

CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD, LA FILIACIÓN Y LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Autora: Graciela N. Gonem Machello*

Resumen:

De lege lata:

El derecho a la identidad comprende el derecho a conocer el origen biológico sin restricciones y el derecho a la unidad de todos los elementos o estratos que configuran la identidad.

La regulación de la filiación por técnicas de fecundación artificial conduce a situaciones de discriminación. Resurgen categorías de hijos.

El sistema de anonimato relativo del donante de gametos vulnera el derecho a la identidad.

La separación de los elementos genéticos, epigenéticos y fenotípicos o su supresión constituye un agravio a la identidad. El Estado debe restablecer el elemento suprimido en forma inmediata (CDN art. 8.2).

De lege ferenda:

Promover la derogación de los arts. 560 a 564.

Impulsar la prohibición expresa de la fecundación heteróloga y la gestación por sustitución e imponer sanciones pecuniarias a quienes violen la prohibición.

I. La identidad personal y el derecho a la identidad personal

La identidad personal debe expresar la totalidad de aquello que el ser humano, es realmente, en su inseparable unidad sicosomática¹. En sentido estricto suele reservarse la expresión “identidad personal” para designar la dinámica proyección social de la personalidad, pero también, la identidad se muestra a través de la vertiente estática de la personalidad, mediante los denominados “signos distintivos” de la persona dentro de los que se suele ubicar al nombre y a la imagen física². Otros elementos estáticos de la identificación personal tienen relación con el sexo, la edad, el estado y la filiación³.

* Investigadora “C” CIUNR, Profesora Adjunta de Historia del Derecho, Facultad de Derecho (UNR). FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Bs. As., Astrea, 1992, pág. 147.

² *Ibidem*.

³ CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Bs. As., Astrea, 2008, pág.708.

La identidad de la persona, supone la inexorable conjunción de la identidad estática y la dinámica⁴.

Zannoni destaca que la noción de identidad no es, “desde la perspectiva jurídica, unívoca”⁵ y distingue: a) La identidad personal en referencia a la realidad biológica, b) la identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona y c) la identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona⁶.

Dentro de la primera Zannoni cita a Ferrer quien diferencia entre identidad genética, que alude al patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos que establece la identidad propia e irrepetible de la persona y la identidad filiatoria que “es la que resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres”⁷.

Loyarte y Rotonda ponen de relieve que “la identidad está constituida tanto por la herencia genética (genotipo), como por el resultado de su interacción con el medio porque los caracteres se expresan y manifiestan en diálogo con el ambiente (fenotipo y paratipo)”⁸. Destacan “la imbricada interacción entre el nasciturus y su madre en todo el período de la gestación; cómo todo el componente genético comenzará a desplegarse en su comunicación con ese primer medio ambiente que es para él el útero materno”; no dudan “que el desarrollo de la persona humana que ha comenzado ese iter permanente con la concepción, inicia el perfil de su identidad, en el seno materno”⁹.

Basset pone de relieve que “*la identidad genética de ninguna manera puede dar cuenta de los complejos elementos que configuran la identidad humana, que son los genéticos, epigenéticos y fenotípicos*”¹⁰; que toda persona goza del derecho a la unidad de toda su identidad¹¹, “*que en todas las regulaciones relativas a los efectos de la filiación, en la medida de lo posible, se procure garantizar la unidad, integralidad y continuidad de los aspectos de la identidad del niño*”¹².

La autora premencionada sostiene que la separación de los elementos genéticos, epigenéticos y fenotípicos o su supresión constituye un agravio a la identidad en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño y que el Estado queda obligado a restablecer el elemento suprimido de la identidad en forma inmediata (art. 8.2)¹³.

En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Tucumán, en 2011, se aprobó un despacho que estableció de *lege lata* y de *lege ferenda*: “los niños

⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op. cit.*, pág. 25.

⁵ CHIERI, Primarosa y ZANNONI, Eduardo A., *Prueba del ADN*, 2ª edic., Ciudad de Bs. As., Astrea, 2005, pág.183

⁶ *Ibidem*, págs. 183 y ss.

