

DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS NIÑOS/AS Y ADOLESCENTES VS. DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS ADULTOS

Autoras: Mónica Assandri^{1*}, Adriana Warde**, Nancy Ruth Canelo***, Lucía Hipatía Parodi**** y Wendi Romina Oroná*****.

Resumen:

El Nuevo Código Civil instaura una nueva fuente de filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Novedad que ha merecido la atención de doctrinarios y juristas, en virtud de determinar, entre otras cuestiones, el alcance del derecho a la identidad de las personas nacidas en virtud de las técnicas de fertilización asistida y la preeminencia o no de éste derecho personalísimo y fundamental, por sobre el derecho al anonimato del donante.

Un análisis profundo del alcance de la identidad como derecho humano fundamental reconocido expresamente por nuestro ordenamiento jurídico, como así también lo sostenido al respecto por la doctrina y jurisprudencia nos lleva a afirmar que no existe razón alguna para negar o disminuir el alcance de este derecho a los nacidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida, quienes en virtud de la Constitución Nacional tienen derecho innegable a conocer sus orígenes, aún por sobre el derecho al anonimato del donante.

Ponencia

1. Toda persona es titular del derecho personalísimo a la identidad y cualquier lesión a este constituye una afectación a la dignidad de la persona (Art. 52 del CCyC). En consecuencia, no se debe distinguir el origen de la filiación a los efectos de atribuir a algunos individuos la titularidad del ‘derecho a la identidad’ -cuando la filiación se origine en la naturaleza o en la adopción-, y a otros un mero ‘derecho a la información’ -cuando la filiación se origine en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA) heterólogas-.

¹ *Profesora de Derecho Privado I y VI, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. **Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Profesora de Derecho Privado VI, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.N.C. ***Ab. Especialista en Derecho de Familia y Sucesiones, Aspirante al Doctorado en Derecho y Adscripta de Derecho Privado VI, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.N.C. **** Becaria Doctoral CONICET, Adscripta de la Cátedras de Derecho Internacional Público y Derecho Privado VI, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.N.C. *****Profesora de Derecho Privado I y Adscripta de Derecho Privado VI, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.N.C.

2. La tutela del derecho a la identidad es el principio rector de las leyes 24.779 y 23.511, que se refieren a supuestos de las personas que han sido adoptadas y a las personas que fueron apropiadas durante la última dictadura militar, respectivamente. En consecuencia, no hay ninguna razón valedera para que la entidad de este derecho personalísimo cambie cuando se trate de personas que han sido concebidas mediante TRHA heterólogas, otorgando a estas últimas sólo un limitado derecho a acceder a cierta información, distinción que en nuestra opinión resulta arbitraria y conlleva una injusta discriminación.
3. Adherimos a la postura de las legislaciones de países como Alemania, Reino Unido, Austria, Noruega, Suecia, Suiza, Portugal que garantizan el derecho del hijo/a concebido/a por TRHA heterólogas a acceder al conocimiento de su origen biológico sin restricciones (permitiendo acceder a los datos de identidad del tercero dador), pero sin que ello impacte en el emplazamiento filial (aspecto estático de la identidad), sino que permita la construcción de su identidad plena (aspecto dinámico).
4. A fin de evitar una futura responsabilidad internacional del Estado Argentino por no respetar el legítimo acceso de los NNA al ejercicio pleno de su derecho a la identidad, propiciamos de lege ferenda la ampliación de la actual regulación del art. 564 en la futura ley especial de TRHA que se dicte.
5. Asimismo, y en el marco de la titularidad de la responsabilidad parental, ambos progenitores tienen la obligación de garantizar al hijo/a el legítimo ejercicio de su derecho a acceder a su identidad de origen, por lo que propiciamos de lege ferenda que ese compromiso quede plasmado de manera expresa en el legajo base para la inscripción de la filiación del hijo/a concebido/a por TRHA heterólogas.
6. De lege ferenda, conforme remisión de la cláusula transitoria segunda de la Ley 26.994, consideramos que en la legislación especial que se dicte deberá preverse, además de la protección del embrión no implantado, aquellos aspectos relevantes vinculados a su uso.
7. Teniendo en cuenta el principio constitucional del interés superior del/la niño/a y la responsabilidad correlativa al ejercicio de la libertad procreacional de los adultos que intervienen en el acto complejo de la procreación artificial con gametos provenientes de terceros, resulta forzoso concluir que el legislador deberá exigir el mayor esfuerzo a éstos últimos, quienes deberán “resignar” en parte su derecho a la intimidad y al anonimato en pos de la protección del derecho a conocer los orígenes que pertenece de manera inalienable a quienes resultan los más vulnerables en este acto (niños/as), quienes sólo tendrán voz y podrán ejercer por sí mismos sus derechos en la medida en que desarrollen su autonomía progresiva.

