

## **EI DERECHO A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

### **Resumen:**

*En el desarrollo del presente trabajo se pudo observar que la incorporación de las TRHA como tercera fuente de filiación, vulnera el derecho de los niños nacidos mediante dichas técnicas, y con donación de gametos, al no reconocer de forma expresa el derecho a conocer su identidad biológica, generando una superposición de derechos constitucionales e internacionales donde la justicia deberá interpretar en cada caso concreto, las “razones debidamente fundadas” que permitirán el acceso a dicha información.*

**Autor:** Dra. Florencia P. Galeazzo Goffredo\*.

### **1. ¿Qué son las Técnicas de Reproducción Humana Asistida?**

Las “T.R.H.A”, es la denominación dada a las técnicas utilizadas para la inseminación artificial o la fertilización in vitro del óvulo por el espermatozoide, que se realiza en laboratorios utilizando un proceso para la formación del embrión que luego será transferido a la cavidad uterina.

La ley 26.862, denominada “Reproducción Medicamente Asistida”, las define en su artículo 2º que son todos “...*los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo.... Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones..*”.

De la definición se desprende que, éstas técnicas pueden tener lugar en las siguientes situaciones: en parejas heterosexuales con dificultad para concebir, en mujeres solteras, que desean concebir un hijo, con donación de material genético masculino, en parejas de mujeres del mismo sexo también con donación de material genético.

En general, antes del surgimiento de las TRHA, la paternidad era clara, y siempre había un denominador común: las relaciones sexuales para procrear, y consecuentemente la comprensión de lo genético por lo biológico. En otras palabras, antes de la aparición de las TRHA, el elemento genético, el biológico y el volitivo coincidían, en general, en una misma persona. Digo en general, porque independientemente de la falta de voluntad o deseo, se le atribuía la paternidad en virtud de haber aportado el material biológico, que era el elemento determinante.

Hoy puede ocurrir, que una de las mujeres haya aportado su gestación, pero con óvulos de otra mujer o donados -no con los suyos propios-, lo que ya representa un cambio. En este caso, su maternidad se determina por el parto, pero el dato del parto se refuerza con el consentimiento previamente prestado a las TRHA que necesariamente debió dar, de lo contrario, sería un embarazo forzoso -que impide que ella o cualquier otra persona pueda impugnar esa maternidad alegando la falta de material genético. Pero además, la

otra mujer -cónyuge o pareja de la que da a luz- es legalmente madre con la sola aportación del elemento volitivo.

Esta segunda mujer no ha gestado, ni por ende parido, y puede que ni siquiera haya aportado su óvulo y aun así, es madre por haberlo consentido.

Las TRHA, no sólo distinguen entre lo genético y lo biológico, sino que provocan la disociación del elemento genético y del elemento volitivo en el nacimiento del ser humano, dado que la aplicación de aquellas técnicas posibilita que el nuevo ser esté dotado de un patrimonio genético correspondiente a distintos progenitores.

Por esto, es que ante la disociación de la maternidad cuando se trata de matrimonios o uniones integrados por dos mujeres, la filiación del niño respecto de la cónyuge o pareja de la mujer que dio a luz, se determine sobre la base del consentimiento: de la voluntad procreacional, con total independencia del vínculo genético.

De esta forma, nuestros tribunales han dicho en el fallo “P., A. c/ S., A. C. s/ Medidas Precautorias”<sup>1</sup> a través de la doctrina de los actos propios que: “la voluntad procreacional en la paternidad biológica es aceptada desde el momento en que el Sr. S. accedió a hacerse el tratamiento de fertilización asistida, conociendo las implicancias y posibles consecuencias asumidas en el contrato ..., en el que específicamente se acordó qué procedimiento se debía seguir en caso de disolución del vínculo matrimonial. La voluntad procreacional explícita, queda pues manifiesta en ocasión de suministrar su material genético conociendo que lo hacía con la finalidad específica de que fuera utilizado en el proceso de inseminación. Dicha voluntad procreacional deviene del derecho de la autonomía de la voluntad, y este principio constitucional se encuentra contenido en el artículo 19 de la CN, respecto de las acciones privadas de los hombres, reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados, y el principio de legalidad consagrado en el art 18 de la CN entendiendo que las acciones que no afecten moral, buenas costumbres y derechos de terceros no pueden juzgarse los jueces, por más que exista una ley anterior al hecho de la causa”.

