

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO A LA FILIACION, A LA IDENTIDAD Y A CONOCER LOS ORIGENES DE LAS PERSONAS NACIDAS A TRAVES DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA HETEROLOGAS

Autora: María Cecilia Parodi.*

Resumen:

Para interpretar la expresión “razones debidamente fundadas” para acceder a la identidad del dador habría que considerar la afectación de los derechos humanos que el anonimato acarrea en el caso concreto y evaluar la eficacia/ utilidad que su levantamiento significaría para la restauración de los mismos.

La jurisprudencia internacional jugará un rol fundamental orientativo a fin de determinar el alcance de los derechos humanos. Todo ello a fin de disminuir las posibles desigualdades que la amplitud de la redacción infraconstitucional podría generar en los justiciables.

Dicha expresión -si bien evidencia el interés por proteger los derechos humanos de los nacidos por estas técnicas- no contribuye con uno de los objetivos pretendidos al optarse por el sistema de anonimato el cual es que existan dadores.

1.- La protección del derecho a la identidad de la persona nacida a través de las TRHA heterólogas.

La voluntad procreacional modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, incluso de aspectos que se vinculan con lo que se conoce como identidad en sentido dinámico”¹

Cuando se utilizan dichas técnicas la cuestión presenta cierta complejidad. “Esta complejidad gira, principalmente en torno al derecho a conocer los orígenes genéticos de estos niños y dentro de este campo, en particular el derecho al resguardo de toda información a fin de hacer efectivo el derecho a saber que se ha nacido de reproducción asistida heteróloga para ejercer el derecho a obtener información acerca de los orígenes.”²

¿Cómo asegurar o garantizar el derecho a la identidad de las personas concebidas de esta forma?

* Profesor que avala Dra. Adriana N. Krasnow. Universidad Nacional de Rosario.

¹ LORENZETTI, Ricardo Luis “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” Tomo III Autora Herrera Marisa, Editorial Rubinzal Culzoni 1ra Edición, Santa Fe, 2015 p. 502

² LORENZETTI, Ricardo Luis “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” Tomo III Autora Herrera Marisa, Editorial Rubinzal Culzoni 1ra Edición, Santa Fe, 2015 p. 505.

En el camino hacia una posible respuesta resulta imprescindible volver a reflexionar acerca del significado de algunos conceptos.

La realidad procreacional viene cambiando y con la aparición de nuevas realidades surge la necesidad de repensar ciertas nociones y -en su caso- de elaborar conceptos nuevos que las describan.

El esquema filiatorio argentino se ha visto modificado con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial incorporando dentro de las fuentes filiales a las TRHA.

El vínculo jurídico de filiación cuando la persona ha nacido a través de las denominadas TRHA reposa en el elemento volitivo, es decir que lo que origina el vínculo jurídico es la voluntad procreacional. Es esta voluntad de procrear el pilar sobre el cual se edifica el régimen en materia filial en las TRHA.³

Como se advierte el vínculo jurídico filiatorio no se identifica con el genético.

Es en particular esta nueva realidad en donde los hijos pueden no estar vinculados genéticamente con sus progenitores y si estarlo con un tercero dador, en donde el modo de asegurar el derecho a la identidad presenta cierta complejidad que requiere - que en este nuevo contexto- no se identifiquen o confundan conceptos.

Es complejo el problema porque al estar involucradas en la existencia de la nueva vida al menos tres personas diferentes (el dador, el hijo y los progenitores con voluntad procreacional) se encuentran en juego intereses de cada una de ellas.

Estos intereses requieren ser equilibrados.

2.- Algunos puntos de partida

Resulta importante diferenciar el derecho a la filiación del derecho a la identidad.

Asimismo resulta importante distinguir que la identidad no solo se compone con elementos estáticos sino también con elementos dinámicos. Este doble enfoque permite no identificar identidad con vínculo biológico sino como concepto multifacético.

El concepto de identidad involucra a otros derechos que se relacionan con ella pero que son autónomos tales como el derecho a conocer los orígenes.

A su vez dentro del concepto de “origen” podemos diferenciar el genético y el procreacional.

El primero refiere al conocimiento del conjunto de datos genéticos que a su vez aportan dos tipos de información: datos identificatorios y datos no identificatorios de los dadores de gametos.