FUNDAMENTACIÓN

1. El tema en debate

Una de las grandes reformas introducidas por el Nuevo Código Civil es la creación de una nueva fuente de filiación 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). De esta manera, se viene a llenar el vacío legal en el que se encontraban hasta el momento estos grandes avances de la ciencia, que facilitan o sustituyen a los procesos naturales que se dan durante la reproducción.

Jurídicamente es innegable la necesidad de regular las TRHA, pero la búsqueda y la elección de la manera de hacerlo no estuvieron exentas de discusión. Uno de los temas más debatidos era la necesidad de compatibilizar estas nuevas posibilidades con el derecho a la identidad del nacido. La pregunta que surgía inevitablemente era: ¿Atentan las TRHA con el derecho fundamental a la identidad del concebido y nacido mediante ellas?

En este contexto, una de las cuestiones que se plantean es la preeminencia o no del derecho de las personas nacidas en virtud de las técnicas de fertilización asistida con material heterólogo a conocer su verdadera identidad, por sobre el derecho al anonimato del donante de gametas. Y cómo deben compatibilizarse ambos derechos para que estas técnicas puedan llevarse a cabo.

2. El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental.

Cualquiera sea la ideología que se comparta, existe coincidencia en el punto de partida: El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental y como tal está reconocido por nuestro ordenamiento jurídico. 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.

A su vez, 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, que forma parte del bloque de constitucionalidad desde la reforma de 1994. 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).² 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.³

Finalmente, 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...".

3. Breve referencia jurisprudencial

² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora, *Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico*, La Ley, 09/10/2012, 1, LA LEY 2012-E, 1257.

³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (Directoras), *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Tomo II (Arts. 509 a 593), Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 1ª Ed., 2014, p. 557.

La jurisprudencia ha sido la primera en establecer algunas pautas al respecto. Nuestra Corte Suprema ha hecho alusión al derecho a conocer los orígenes en varios precedentes. A modo de ejemplo, puede recordarse el voto en disidencia de Petracchi en el caso “Müller”, de fecha 13/11/1990, donde se afirma que entre los derechos implícitos consagrados por el art. 33 de la Constitución “debe –sin duda– incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen. En efecto, poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que –aprehendido– permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal), es movimiento esencial, de dinámica particular-mente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura.”⁴

En abril de 2014 la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dictó sentencia en la causa "C., E. M. y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Salud s/ amparo ley 16.986". La causa tuvo su origen en una acción de amparo interpuesta por los padres de dos niñas menores de edad concebidas con mediante TRHA de tipo heterólogo, contra el Poder Ejecutivo Nacional, para que a través del Ministerio de Salud o el organismo que se considerara competente, se dispusiera la creación de un registro con toda la información que tuvieran en su poder los centros de fertilidad y bancos de gametas legalmente habilitados en el país sobre la identidad de los donantes de gametas, con la finalidad de que todas las personas nacidas en virtud de las técnicas de fertilización asistida con material heterólogo puedan, al cumplir la mayoría de edad, ejercer su derecho a conocer su identidad biológica, accediendo a esa información con la correspondiente autorización judicial. Dicha acción fue rechazada en primera instancia. El tribunal de apelaciones, por su parte “hizo lugar parcialmente a la acción de amparo y ordenó al Ministerio de Salud de la Nación que arbitrarse los medios necesarios para asegurar que el centro médico y/o el banco de gametas interviniente preservase la información relativa a la identidad del donante y la mantuviera de forma reservada y sin dar acceso a ella (...)En lo relativo a la creación de un registro formal de carácter general y lo relativo a la determinación de las condiciones y modalidades en las que concretamente la menor interesada podrá tener acceso a ella, el tribunal remitió a la política legislativa que concretamente el Congreso Nacional adoptase sobre la materia, pues no es posible sustituir al poder legislador en las funciones que le son propias y ejerce de acuerdo con las mayorías exigidas por la Constitución Nacional; tampoco corresponde a los jueces reemplazar la voluntad de los legisladores en lo relativo al acierto y conveniencia de la política legislativa sancionada en ejercicio de sus competencias constitucionales. Todo ello, sin perjuicio del correspondiente control de constitucionalidad.”⁵