De esta forma, cambia el principio del Código de Vélez que establecía la existencia de las personas comenzaba en el seno materno, y madre era únicamente quien pare. En la actualidad, esta disposición ha quedado desactualizada, por los motivos ya expuestos.

Así, el nuevo código incorpora las TRHA, en el título V, capítulo II, referido a la filiación, y en el artículo 560 comienza tratando el consentimiento de aquellas personas con intención y voluntad de concebir, determinando que el mismo deberá ser otorgado ante el centro de salud interviniente, de forma previa informado y libre, el cual debe revocarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

Respecto a la forma del mismo, como requisito del consentimiento, se exige por la teoría de los actos propios, que el mismo sea irrevocable, mientras no se haya producido la concepción, debe ser expresa y protocolizada ante escribano público, con inscripción en el Registro Civil cuando el niño nace.

En este caso, son irrevocables las acciones de filiación como reclamación de estado o impugnación por parte de quien se sometió a las TRHA.

---

<sup>1</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala J - Fecha: 13 de Septiembre de 2011. “P., A. C/S., A.C. s/medidas precautorias Fertilización asistida”. La justicia autorizó un implante embrionario pese a la negativa del padre. Derecho a la vida Tribunal.

El art. 562, trata la fuente de las técnicas, con la denominación “voluntad procreacional”. Al respecto el Jurista Francés, Philippe Malaurie<sup>2</sup> afirma que “en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva "verdadero padre es el que ama"; la biológica "los lazos sagrados"; la sociológica que genera la posesión de estado; la de la voluntad individual "para ser padre o madre es necesario quererlo"; la del tiempo "cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo".

Como se ha dicho, antes de la aparición de las TRHA, sólo existía la procreación por medios naturales, y quien dejaba embarazada a una mujer era necesariamente el mismo que aportaba el material genético; y la mujer que gestaba el niño lo hacía siempre con óvulos propios, y de ello se sucedía que era la madre. Es decir, lo biológico comprendía lo genético, siendo imposible disociarlos, es decir el "vínculo biológico" era el presupuesto de una serie de "certezas".

Hoy, como consecuencia de las TRHA, se presentan tres criterios perfectamente diferenciados que dan lugar a tres verdades<sup>3</sup>. De tal forma, que las variables que pueden presentarse en el marco del derecho filial son: la verdad genética donde lo relevante es haber aportado el material genético; la verdad biológica donde el origen cuenta con un acto humano: alguien estuvo allí para producirlo y ese alguien está más allá de los genes; la biológica importa un plus respecto de la verdad genética, dado que irroga un vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon, y la gestación de la madre de haber gestado durante nueve meses al ser por nacer. Y por último, la verdad voluntaria o consentida como la paternidad y/o maternidad determinada por la voluntad procreacional.

Así, los avances científicos, la maternidad y la paternidad imponen una realidad no genética sino socio-afectiva determinada por la aportación del elemento volitivo: la voluntad procreacional.

### **3. La filiación en el derecho argentino y los nuevos paradigmas de las TRHA:**

Define el Dr. Azpiri<sup>4</sup>, a la filiación como el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y la mujer que lo alumbró, entendiendo que cuando se alude a la filiación se está haciendo referencia a ésta como centro de imputación de distintos derechos y deberes.

El Código de Vélez, en el art. 240 hacía referencia a que “...*la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción.*”, estableciendo únicamente estas fuentes de filiación.

Ese principio deriva de que la filiación por naturaleza, reconoce su origen en un acto sexual, acto que causa la procreación de quien participa en ese acto. A diferencia de ella, la filiación derivada de las TRHA heteróloga, puede suceder que el elemento genético no es aportado por la misma persona que presta el elemento volitivo<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> MALAURIE, PHILIPPE, “La Cour Européenne des droits de l’homme et le “droit” de connaître ses origines. L’affaire Odièvre”, La semaine juridique, 2003, (N° 26), p. 546.