⁷ FERRER, *Identidad y fecundación asistida en Libro de ponencias del Congreso Internacional acerca de la Persona y el Derecho en el Fin de Siglo*, págs. 189 y ss., cit. por CHIERI y ZANNONI, *op.cit.*, pág. 184.

⁸ LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E., *Procreación humana artificial: Un desafío bioético*, Bs. As., Depalma, 1995, págs.74-75.

⁹ *Ibidem*, págs. 322-323.

¹⁰ BASSET, Úrsula, *Procreación asistida y niñez. ¿Regulación o desregulación?*, en *LL*, t. 2013- D, pág. 881.

¹¹ BASSET, *Derecho del niño a la unidad de toda su identidad*, en *LL*, t. 2011-E, págs.1005 y ss.

¹² *Ibidem*, pág.1015.

¹³ BASSET, *Procreación asisitida...*, *op. cit.*, pág. 881.

tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica)¹⁴.

Destacamos la opinión de Ghersi quien afirma que el derecho personalísimo a la identidad “es una cuestión de análisis complejo, ya que abarca distintos aspectos de dicho derecho, que comparten la misma esencia...”¹⁵.

El autor establece subclasificaciones “a. el derecho personalísimo a la identidad filial-paterno/materno-; //b. el derecho personalísimo de identidad de pertenencia a una comunidad -familia aborígen; italiana; etc.-; // c. el derecho de identidad de la comunidad”¹⁶.

Ghersi pone de relieve que “la filiación de nacimiento es una de las características más importantes y trascendentes en el ser humano...”¹⁷. “La filiación es consustancial e innata del ser humano, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación (independientemente del método de fecundación) para generar consecuencias jurídicas, para el goce de su derecho a la identidad”¹⁸.

II. La filiación, las técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial y el derecho a la identidad personal

Nos hemos pronunciado en numerosos trabajos sobre la necesidad de prohibir las técnicas de reproducción humana asistida (eufemismo destinado a ocultar el término artificial) y mantenemos nuestra opinión, no obstante, abordamos el tema, atento las disposiciones vigentes.

Las técnicas de reproducción humana asistida no constituyen una fuente distinta de la filiación por naturaleza, ya que la concepción se produce por unión de los gametos del hombre y de la mujer, según la naturaleza humana¹⁹.

Compartimos la opinión que afirma que la voluntad procreacional, regulada en el art. 562” *no constituye una pauta valiosa para la determinación de la maternidad o de la paternidad en la procreación asistida.// La dignidad de la persona humana no consiente que se disponga de su emplazamiento familiar según factores enteramente subjetivos*”²⁰.

La dicotomía entre identidad genética e identidad filiatoria está presente en la fecundación heteróloga, técnica que repudiamos y en la cual la filiación se determina por la voluntad procreacional. En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se aprobó un despacho que establece: “la voluntad procreacional no es fuente autónoma suficiente para fundar el estado de familia”²¹.

¹⁴Fuente: http://deconsultora.com.ar/bcderehocivil2011/conclusiones/CONCLUSIONES_CC, [consulta 27/03/12]

¹⁵ GHERSI, Carlos A., *Derechos personalísimos*, Ciudad Autónoma de Bs. As., La Ley, 2015, pág.301.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 305.

¹⁸ *Ibidem* págs. 305-306.

¹⁹ En el mismo sentido puede v. AZPIRI, Jorge O., *Derecho de familia*, en la obra dirigida por BUERES, Alberto, *Incidencia del Código Civil y Comercial*, Ciudad de Bs.As., Hammurabi, 2015, pág. 152.

²⁰ SAMBRIZZI, Eduardo A., *Apuntes sobre la filiación en el Proyecto*, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Edición Especial, N° 6, año IV, julio 2012, *op. cit.*, pág. 131.

²¹ Fuente: http://deconsultora.com.ar/bcderehocivil2011/conclusiones/CONCLUSIONES_CC, [consulta 27/03/12].

a) El art. 564 inc.b) del Código Civil y Comercial

Se ha afirmado que el texto del art. 564 adopta la postura “más equilibrada, la denominada posición `intermedia’”²²; regula ambos aspectos del derecho a la información de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida: identificatoria, que exige intervención judicial y no identificatoria, que no la requiere²³.