4. Posturas doctrinarias

La doctrina, por su parte, se agrupa en tres grandes posturas que se han clasificado como maximalista, minimalista e intermedia:⁶

⁴ CSJN, 13/11/1990, Müller, Jorge s/denuncia, Fallos 313:1.113.

⁵ NALLAR, Florencia, DE ARRASCAETA, Arturo, *Derecho a la identidad vs. derecho al anonimato*, DFyP 2014 (octubre), 01/10/2014, 225. Cita Online: AR/DOC/3010/2014.

⁶ GÓMEZ BENGOCHEA, B., *Derecho a la identidad y filiación*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 194-201.

La primera la postura o corriente maximalista como aquélla que defiende el derecho del hijo a conocer la identidad de sus progenitores e, incluso, establecer relaciones de filiación con ellos.⁷ La segunda, la postura minimalista, absolutamente contraria a la anterior, defiende el anonimato sin matices. Se menciona el derecho del donante a la intimidad, así como el derecho a la privacidad de la pareja que recurre a estas técnicas.⁸

Y finalmente la postura intermedia que sostiene un derecho del hijo a conocer la identidad del donante, pero sin que esto signifique consecuencia jurídica alguna tanto en el vínculo de filiación con los padres legales como en la indemnidad del donante.⁹

5. Doble vertiente del derecho a la identidad

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.¹⁰¹¹

Este concepto jurídico de identidad monopolizado, o más utilizado en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, le corresponde al jurista peruano Fernández Sessarego, quien afirma que "es el conjunto de atributos y características que hace que cada cual sea uno mismo y no otro".¹²

Lo que hoy en día entendemos como identidad individual puede resumirse en la respuesta a tres preguntas: ¿quién soy?, ¿de dónde vengo? y ¿hacia dónde voy?.¹³

A nuestro entender, el aspecto "estático" de la identidad se vincula al valor SEGURIDAD JURÍDICA y hay que preservarlo a fin de asegurar el orden público y la seguridad en las transacciones, lo cual se logrará respetando la voluntad procreacional en los supuestos de fecundaciones heterólogas.

A su vez, la llamada "identidad dinámica" se vincula al área de los DERECHOS HUMANOS, principalmente al derecho a desarrollar una personalidad sana, que se fortalezca sobre los cimientos del derecho a conocer la verdad sobre los propios orígenes, sobre cómo fuimos concebidos y quiénes fueron esas personas únicas – varón y mujer – de la cual provienen nuestros 23 pares cromosómicos, respectivamente, con sus características

⁷ FÁBREGA RUIZ, C.F., *Biología y Filiación*, Ed. Comares, Granada, 1999, pp. 95-101.

⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida*, pp. 315-319.

⁹ SERRANO ALONSO, E., *El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem*, II Congreso Mundial Vasco: La filiación a finales del Siglo XX, Vitoria, Septiembre 1987, p. 365, pp. 372-375.

¹⁰ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la Identidad Personal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 15 y ss. Cit. por Kemelmajer, Herrera y Lamm, Ob. Cit. en nota 1.

¹¹ FERNÁNDEZ, Eugenia Silvia, *Tratado de Derecho de Niñas. Niños y Adolescentes*, Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, ps. 1061/1062.

¹² DOMINGUEZ GIL, Andrés- FAMA, María Victoria- HERRERA Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2012, p.708.

¹³ SOLARI, Néstor E., BENAVENTE, María Isabel (Directores), *Régimen de los Menores de Edad*, Editorial La Ley, Buenos Aires 2012, p.201.

culturales propias, etc. – sin necesidad de establecer vínculo filiatorio- sino con el sólo objetivo de conocer la verdad, que ayude a apuntalar un sano desarrollo psíquico.