<sup>3</sup> LAMM, ELEONORA, El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación.

<sup>4</sup> AZPIRI, JORGE. Juicios de filiación y patria postestad. 3° edición actualizada, 2015.

<sup>5</sup> La procreación artificial puede ser homóloga, cuando el semen proviene del marido; y heteróloga, cuando procede de un donante, es decir, de una persona ajena a la pareja, y por lo general anónimo.- En la filiación por naturaleza puede que el hombre no haya deseado tener un niño; independientemente de su

Esta “voluntad procreacional”<sup>6</sup>, es un nuevo concepto que según Riverio Hernández puede definirse como “elemento relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por reproducción humana asistida es la decisión de que ese ser nazca “no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos (y/o genéticos), pueden ser sustituidos. Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja, casada o no —excepcionalmente, si ha lugar, de una mujer sola— y sólo de ella. El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible y, por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. La aportación de todos los demás protagonistas es, en cambio, fungible y no es verdadera causa eficiente del nacimiento en cuestión ”<sup>7</sup>.

En consecuencia, la filiación por TRAH corresponde a quien desea ser “parent”, a quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido.<sup>8</sup>

#### **4. Fundamentos de la incorporación de las TRHA al CC y C:**

Regular el uso de las TRHA no fue fácil, desde el marco de un ordenamiento jurídico que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, y amplía el campo de las diversas formas de organización familiar originando la filiación homoparental<sup>9</sup>.

De manera general puede decirse que fue necesario la incorporar una tercera fuente de filiación, entendiendo que hoy no es madre únicamente quien pare, y para poder amparar las distintas situaciones de familias actuales.

Vélez Sarsfield, en el artículo 242, dispuso que el vínculo jurídico entre el recién nacido y la mujer que dio a luz, junto al certificado médico que demostraban el alumbramiento, y la identidad del nacido, eran suficientes para determinar la maternidad. Así, la maternidad quedaba establecida por la conexidad entre la prueba del nacimiento y la identidad del nacido con la prueba del ADN.

Con los avances tecnológicos, resultó necesaria cambiar la postura tradicional, para permitir el derecho filial a los niños nacidos mediante estas técnicas, y reconocer los derechos legislados en ley 26.618, donde se reconoció el derecho a parejas del mismo sexo, a contraer matrimonio, y por consiguiente, a procrear y formar una familia.

Así, en el caso de dos mujeres que hubieren contraído matrimonio, y una de ellas haya dado a luz como consecuencia del aporte de material genético anónimo, aplicando la teoría de Vélez, la madre sería la que dio a luz. ¿Pero qué vínculo legal existiría entre ese hijo y el cónyuge de la madre? Ninguno.

---

falta de voluntad, la paternidad se le atribuye en virtud de haber aportado el material biológico (que en estos casos comprende el genético), a través de la relación sexual.

<sup>6</sup> LAMM, ELEONORA, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, Revista de bioética y derecho (en prensa)

<sup>7</sup> RIVERO HERÁNDEZ, FRANCISCO, Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Madrid, Ed. Trivium, 1988, p. 146.

<sup>8</sup> LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28/09 a 2/10/1987), La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científico en materia de reproducción humana, Madrid, Ed. Trivium, 1988, p. 325.

<sup>9</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino de las técnicas de reproducción humana asistida.

Así el art. 558 del CCyC, incorpora a las TRHA como nueva fuente de filiación, estableciendo la igualdad de efectos entre los que puedan tener lugar en la concepción por naturaleza, TRHA, y adopción plena.

Hasta aquí lo expuesto, entendemos los motivos por los cuales fue necesario actualizar las figuras legales de la filiación. Pero ¿qué sucede con el derecho de los menores por nacer mediante las TRHA que han sido concebidos con el aporte de material genético anónimo?, ¿Quién será responsable de informarle sobre sus orígenes genéticos?, ¿estos niños tendrán derecho a saber sus orígenes?. Es aquí, donde elegimos detenernos y pensar que las TRHA no pueden crear una rivalidad entendida como el derecho del niño vs el derecho al hijo.