En relación con la información identificatoria del donante se alega que tiene mayores restricciones por una razón que se calificó de “sencilla: si la donación no fuese *anónima*... no habría donantes”. Se menciona el “principio de proporcionalidad” que tiene en miras “otro derecho que no sólo ha permitido que esa persona pueda nacer, sino también que lo hagan otras personas”²⁴ y que en el trámite judicial “deben encontrar protección los otros intereses involucrados- los del donante-...”²⁵.

No compartimos las opiniones vertidas y consideramos que el art. 564 vulnera el “derecho a la unidad de identidad del niño”²⁶.

1) No advertimos la proporcionalidad alegada y mencionamos la posición de Famá quien sostiene que “quien dona su material genético lo hace en pleno ejercicio de su libertad, es decir, se coloca voluntariamente en esa situación, por lo que no parece irrazonable exigirle que asuma las consecuencias de su accionar”²⁷.

2) El anonimato del donante, aunque sea relativo, no debe ser captado por las normas.

Se ha expresado que “ser hijo biológico de un desconocido puede generar una sensación de falta, de ausencia. Aunque exista una buena relación afectiva con quien cumple el rol de padre *filiatorio*, puede el así concebido querer saber quien es su progenitor y cuál es su herencia genética. Quizás, necesite conocerlo como persona, ver su rostro, su mirada, para poder responderse las innumerables fantasías que sobre dicha figura entreteje”²⁸.

Se han planteado interrogantes que merecen destacarse, si las daciones anónimas de gametos se aceptaran: “¿qué registro fantasmático podría llegar a crear en el niño dicho desconocimiento? ¿Detonaría a largo plazo conductas con efectos perniciosos en la sociedad?”²⁹.

²² KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, *Filiación derivada de la reproducción asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico*, en *LL*, t. 2012-E, pág. 1259.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ CENTRO DE BIOÉTICA, PERSONA y FAMILIA, *Análisis del dictamen del bloque oficialista sobre el nuevo Código Civil y Comercial*, Fuente: www.centrodebioetica.org, [consulta 26/11/13] y *La reaparición de categorías de hijos, Documentos de trabajo. Serie: Proyecto de Código Civil 2012*, Fuente: www.centrodebioetica.org, [consulta 4/12/ 2013].

²⁷ FAMÁ, María Victoria, *El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial*, en *XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar: disertaciones y ponencias*, Bs. As., La Ley, 2012, págs.358-359.

²⁸ LOSOVIZ, Alicia I. y MESSUTI, Alicia S., *Fecundación heteróloga y anonimato del donante: consideraciones psico-jurídicas*, en *Cuadernos de Trabajo del Centro de Investigaciones Éticas*, N° 7, pág. 12.

²⁹ *Ibidem*, pág. 10.

Resaltamos lo afirmado en relación a que “los avances de la biotecnociencia no pueden estar solamente al servicio de derechos individuales de quien desea tener un hijo; también deben ser contemplados los futuros intereses de ese niño a ser nacido, como miembro de una cultura”³⁰.

Ponemos de relieve lo sostenido en cuanto a “la obligación de proteger la identidad e integridad del niño, quien debiera disponer de un derecho a la *identidad psíquica* que le permita organizar una identidad estable, en tanto pueda ser inscripto en un orden simbólico, con acceso al conocimiento de sus orígenes”³¹, agregamos, sin restricciones.

3) Entre los factores por los cuales se constata un progresivo retraso del anonimato en las técnicas heterólogas se menciona el derecho a conocer el origen de la propia concepción y que debe considerarse el peligro de que hijos de un mismo dador se conozcan y tengan hijos juntos, ignorando su origen común, con la probabilidad de transmitir defectos congénitos³².

4) Otra objeción que se plantea a la donación anónima de gametos es que “constituye, de alguna manera, una renuncia a la responsabilidad parental”³³.