6. El derecho a conocer los orígenes

A) Problema que se plantea en las TRHA heterólogas

Además de la filiación por naturaleza o biológica y por adopción, la tercera causa fuente filial que receipta el Código Civil y Comercial de la Nación es la derivada del uso de las TRHA, 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.

B) Diferenciación con el caso de la adopción. “Derecho a la información”.

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 (saber quiénes son los padres) y la dinámica (lo que ha sido de la historia de ese niño). En la segunda, en cambio, afecta sólo a la identidad estática y está circunscripta a un solo dato, el genético, siendo que el niño carece de vínculo filial con el donante, pues con éste sólo tendrá identidad genética; por eso, con mayor precisión, se habla del "derecho a la información". Pero, ¿a qué tipo de información?

La doctrina y la legislación comparada distinguen:

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

(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.

7. Postura receptada en el Código Civil y Comercial de la Nación

Desde junio del año 2013, tras la sanción de la Ley 26.862 en nuestro país se permite acceder a las TRHA con gametos de un tercero, aunque en esta ley no se reguló esta técnica de manera específica.

Los cambios sociales y culturales propiciaron nuevos modelos de familia, contemplados inicialmente por ley 26.618 y actualmente en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Las tecnologías biomédicas, las TRHA, reguladas en la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013, la ley 26.743 y la recepción de la Filiación mediante técnicas de reproducción asistida en el art.558 del Código Civil y Comercial de la Nación completan el plexo normativo, coadyuvando a la concreción de la descendencia en las diversas configuraciones de parejas parentales.

Ahora bien, en los Arts. 563 y 564 el Código regula el derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida con gametos de tercero y el

contenido de esa información, adoptando la postura 'más equilibrada', la denominada posición "intermedia"¹⁴, 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.

El principio de realidad impone 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"¹⁵, 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 espermatozoos) puedan tener en el derecho a formar una familia.

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.

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.¹⁶

Entendemos que la solución adoptada en principio por la jurisprudencia y seguida por nuestra legislación concilia ambos intereses, respetándolos por igual y sin imponer una innecesaria relación de prioridad de uno sobre el otro, todo bajo la luz del principio de proporcionalidad.

Tal como lo ha expresado la Excma. Dra. Kemelmajer de Carlucci y de quien nos permitimos tomar la siguiente reflexión:

¹⁴ KEMELMAJER, HERRERA y LLOVERAS, Ob. Cit., p. 574/575.

¹⁵ http://www.samer.org.ar/pdf/codigo_de_etica_de_reproduccion.pdf, compulsada el 16/08/2015.

¹⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora, *Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico*, Publicado en: LA LEY 09/10/2012, 1 • LA LEY 2012-E, 1257, Cita Online: AR/DOC/5149/2012.

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".¹⁷

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.

8. Derecho a tener vínculo jurídico

A su vez, en ningún caso se generará vínculo jurídico alguno entre el donante y el niño/a nacido/a en virtud de TRHA heterólogas, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales, prohibiéndose a ambos ejercer tanto la acciones de impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial, como realizar el reconocimiento o ejercer la acción de filiación o reclamo alguno de vínculo filial (Arts. 575 y 577 CCCN). No sólo no podrá reclamarse filiación, sino tampoco alimentos, comunicación, etc.¹⁸

Ciertos autores no están de acuerdo con estas disposiciones, afirmando que implican la consagración definitiva del divorcio entre verdad y derecho, en aras de una regulación adultocéntrica;¹⁹ tratándose así de una 'filiación contrafáctica', que corta todo lazo con la realidad corpórea del niño así concebido²⁰. Otros, que "se busca satisfacer las necesidades del adulto, pero dejan de lado los derechos y necesidades afectivas del niño...".²¹

El art.558 del Código Civil y Comercial establece el principio de igualdad de las filiaciones, independientemente del origen de las mismas.

"La igualdad es abstracta, y como tal debe ser adecuada a las circunstancias de hecho. La exigencia constitucional y convencional obliga al legislador y al operador jurídico a realizar

¹⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora: *Ibidem*.