## **5. La identidad biológica como derecho a conocer sus orígenes:**

Pero, ¿qué define la identidad de un sujeto y que son los orígenes?. Para la psicología, la identidad es una necesidad básica del ser humano que permite responder a la pregunta quién soy yo?, que es tan necesaria como recibir afecto o el alimentarnos.

Erich Fromm decía que: *"esta necesidad de un sentimiento de identidad es tan vital e imperativa, que el hombre no podría estar sano si no encontrara algún modo de satisfacerla"*.

¿Alcanza con decir qué es la historia de cada individuo?. La construcción de la historia personal, aunque parezca insignificante, juega un papel fundamental en la formación de la personalidad. Esta se inicia en el proceso de gestación por la percepción misma de algunos eventos impactantes para la madre, y estará entrelazada con ambos padres y los vínculos familiares y sociales, desde cuando se tenga pleno uso de razón hasta el final de la vida.

Por ello consideré prudencial, pensar en el derecho de los menores a conocer los orígenes biológicos de sus padres, por la importancia de la carga genética en el aporte de los gametos donados. El médico y psicólogo Hans Eysenck, inglés de origen Alemán, se especializó en el estudio de la personalidad, quien en su teoría probó que existe una genética de la conducta humana. Su teoría está basada en que las diferencias de las personalidades surgen de nuestra herencia hereditaria en un 80% y en un 20% del entorno social.

Los genetistas explican que cada una de las personas lleva en su información genética dos "variantes" para una misma característica o gen: una heredada del padre y otra, de la madre. Una de esas variantes se expresa físicamente y la otra queda oculta en los genes. Al tener un hijo, él portará también dos variantes, la de la madre y la del padre, es decir, que para cada rasgo físico tendrá cuatro formas posibles. Influyen de esta manera en la personalidad del ser por nacer.

Sin embargo, y pese a la cantidad de avances de la ciencia, el nuevo código, en los art. 563 y 564, otorga el derecho a las personas nacidas mediante las TRHA, de obtener la información únicamente respecto de los *"datos médicos de salud relevante"*, y revelar la identidad del donante pero por *"razones debidamente fundadas evaluadas por la autoridad judicial"*.

Pero, ¿cuáles van a ser las "razones debidamente fundadas", y por qué se restringe el derecho a conocer los orígenes?. El texto de la norma no explicita un criterio a seguir, sino que queda a criterio de interpretación del juez, los casos en los que hará lugar a lo solicitado.

De esta forma, el anonimato del donante puede interpretarse como el principal obstáculo para el disfrute efectivo del derecho del niño, a conocer sus orígenes biológicos.

De aquel, como forma de reproducción, el secreto sobre la identidad del progenitor fue impuesto en materia de adopciones por diversas razones, y luego fue reproducido, sin mayores análisis, al fenómeno de la reproducción humana asistida.<sup>10</sup>

Así, el primero de ellos, tenía como fin evitar prácticas como el aborto, el infanticidio o el abandono de los niños/as en circunstancias penosas, y garantizar a las mujeres que decidían entregar en adopción a sus hijos, antes y después del parto, información, atención y cuidados médicos correspondientes a su estado.<sup>11</sup> En cambio, el secreto sobre la identidad del progenitor en las TRHA tenía como objetivo impedir que la mujer transfiera al donante, que le ha permitido ser madre, el afecto debido al marido.<sup>12</sup>

Pero, a pesar de estas y otras motivaciones expuestas por la doctrina científica, el fin práctico más buscado es el aseguramiento de la disponibilidad de semen y óvulos para satisfacer la demanda del mercado fecundo de la medicina reproductiva<sup>13</sup>

En este sentido, Yolanda Gómez Sánchez considera que el derecho a “tener hijos” no sólo se refiere a la procreación natural de los seres humanos sino que se extiende a la lograda a través de las técnicas artificiales. En estos términos, el derecho a la reproducción humana podría pensarse como un límite al acceso al conocimiento a la identidad del progenitor, de comprobarse, las variables de derecho de acceso a los datos identificatorios del donante y el descenso en la obtención de gametos para la reproducción humana. Sin embargo, consideramos que el interés superior del niño debe ser atendido con preeminencia al momento de adoptar cualquier tipo de medida que pueda afectar el ejercicio y goce de sus derechos, como el de conocer su origen biológico<sup>14</sup>.