El origen procreacional responde a la pregunta¿ cómo hemos sido concebidos? Es decir responde al conjunto de circunstancias que rodean la génesis de la existencia de la persona en relación al método utilizado para su procreación incluyendo el tipo de técnica utilizada.

El conocimiento de la realidad procreacional funcionará como presupuesto previo y necesario para la indagación acerca del origen genético tanto en relación a los datos identificatorios como a los no identificatorios de los terceros dadores de gametos

³ Op. Cit. Pag 1

El derecho a la identidad se encontrará debidamente protegido si se garantiza el acceso al conocimiento tanto del origen genético como del origen procreacional.

Ahora bien en ambos casos los mecanismos legales dispuestos para proteger cada uno de estos derechos se encuentra regulado de diferente manera, inclusive dentro del conocimiento del origen genético es necesario realizar una disquisición respecto de los datos genéticos identificatorios y los no identificatorios de los dadores. A cada supuesto le cabe un mecanismo de acceso diferenciado.

3.- Acerca del derecho a la filiación

Las relaciones de parentesco que un sistema jurídico consagra como esenciales en la conformación de un grupo familiar, nacen de tres lazos fundamentales: filiación, alianza y hermandad. Pero ello no significa que el parentesco sea universal. Por el contrario... cada sociedad diseña su propio sistema y regula sus principios de categorización de los parientes próximos y lejanos, estas preferencias pueden revisarse a lo largo de la historia en función de nuevas costumbres y pautas culturales. El sistema de parentesco es una construcción jurídica elaborada a partir de valoraciones sociales y culturales, no necesariamente ligada a los vínculos naturales.⁴

Los elementos en los cuales se basan los vínculos jurídicos derivados de la filiación no son inmutables, si cambian las pautas culturales es probable que cambie el sistema de determinación del parentesco incluidos en esta noción la vinculación filial.

Prueba de este carácter cambiante se encuentra en la incorporación de las TRHA como tercera fuente filial.

El derecho a la filiación refiere al derecho de toda persona a contar con un emplazamiento filial, es decir comprende “el derecho a tener vínculo filial -que se deriva de un régimen legal para la determinación de la filiación”-⁵

Todo análisis debe partir del respeto del nasciturus por su condición de persona y, como tal, portador del derecho fundamental a una vida digna que se desarrolle en el seno de una familia, dentro de la cual estén claramente definidos los vínculos filiales en concordancia o no con los vínculos biológicos.⁶

Actualmente el régimen legal de determinación filial incluye tres fuentes a) la naturaleza 2) las TRHA y 3) la adopción. En la primera el vínculo encuentra su origen en el elemento biológico en el segundo en el elemento volitivo llamado voluntad procreacional y en el tercero en el elemento jurídico.

Las nuevas tecnologías reproductivas incorporaron cambios sustanciales en la institución filiación, particularmente en la determinación de los vínculos filiatorio...las

⁴ FAMA, María Victoria “Parentesco y alimentos” Capítulo VI, Tratado Derecho de Familia; Adriana Krasnow Directora, Rosana Di Tullio Budassi y Elena Radyk Coordinadoras, La ley, Buenos Aires Tomo I, 2015 pp. 557- 624

⁵ 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

⁶ KRASNOW, Adriana N. “ La verdad biológica y la voluntad procreacional” Publicado en: LA LEY2003-F, 1150

nuevas realidades que se presentan con el avance científico conducen a planteos que se apartan de la concordancia de lo jurídico con lo biológico.⁷

En el régimen filial que rigió a partir de la ley 23.264 lo axiológicamente deseado era que la denominada verdad biológica y la verdad jurídica marchen juntas.

Quizá debido a que este sistema contenía un fuerte apego a la verdad biológica es que el concepto de identidad y de filiación ha sido equiparado.

Estos derechos suelen asociarse por ser confrontados en la norma civil vigente dentro de un régimen de filiación incompleto cuyo espíritu denota un fuerte apego a la verdad biológica.