¹⁸ KEMELMAJER, HERRERA, LLOVERAS, Ob. Cit., p. 695.

¹⁹ BASSET, Úrsula Cristina, *La democratización de la filiación asistida*, L.L. del 16-10-2014, ps. 1 y ss.

²⁰ BASSET, Úrsula Cristina, *Ibidem*.

²¹ BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, *El derecho filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas*, en DFyP 2012 (julio), ps. 141 y ss.

la igualdad en todo cuanto sea posible, a fin de que el espectro de derechos de los hijos no se vea limitado en virtud de las elecciones de sus padres con relación al contexto en el que son concebidos”.²²

De lo expuesto se colige que sin desconocer las diferencias entre los distintos tipos de filiación, la información sobre el origen de una persona es un derecho común asimilable a las mismas.

9. Diferencia entre secreto y anonimato

En definitiva, debemos distinguir estos dos conceptos: por un lado, el “secreto”, que se extiende no sólo al modo de concepción, sino también a la identidad de la persona que permite ser padres. El “anonimato” consiste en la reserva respecto a la identidad del donante y los receptores.²³

Vemos que en las normas citadas no se guarda el secreto respecto de la forma en que el niño ha sido concebido (por TRHA heterólogas), ya que este dato constará en el legajo base para la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.²⁴

En cambio, la identidad del donante sí es preservada como regla, admitiéndose que, de manera excepcional y vía jurisprudencial, se pueda acceder a los datos que lo identifiquen, pesando la carga de la prueba sobre quien alegue la necesidad de conocer dicha información.

En el bloque constitucional argentino y de acuerdo a la jurisprudencia actual de los organismos internacionales interamericanos, la acción quedará expedita para que la persona concebida por técnicas de reproducción humana asistida tenga tantos derechos como los niños que son concebidos por naturaleza o ingresan a una familia por adopción.”²⁵

Creemos que el plexo normativo en su totalidad debe expresar la idiosincrasia y la cultura de todo el pueblo argentino, en tanto la verdad y la transparencia de los lazos e historias individuales y comunes ayudarán a promover y consolidar la salud general de todos. No se pueden consolidar relaciones jurídicas que no permeabilicen, que no reflejen, que no expresen y que no trasuntan la verdad. El derecho no puede permitir que las relaciones familiares se construyan y se sostengan sobre el ocultamiento, la ficción, la distorsión o los vericuetos procesales impeditivos al acceso a la verdad y su contenido, aunque éste devenga traumático.

10. Derecho comparado²⁶.

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

²² CORDOBERA GARRIDO, Lidia; BORDA Alejandro; ALFERILLO, E Pascual, *Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado, Título Preliminar, Libros Primero y Segundo, Artículos 1° a 723, Parte General, Relaciones de Familia*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p.624.

²³ KEMELMAJER, HERRERA y LLOVERAS, Ob. Cit., p. 548.

²⁴ Varios estudios recomiendan que los niños sepan acerca de su origen cuanto antes, en especial, antes de la adolescencia.

²⁵ CORDOBERA GARRIDO, Lidia; BORDA Alejandro; ALFERILLO, E. Pascual, Ob. Cit., p. 635.

²⁶ Para ampliar este punto ver: KEMELMAJER, HERRERA y LLOVERAS, Ob. Cit., págs. 560/574.

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".²⁷

Cabe enumerar las siguientes posiciones existentes en el derecho comparado:

a) Países que mantienen y conservan la figura del anonimato: Francia (que prohíbe al receptor conocer la identidad del donante y viceversa, bajo pena de 2 años de cárcel y multa de 30.000 euros); Italia (que prohíbe directamente la fecundación heteróloga, estableciendo sanciones de hasta 600.000 euros para quien viole esta prohibición); Dinamarca; Rusia; Ucrania.

b) Países que no permiten acceder a la identidad pero sí a los datos médicos: República Checa; Brasil; Grecia.

c) Países que prevén el sistema de "doble ventanilla": el cual 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. Lo encontramos en Bulgaria e Islandia, por ejemplo.