Así, el secreto de la identidad del progenitor de los descendientes de donantes, puede ser entendido como un límite para negar la existencia de derechos y obligaciones filiatorios entre donante y descendiente, pero no para impedir el acceso a conocer el origen biológico como contenido trascendente para el plan de vida de una persona.

El anonimato del donante, y la inexistencia de algunos Estados partes en la CDN son la barrera para el disfrute efectivo del derecho del niño a conocer su origen biológico, y son una restricción ilegítima al ejercicio de este derecho, al impedir la conservación de los datos identidarios de los donantes.

La creación de estos archivos, podría ser justificada en razón de que el registro de las informaciones biogenéticas coopera al disfrute del derecho del niño al más alto nivel

---

<sup>10</sup> ALCORTA IDIAKETZ, Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho Español y Comparado, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003, p.256

<sup>11</sup> NIETO ALONSO, Antonia, "El iter en la búsqueda de la verdad real frente a la verdad presunta y el derecho", Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, España, 2004, pp. 3521-3550.

<sup>12</sup> ALCORTA IDIAKEZ, Itziar. Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho Español y Comparado, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003, p.256.

<sup>13</sup> SHENFIELD, F. and STEELE, S.J., "What are the effects of anonymity and secrecy on the welfare of the child in gamete donation?", en Human Reproduction, vol.12, n°2, 1997, pp.392-395.

<sup>14</sup> NIETO ALONSO, Antonia, "Reproducción Asistida y Anonimato de los Progenitores", en Aranzadi Civil, n°3, 2004, pp. 2309-2336.

posible de salud y, además, previene matrimonios endogámicos entre hijos del mismo donante.<sup>15</sup>

De esta forma, podríamos decir que el examen de la proporcionalidad de la norma exige considerar los derechos implicados y delimitar los alcances de “las razones debidamente fundadas” dan lugar al levantamiento de la reserva de la identidad del donante.

Dicho análisis se complementa con la necesidad de retomar el significado de la expresión “en la medida de lo posible” contenida en el art. 7.1 de la CDN cuando refiere al derecho del niño a conocer a sus padres. Si existe –como vimos– un derecho humano a conocer los orígenes disgregable del derecho al emplazamiento filial, la norma proyectada se alza como una restricción a este derecho, pues supedita su ejercicio a la configuración de determinadas circunstancias. Tal restricción será legítima únicamente en la medida en que se verifiquen los criterios ya mencionados: el fin legítimo, idoneidad, existencia de alternativas menos restrictivas, y proporcionalidad en sentido estricto.

Desde la perspectiva expuesta, puede decirse que ambas limitaciones se encuentran justificadas por fines legítimos, cuales son la protección del derecho a la intimidad de los dadores de material genético y la subsistencia del sistema de fertilización heteróloga que se basa en la existencia de daciones de material genético, aspecto práctico que en el plano jurídico encuentra correlación con el reconocimiento del derecho a fundar una familia.

Sin embargo a mi criterio, considero que debieran existir alternativas menos restrictivas y la proporcionalidad en sentido estricto de estas medidas resultan discutibles o, al menos, exigen ser interpretadas a la luz del principio “pro homine” para evitar que mediante ellas se vulnere el derecho a conocer los orígenes.

En consecuencia, en caso de colisión de derechos, “se debe verificar que la restricción que prevalezca sea la más restringida o la que afecte a un derecho de menor jerarquía”, de modo que como sostiene la Corte IDH, “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrecha mente al logro de ese legítimo objetivo”. En este entendimiento debe interpretarse entonces la expresión “en la medida de lo posible”<sup>16</sup> contenida en el art. 7.1 de la CDN, debe considerarse alusiva solo a los impedimentos de índole fácticos –o sea, imposibilidad de alcanzar el conocimiento por falta o carencia de información– y no a los de índole legal.