5) También destacamos que la fecundación heteróloga desvaloriza la importancia de la procreación, promueve conductas irresponsables en los dadores de los gametos, que no asumen las obligaciones inherentes a la maternidad o paternidad, conductas que no los personalizan, aunque no se realicen por un precio. Los dadores se constituyen en medios para satisfacer los fines perseguidos por otros, son instrumentalizados y se degradan a sí mismos al no respetar la trascendencia que tiene que otro ser nazca por su capacidad generativa. El facultar a terceros para que ejerzan la responsabilidad parental, sin que haya un motivo grave para ello, tampoco contribuye a su personalización. Consideramos que debe existir una cultura de la responsabilidad en la procreación opuesta a la donación de gametos.

6) Por otra parte los dadores de gametos pueden sufrir consecuencias perjudiciales en su salud. En el Código de Ética de reproducción asistida, elaborado por la Sociedad Argentina de Medicina reproductiva, al referirse a la donación de gametos se establece que “el centro debe velar por la atención médica necesaria y adecuada de los donantes de gametos y de sus complicaciones” (6.7)³⁴.

No suelen difundirse dichas complicaciones. En cuanto a la donación de óvulos no puede ignorarse que en el proceso previo a la extracción de los mismos, los cuerpos de la mujeres son sometidos a duros procesos hormonales que alteran los ciclos, el humor y la salud y que después de la extracción, un considerable número de mujeres sufre Síndrome de Hiperestimulación Ovárica, que está acompañado de “una inflamación bastante severa, imposibilidad de caminar pérdida de peso y, como

³⁰ *Ibidem*, pág. 16.

³¹ *Ibidem*. Las autoras consideran que la ley de fecundación asistida debiera contemplar una reglamentación de la fertilización heteróloga, teniendo en cuenta el proceso de construcción de la identidad.

³² LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, *¿Qué es la fecundación heteróloga? ¿Cómo se pueden obtener los gametos (espermatozoide y óvulo)*”, en *ED*, t. 245, pág.1236.

³³ *Ibidem*, pág.1237. Según el autor, otros factores que deben considerarse en el retroceso del anonimato en las técnicas heterólogas son: la “trazabilidad” de los tejidos humanos y los conflictos por los acuerdos previos a la dación de gametos, cuyo valor se cuestiona. (págs. 1236-1237).

³⁴ Fuente: http://www.samer.org.ar/pdf/codigo_de_etica_de_reproduccion.pdf, [consulta 25/07/15]

consecuencia a futuro, una posible infertilidad, un infarto o algún tipo de cáncer relacionado con la donación”³⁵.

7) Para que no falten donantes ¿se generará una comercialización inaceptable en relación con los gametos como ya ocurre en otros países?³⁶. Se puede provocar una nueva y cruel explotación de mujeres pobres y/o con personalidad débil que favorezca dicha explotación.

Se transforma el cuerpo humano en una cosa que se aprecia económicamente y se somete a reglas del mercado y puede llevar a acciones eugenésicas que procuran obtener “al mejor hijo posible” como si fuera un producto³⁷.

8) En apoyo a la posición “intermedia” (anonimato relativo) se ha alegado que se procura esa solución para garantizar “la existencia de donantes y, consecuentemente, la satisfacción del derecho a formar una familia, a gozar de los beneficio 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...”³⁸.

Se reconoce el derecho a formar una familia y a la vida familiar pero es inadmisibles que se los pretenda satisfacer recurriendo a técnicas de fecundación heterólogas.

Los deseos de las personas -legítimos y plausibles- de tener hijos, no confieren la facultad al legislador para plasmar normas que vulneran derechos³⁹ y que no contribuyen a la personalización.

No se advierte qué facultad asiste al legislador para manipular los vínculos filiatorios de las personas y disociarlos, ni cuál su fundamento, ya que no existe un “derecho al hijo” “expresión impropia, porque nadie tiene ‘derecho’ a poseer a una persona como si fuera una cosa”⁴⁰. Además, “nadie puede pretender un derecho a la existencia de otro hombre, pues de ser así, este último quedaría situado en un plano de inferioridad axiológica con respecto al que invoca ese derecho”⁴¹.

