionarse en soporte magnético, conforme lo establezca la autoridad

de aplicación... d. Confeccionar un legajo personal por cada aportante de gametos para terceros, respetando el principio de confidencialidad, que se elaborará con la información que deberán remitirlos centros de salud autorizados, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16 de esta ley”.

Respecto a la posibilidad de conocer datos de la persona del donante, el artículo 16 del Proyecto establece: “... El contenido de la información de la identidad del donante sólo podrá ser revelado en los supuestos del artículo 564 del Código Civil y Comercial Unificado, teniendo en cuenta como razón fundada, entre otras cuando haya un riesgo para la vida o para la salud física y psíquica de la persona nacida por técnicas de reproducción humana asistida”. Lo dispuesto se completa con la exigencia contenida en el artículo 5°, cuando al regular el convenio escrito que se debe formalizar entre el centro médico autorizado y el aportante de gametos, dispone que entre los aspectos a comprender en el deber derecho de informar queda incluido: “... las consecuencias que se derivan de lo dispuesto en el artículo 564 del Código Civil y Comercial Unificado”.

Si bien adhiere a los supuestos de excepción comprendidos en el artículo 564 del Cód. Civil y Comercial, los cuales motivaron el planteo de nuestras observaciones en el apartado anterior, cabe rescatar la introducción de ciertos parámetros para definir cuándo se está frente a una razón fundada que habilite el acceso a la identidad del donante: riesgo para la vida o para la salud física y psíquica de la persona nacida por TRHA. Interpretando el alcance de este agregado, concluimos que en realidad siempre estaremos frente un compromiso de la salud, puesto que si partimos del concepto amplio que brinda la Organización Mundial de la Salud - estado de completo bienestar físico, mental y social -, el compromiso de la salud siempre estará latente en la persona que pretenda alcanzar la efectividad plena de su derecho a la identidad. Por tanto, esto fortalece la posición que expresamos al referir a lo dispuesto sobre el particular en el nuevo Código: en todos los casos de hijos nacidos por prácticas heterólogas, debe garantizarse el acceso a la verdad de origen.

Se suma al criterio amplio que propiciamos seguir, la redacción que se emplea en el enunciado al decir: teniendo en cuenta como razón fundada, entre otras. La mención entre otras, indica

(19) Kemelmajer de Carlucci, Aída — Herrera, Marisa y Lamn, Eleonora, “De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga”, *tab. cit.*

que no se trata de un enunciado taxativo, sino que frente a una situación concreta quedará en manos de quien decida la posibilidad de su inclusión como razón fundada.

6. Cierre

Como se expresa en el título de este comentario, hemos sido partícipes en este último tiempo de avances significativos en este tema, encontrándo-

nos en el presente ante la posibilidad de concretar el anhelo que desde hace tiempo reclamamos: el contar con un régimen integral de las TRHA.

Si bien expresamos nuestros reparos en ciertos aspectos, la apreciación del conjunto nos permite concluir que la labor de nuestros legisladores ha sido fructífera y aspiramos que en la instancia que resta puedan sortearse las imprecisiones o las carencias que comprende. ♦