La medida luce desproporcionada si se observan dos cuestiones. Por un lado, que quien dona su material genético lo hace en pleno ejercicio de su libertad, es decir, se coloca voluntariamente en esa situación, de modo que no parece irrazonable exigirle que asuma las consecuencias de su accionar. En cambio, el niño o adulto concebido por TRHA ha sido ajeno al acto, por el cual se accedió a la procreación y no ha prestado su consentimiento a tales fines. Como sostuvo Kemelmajer de Carlucci en su crítica al caso “Odièvre” del TEDH, a mi juicio extensible al caso en estudio, la solución del Proyecto “Hace prevalecer la voluntad de quien realizó un acto generalmente consciente... sobre

---

<sup>15</sup> REINO UNIDO. Human Fertilisation and Embryology Act 1990, Chapter 37, Information, Article 31.4.b.

<sup>16</sup> PINTO MONICA, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004, pp. 16 y ss.

el derecho de alguien que nada pudo hacer para evitar el conflicto, pues no estaba en su decisión nacer o no nacer”.<sup>17</sup>

Existe un derecho a tener acceso a la verdadera historia, que abarca el de conocer quiénes han aportado material genético para luego hacer viable la fecundación, y que constituye un elemento trascendente para la configuración de la propia subjetividad y para el desarrollo físico, emocional y psicológico de los seres humanos. Y los beneficios del reconocimiento de este derecho justifican el sacrificio a la intimidad de quien ha donado su material genético, y al derecho a formar una familia de los usuarios de TRHA, si ello pudiera significar una disminución de la cantidad de donaciones que tornan viable el acceso a tales técnicas.

## **6. Los niños por nacer y la vulneración de sus derechos:**

Cuando pensamos en las TRHA, la primera preocupación que surgió rondaba la necesidad de los padres de concebir un hijo, no atropelle las necesidades de los hijos de conocer su completa identidad, ni sean las TRHA una forma práctica de procreación individual.

Si bien los art. 563/4 del CCyC protegen en parte, el derecho a la información de las personas a conocer sus orígenes, no lo efectúa de forma categórica, como sucede en los principios generales de la adopción, en el art. 595 del mismo código.

Ya hemos explicado, que la concreción de dicho derecho queda al arbitrio de la decisión del juez, y dicha interpretación es la que genera una situación de incertidumbre a la hora de tener confianza en que dicho va a ser respetado.

De forma como plantea el código, tendrían derechos los menores adoptados, y nos así los niños concebidos por TRHA, con donación de gametos.

A la luz de la reforma constitucional de '94, sabemos que internacionalmente también se ha modificado el derecho de la filiación, mediante la incorporación de convenciones y tratados a través del art 75 inc 22, referidos a los derechos humanos. Éstos tienen injerencia inmediata en el derecho analizado, y al estar ratificados son de aplicación obligatoria en nuestro país e incluidos dentro de la Constitución Nacional, resultando inquestionable su vigencia.

Por lo tanto, en caso de que una norma interna no coincida o fuera contraria a lo dispuesto por un tratado internacional incorporado a través de la CN, el derecho interno deberá modificarlo, y mientras ello no ocurra podrá ser declarado judicialmente inconstitucional quedando sin aplicación en el caso concreto.

Por otra parte, cuando se encuentran dos derechos constitucionales en pugna, como no existe otra prioridad o prevalencia entre ellos ya que se trata de principios de igual jerarquía deben ser ponderados siguiendo un criterio armonizado.

De esta forma, podemos decir que el derecho a la identidad de los niños encuentran protección en las siguientes figuras legales: a. Principio de no discriminación: comprende de manera fundamental a los hijos sin que pueda efectuar ya distinciones en cuanto a sus derechos, según hayan nacido fuera o dentro del matrimonio, y también debieran pensarse en relación a los niños adoptados respecto de los nacidos mediante

---

<sup>17</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso ‘Odievre vs. France’”, RDF N° 26, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, p. 89.