Scala destaca que para establecer “el derecho al hijo” habría que elaborar una norma jurídica que “debería tener al menos un obligado a cumplirla –para llenar el requisito de la alteridad-, debería prever el castigo ante el incumplimiento del deudor –para ser coactiva- y, finalmente, debería haber una razón de justicia -dar a cada uno lo suyo-que la justifique”⁴². “Tal norma sería absurda, irracional e injusta.// No podría ser una norma jurídica porque no cumple ninguno de los caracteres del derecho. En efecto: algo de incumplimiento imposible no puede ser normado, ni siquiera puede ser impuesto por la fuerza coactiva, y no hay a quien señalar como obligado a ello;

³⁵ ORNELAS CRUZ, Ana Paulina, *Madres de hijos ajenos. Historias de Eggsploitation*, Fuente: www.centrodebioetica.org, [consulta 8/06/2015].

³⁶ Puede v. LAFFERRIÈRE, ¿Cuánto cuesta un óvulo? Avanza una acción de clase en Estados Unidos, Fuente: www.centrodebioetica.org, [consulta 10/08/2015], y *Los insalvables problemas de la utilización de gametos de terceros en fecundación artificial*, Fuente: www.centrodebioetica.org, [consulta 12/05/14].

³⁷ LAFFERRIÈRE, ¿Cuánto cuesta un óvulo?... , *op.cit.*

³⁸ KEMELMAJER de CARLUCCI; HERRERA y LAMM, *op. cit.*, pág. 1269.

³⁹ Puede v. MARTÍN QUINTANA, Eduardo, *Persona y filiación en la legislación actual y el Proyecto de reforma del Código civil y Comercial unificado en Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año VI, N° 8, septiembre 2014 págs. 212 y ss.

⁴⁰ SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética*, trad. V. M. Fdez, Diana, México, 1996, pág. 311.

⁴¹ SGRECCIA, *A favor de la vida. Temas actuales de Bioética*, Bs. As., Ágape Libros, 2008, pág. 21.

⁴² SCALA, Jorge, ¿Existe un derecho a tener un hijo?, en *ED*, t. 245, pág. 1217.

finalmente, pretender exigir el cumplimiento de algo imposible es injusto por arbitrario e irracional”⁴³.

Respecto al derecho a gozar del progreso científico, debe destacarse que ese progreso será tal si incorpora valores y que sólo debe ser captado por el ordenamiento normativo si no se vulneran derechos. En la fecundación *in vitro*, se viola el derecho a la vida por la muerte de embriones; el derecho a nacer, por la crioconservación de los mismos; el derecho a la igualdad, por la selección de embriones por caracteres morfológicos o genéticos; el derecho a la identidad, en los supuestos de dación de embriones o gametos por la disociación de los elementos que conforman dicha identidad, sin desconocer otras cuestiones de fondo.

Además, en la fecundación *in vitro* heteróloga, se plantean otras objeciones referidas a las repercusiones en la unidad matrimonial y conyugal⁴⁴, el impulso hacia el eugenismo y el recurso a la gestación por sustitución.

La gestación por sustitución constituye un retroceso en el reconocimiento normológico y en la vigencia sociológica de los derechos humanos fundamentales de las mujeres y de las personas por nacer⁴⁵.

Respecto a los derechos fundamentales de las personas por nacer la gestación por sustitución vulnera el interés superior del niño; viola el derecho a la dignidad, a la identidad, a su integridad identitaria (cuyos vínculos constitutivos no deben disociarse de manera planificada y previa) y su derecho a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres. Se erradica al niño de su centro de vida y se lo transforma en un objeto de negociación⁴⁶.

Loyarte y Rotonda ponen de manifiesto que “es desde la defensa del derecho personalísimo a la identidad del niño (identidad genética e identidad- habitat...) desde donde parten en su ataque contra las prácticas de maternidades subrogadas, préstamos de útero, etc.”⁴⁷.

En las XXIII Jornadas Nacionales se aprobó el despacho siguiente, *de lege lata* y *de lege ferenda*: “debe prohibirse todo contrato que tenga por objeto manipular o suprimir aspectos de la identidad”⁴⁸.