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: España; Portugal; Uruguay.

e) Países que han eliminado la figura del anonimato del donante consagrando plenamente el derecho a conocer el propio origen genético: Suecia; Suiza; Alemania (que reconoce a partir de los 18 años el derecho a la información necesaria para la identificación del padre genético); Austria (reconoce el mismo derecho a partir de los 14 años); Reino Unido (donde se decidió la supresión del anonimato desde abril de 2005, teniendo derecho a acceder a información no identificable –como estado civil, raza, apariencia física, etnia, historia médica, religión, si tiene hijos, etc.- los mayores de 16 años, y a partir de los 18 años a información identificable –como nombre, fecha de nacimiento y última dirección registrada del donante-); Holanda (desde junio de 2004, permite el acceso a información genérica desde los 12 años y a la identidad del donante a los 16 años); Nueva Zelanda; Finlandia (desde octubre de 2006, a partir de los 18 años); Noruega (desde diciembre de 2003, a partir de los 18 años, mediante la creación de un registro de donantes).

11. Bibliografía

- Ales Uría, Mercedes, “Derecho a la identidad y las técnicas de reproducción humana asistida”, Publicado en: LA LEY 26/06/2014, 26/06/2014, 5 - LA LEY2014-D, 42, Cita Online: AR/DOC/1970/2014.
- Basset, Úrsula Cristina, “La democratización de la filiación asistida”, L.L. del 16-10-2014. Cita Online: AR/DOC/3594/2014.
- Basset, Úrsula C., “Derecho del niño a la unidad de toda su identidad”, Publicado en: LA LEY 16/11/2011, 16/11/2011, 1 - LA LEY2011-F, 1005.
- Berbere Delgado, Jorge Carlos, “El derecho filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas”, en DFyP 2012 (julio), ps. 141 y ss.

²⁷ KEMELMAJER, HERRERA, LLOVERAS, Ob. Cit., p. 561.

- Código Civil y Comercial, Ed. Zavallía, Buenos Aires, 1ª Ed., 2014.
- Cordobera Garrido, Lidia; Borda Alejandro; Alferillo, E. Pascual, “Código Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado”, Título Preliminar, Libros Primero y Segundo, Artículos 1º a 723, Parte General, Relaciones de Familia, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015.
- D’Antonio, Daniel Hugo, “Convención sobre los Derechos del Niño, Análisis de su Contenido Normativo, Aplicación Jurisprudencial”, 1ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010.
- DOMINGUEZ GIL, Andres- FAMA, María Victoria- HERRERA Marisa,” Derecho Constitucional de Familia Tomo I, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2012.
- Fernández Sessarego, Carlos, “Derecho a la Identidad Personal”, 1992, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.
- Fernández, Eugenia Silvia, “Tratado de Derecho de Niñas. Niños y Adolescentes”, Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.
- Herrera, Marisa 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”, Publicado en: LA LEY 20/08/2014, 20/08/2014, 5 - LA LEY2014-D, 594, Cita Online: AR/DOC/2545/2014.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Lamm, Eleonora: “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico” LA LEY 09/10/2012, 09/10/2012, 1 - LA LEY2012-E, 1257.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (Directoras), “Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014”, Tomo II (Arts. 509 a 593), Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 1ª Ed., 2014.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Lamm, Eleonora, “Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima”, Cita Online: AR/DOC/4369/2014.
- Krasnow, Adriana N., “A un paso de concretarse el reconocimiento pleno en la dimensión normológica de las técnicas de reproducción humana asistida”, Publicado en: ADLA2014-34, 3 - DFyP 2015 (marzo), 09/03/2015, 132, Cita Online: AR/DOC/4628/2014.
- Ley 26.061. Ley de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes, (2005), Editorial La Cañada, Córdoba, 2007.
- Lloveras, Nora - Salomón Marcelo, “El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2008.
- Nallar, Florencia, De Arrascaeta, Arturo: “Derecho a la identidad vs. derecho al anonimato”. DFyP 2014 (octubre), 01/10/2014, 225. Cita Online: AR/DOC/3010/2014.
- Proyecto de código civil y comercial, 2012, Editorial Zavallia.

- Solari, Néstor E.-Benavente, María Isabel, “Régimen de los Menores de Edad,” (Directores), Editorial La Ley, Buenos Aires, 2012.