TRHA. El art 17 de la CADH menciona expresamente la necesidad de igualdad de derechos entre los hijos. El art 2 de la Convención de los Derechos del Niño, repite este principio sustancial de sus derechos por lo que no cabe efectuar distinciones que no respondan a una realidad jurídica diferenciada. b. Principio de respetar el interés superior del niño: Debiendo primar sus derechos por sobre cualquier otro derecho que se encuentre en juego. c. Principio de identidad biológica: La identidad no se limita exclusivamente a la verdad biológica, sino que es comprensiva de otros aspectos que integran la persona, por tratarse de un proceso que comienza con la concepción y culmina con la muerte (dimensión estática y dinámica), pero que también surgen de la identidad genética aportada en los gametos. Como señalan los Dres. Gil Domínguez, Famá y Herrera "... se puede advertir que la biología no es la única verdad que prima en el derecho de la filiación, sino que ésta se combina con la cultura, lo social, lo psicológico. Aquí es donde se conjugan las fases estática y dinámica que integran la identidad de una persona según Fernández Sessarego..."<sup>18</sup> La identidad de una persona comprende tanto la verdad biológica y la voluntad procreacional cuando no coinciden, puesto que conforman distintos momentos del proceso de construcción de la misma. En consecuencia, la disociación entre verdad biológica y voluntad procreacional no impide que el hijo en un momento de su vida decida acceder a su origen completo, sin poner en peligro el emplazamiento filial conforme a la voluntad procreacional. d. Principio de intervención en los procesos judiciales: interpretado el art. 27, inc. c, ley 26.601 en concordancia con las normas del Código Civil supra mencionadas, cabe concluir que el derecho que acuerda al menor para intervenir por sí mismo en juicio con patrocinio letrado no puede ser ejercido cuando aquél no hubiese alcanzado los 14 años de edad. Dicha participación exige garantizarle el derecho "a ser escuchado...", ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional", teniendo "debidamente en cuenta" sus opiniones "en función de la edad y madurez" (arts. 12, CDN. y 3, inc. b, 24 y 27, incs. a y b, ley 26061). Debe ser reconocida, pues, a todo menor, aun impúber en los términos del art. 127, CCiv., "en función de la edad y madurez" según reza el precepto antes transcripto. Pero ello, no se halla en cuestión en la especie sub iudice, en la cual, por lo demás, esa participación personal ha sido concretamente asegurada a ambos menores.

## **7. Reflexiones finales:**

Para finalizar, considero que la realización de las TRHA, con donación de espermatozoides deberían tener amparo concreto, respecto de poder revelar los datos del donante anónimo. Esta falta de legislación, junto a la delegación en el juez de interpretar las razones debidamente fundadas, generan una mayor exposición del menor por nacer, que la de un niño adoptado.

Mientras que en los casos de adopción, rigen los principios expresamente establecidos en el apartado del tema, que son reflejo de los derechos internacionales y de los niños, el menor que nace mediante con voluntad procreacional, no cuenta con esos recursos de forma expresa. Esta falta, deja al derecho del niño en un estado de incertidumbre, y a instancias de revisión por las autoridades judiciales, el derecho a conocer sobre sí mismo, violando de esta forma la importancia del interés superior del niño por sobre cualquier otro conflicto de intereses existentes.

---

<sup>18</sup> GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa; "Derecho Constitucional de Familia", Buenos Aires, Ediar, 2006, T. II, p. 836.

No hay justificativo suficiente para violar el interés superior del niño, ni superponer el derecho de los padres a procrear, sin el compromiso de éstos de revelar a sus hijos la identidad del donante. La procreación tiene un límite en el interés superior de aquel, que es el ser más indefenso y requiere un mayor amparo, principalmente desde el seno materno.

Estos niños nacidos mediante TRHA requieren protección especial, complementaria a los concebidos naturalmente.

Por ello a mi entender, es de suma importancia revelar la identidad del donante anónimo para aquel que lo solicite, debiendo el juez otorgarla sin más trámite, entendiendo que es un derecho inalienable de toda persona humana, con jerarquía internacional y constitucional en la que nadie puede entrometerse, ni decidir sobre la afectación en el desarrollo emocional en la vida del otro.

Para finalizar, comparto las palabras de Jorge Freijo y Lopez Taiana,<sup>19</sup> cuando dicen que “los valores éticos deberán prescindir inexcusablemente el desarrollo y el progreso científico y el progreso de la ciencia la que deberán estar siempre destinada al progreso de la edad de la humanidad y no al revés”.

---

<sup>19</sup> Freijo – Lopez Taiana. Responsabilidad de los profesionales de la medicina por fecundación post mortem. Cit, p 842.