Por otra parte, el derecho a la autonomía personal y a la libre elección del plan de vida, como todos los derechos, no son absolutos, tienen límites.

El derecho a la dignidad, al que también se hace referencia, exige el respeto por la persona y, en este caso no se observa respeto, ni por la persona que nacerá, ni por los donantes de gametos.

9) Se afirma que no hay que igualar situaciones bien distintas, “en la adopción se tuvo otros padres –los biológicos- y por ende, abuelos, tíos, etc. La fuerza del `peso

⁴³ *Ibidem*, pág. 1218.

⁴⁴ SGRECCIA, *Manual...*, *op. cit.*, págs. 432 y ss.

⁴⁵ GONEM MACHELLO, Graciela N.; *Maternidad subrogada*, conclusiones publicadas en *XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar: disertaciones y ponencias*, Bs. As., La Ley 2012, págs. 364-365).

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ LOYARTE y ROTONDA, *op. cit.*, pág. 323.

⁴⁸ Fuente: http://ideconsultora.com.ar/bcderehocivil2011/conclusiones2011/CONCLUSIONES_CC, [consulta 27/03/12].

de la historia', en cambio no está presente en los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida"⁴⁹.

Estamos de acuerdo en que no se deben igualar la adopción y el nacimiento por las técnicas de reproducción asistida⁵⁰ pero el derecho a conocer los orígenes sin restricciones es el mismo en ambos supuestos. Además, los niños nacidos por fecundación artificial, también tienen abuelos, tíos, hermanos biológicos y sólo la persona en su subjetividad podrá determinar cuánto le afecta no conocerlos e incluso si le afecta más ese desconocimiento o el haberlos tratado aunque la relación haya sido conflictiva. Además, la persona no tendrá "una historia de resiliencia dignificante", no podrá en la mayoría de los casos, personalizar y humanizar su historia⁵¹.

En relación con la facultad otorgada al juez en virtud del art. 564 inc. b), destacamos la opinión de Krasnow que pone de relieve 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;..."⁵²

Asimismo, la autora mencionada reconoce que en relación con la persona nacida por fecundación artificial "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"⁵³.

En Italia, la ley N° 40 sobre procreación asistida del 19 de febrero de 2004 prohibió directamente la fecundación heteróloga (art. 4.3) y estableció sanciones de hasta seiscientos mil euros para quien viole esta prohibición (art. 12); en Suiza la donación de óvulos, embriones y la maternidad subrogada están prohibidas, en Alemania se prohíbe la donación de óvulos; en Austria, no se autoriza la donación de ovocitos y de embriones⁵⁴.

De no prohibirse el anonimato relativo de los donantes de gametos debe constituirse un Registro a cargo del Estado para resguardar la identidad de las personas nacidas por técnicas de fecundación artificial⁵⁵ y establecer la obligación de los progenitores de hacerle saber al hijo cómo ha sido concebido.

⁴⁹ KEMELMAJER de CARLUCCI, HERRERA y LAMM, *op. cit.*, pág. 1259.

⁵⁰ En la adopción el Derecho regula la realidad dolorosa de un niño abandonado o maltratado por sus progenitores, o que carece de ellos, en protección de ese sujeto de derechos. La institución se ha legislado en beneficio del niño. En la fecundación artificial, el accionar biotecnológico del hombre, responde a los deseos e intereses de los adultos y coloca a un ser humano en una situación de desprotección.

⁵¹ BASSET, *Ponencia presentada a las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Fuente: http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo13/files/Ponencia_Basset_Familia.pdf, [consulta 27/03/12].

⁵² KRASNOW, Adriana, *A un paso de concretarse el reconocimiento pleno en la dimensión normológica de las técnicas de reproducción humana asistida*, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año VII, N° 2, marzo 2015, pág.139.

⁵³ *Ibidem*, págs. 141-142.

⁵⁴ KEMELMAJER de CARLUCCI, HERRERA y LAMM, *op. cit.*, págs. 1261 y ss.

⁵⁵ Puede v. el fallo CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 29/04/2014.-C., E. M. y Otros c. EN-M. Salud s/amparo Ley 16.986 y el trabajo referido al mismo de GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, *El reconocimiento del derecho a conocer su origen biológico para las personas nacidas mediante técnicas*

b) Algunas diferencias entre la regulación de la filiación por naturaleza, por adopción y por técnicas de fecundación artificial

El tratamiento desigual se observa en diferentes aspectos: 1) respecto a la regla general en caso de hijos por naturaleza, la filiación se determina por la verdad biológica y si se trata de hijos por fecundación artificial la filiación se determina por la voluntad procreacional; 2) en relación con la posibilidad de reclamar la filiación, los hijos por naturaleza pueden hacerlo contra su madre o padre y los hijos por fecundación artificial no pueden reclamar filiación contra el dador de gametos. Sólo puede “revelarse la identidad del donante por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local” (art. 564 inc. b); 3) en cuanto al deber de procurar determinar la paternidad, en relación con los hijos por naturaleza existe obligación jurídica de determinar la paternidad si el hijo es inscripto sólo con filiación materna (art. 583), mientras que en caso de hijos por fecundación artificial no se permite indagar la paternidad si el niño es inscripto sólo con filiación materna; 4) respecto a la posibilidad de impugnar la maternidad o la paternidad, los hijos por naturaleza pueden impugnar tanto la maternidad como la paternidad. “En las acciones de filiación, se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte” (art. 579). Los hijos por fecundación artificial no pueden impugnar ninguno de los vínculos filiatorios (art. 577)⁵⁶.

Algunas de las diferencias entre la filiación por adopción y por técnicas de fecundación artificial, están referidas: 1) al derecho a la identidad (como principio general, art. 595 inc. b); 2) a conocer los orígenes biológicos (art. 596); 3) a la preservación de los vínculos fraternos (art. 595 inc. d); 4) a la obligación de los padres de dar a conocer el origen biológico (596); 5) al respeto al derecho a la identidad como criterio para elegir al guardador (art.613)⁵⁷.

No hay normas similares a las reguladas para los niños adoptados respecto a los niños concebidos por procreación artificial, salvo las disposiciones del art. 564 incs. a y b⁵⁸.

Conclusiones

El derecho a la identidad comprende el derecho a conocer el origen biológico sin restricciones y el derecho a la unidad de todos los elementos o estratos que configuran la identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica).

El sistema de anonimato relativo del donante de gametos vulnera el derecho a la identidad del niño.

de reproducción humana asistida, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, N° 6, Año VI, julio 2014, págs. 235 y ss.

⁵⁶ CENTRO DE BIOÉTICA, PERSONA y FAMILIA, *La reaparición de categorías de hijos, Documentos de trabajo. Serie: Proyecto de Código Civil 2012*, Fuente: www.centrodebioetica.org, [consulta 4/12/13]. Asimismo, puede v. LAFFERRIÈRE, *La vulneración del derecho a la identidad de los niños concebidos por fecundación artificial en el proyecto de Código Civil y Comercial*, Fuente: www.centrodebioetica.org, [consulta 18/11/13].

⁵⁷ Seguimos el desarrollo efectuado por LAFFERRIÈRE, *La vulneración del derecho a la identidad de los niños...*, *op. cit.*

⁵⁸ *Ibidem.*

La separación de los elementos genéticos, epigenéticos y fenotípicos o su supresión constituye un agravio a la identidad. El Estado debe restablecer el elemento suprimido en forma inmediata (CDN art. 8.2).

La regulación de la filiación en el caso de técnicas de fecundación artificial conduce a situaciones de discriminación en relación con los hijos nacidos a través de ellas, los hijos por naturaleza y los adoptivos. Resurgen categorías de hijos.

La dicotomía entre identidad genética e identidad filiatoria está presente en la fecundación heteróloga, técnica que repudiamos y en la cual la filiación se determina por la voluntad procreacional. Ésta “no es fuente autónoma suficiente para fundar el estado de familia”

Deben derogarse los arts. 560 a 564 y todos los concordantes.

Debe prohibirse expresamente la fecundación heteróloga y la gestación por sustitución e imponer sanciones pecuniarias a quienes violen la prohibición.