La diferencia sustantiva a señalar es que mientras el derecho a la identidad en su aspecto estático comprende el acceso a la verdad de origen; el derecho a la filiación refiere al derecho de toda persona a contar con un emplazamiento con doble vínculo filial, el cual puede fundarse en el elemento biológico (procreación natural) o en el elemento volitivo.

En el nuevo esquema filiatorio propuesto por el CCC “los lazos biológicos o naturales no son la única fuente de vínculos jurídicos filiales”⁸

4.- Acerca del derecho a la identidad

La identidad acompaña a la persona durante todo su proceso vital.

Resulta interesante entonces pensarla también como un proceso cuyo inicio se encuentra en la concepción y termina con la muerte, siendo la verdad biológica el primer eslabón de esta cadena y no el único eslabón que integra este derecho.

Si bien el origen biológico es una parte esencial de la identidad no es la identidad misma. Es decir integra la identidad pero no la completa, existen otros aspectos que sumados a los datos genéticos conforman la identidad personal.

Se ha expresado que la verdad biológica funciona como un cimiento necesario en la construcción de la identidad, de ahí la importancia de su conocimiento y el gran impacto que ocasiona en la identidad como construcción continua el conocimiento de este primer eslabón.

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.⁹

⁷ KRASNOW, Adriana N. “La verdad biológica y la voluntad procreacional” Publicado en: LA LEY2003-F, 1150

⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCHI, Aída “Procreación asistida” ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/1689/2012

⁹ 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, 09/10/2012, 1 - LA LEY2012-E, 1257

Como expresa Fernández Sessarego, la identidad de la persona no se agota con la información referida a los aspectos que hacen a la faz estática, sino que ella debe incluir el conjunto de valores espirituales que definen la personalidad de cada sujeto.¹⁰

A su vez 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.¹¹

5.- Acerca del derecho a conocer los orígenes genéticos y el derecho a conocer la realidad procreacional.

Cómo fue concebida una persona, con qué material genético y a quien pertenece dicho material son tres aspectos diferenciados que involucra el derecho a conocer el origen en sentido amplio.

El acceso a la información referida a cada uno de estos aspectos encuentra en el esquema propuesto por el CCC mecanismos diferenciados.

Es por eso que resulta imprescindible a los fines de lograr una correcta interpretación de la norma tener en claro los distintos tipos de datos que conforman este derecho a la información.

El derecho a conocer los orígenes genéticos refiere a la dimensión estática de la identidad.

En el supuesto de las TRHA heterólogas, 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. (kemelmajer) ya que en este supuesto se afecta sólo a la identidad estática y está circunscripta a un solo dato, el genético; por eso, con mayor precisión, se habla del "derecho a la información".

El derecho a la identidad- que presenta una doble vertiente, estática y dinámica- como derecho humano observa diferentes aristas o involucra distintos derechos.

El derecho a la identidad involucra el derecho autónomo a conocer el propio origen tanto el origen genético como el origen procreacional.

En los niños nacidos por TRHA está en juego el derecho a conocer el origen genético, no biológico como acontece en la filiación adoptiva. Conocer el origen cuando se habla de TRHA se circunscribe al dato genético y no a la realidad biológica en el sentido actual del término como biografía e historia de una persona.¹²

Esta historia o biografía podría inscribirse dentro del derecho a conocer el origen procreacional.

6.- Punto de encuentro entre el derecho a conocer el origen genético y el origen procreacional

¹⁰ FAMA, María Victoria ““Padres como los demás...”. Filiación y homoparentalidad en la ley 26.618 de Matrimonio Igualitario” ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/1948/2012

¹¹ . KEMELMAJER de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Lamm, Eleonora Publicado en: LA LEY 09/10/2012, 09/10/2012, 1 - LA LEY 2012-E, 1257

¹² LORENZETTI, Ricardo Luis “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” Tomo III Autora Herrera Marisa, Editorial Rubinzal Culzoni 1ra Edición, Santa Fe, 2015 p. 512

El derecho a saber que se ha nacido por TRHA y que en dicha práctica médica se ha utilizado material genético de un tercero es clave, porque de este conocimiento se deriva todo el resto de la información que se pueda obtener acerca del donante. Cómo lograr que los niños sepan esta realidad que afecta o compromete en definitiva su identidad?

Es una preocupación sincera en un proyecto de ley para comprender como la legislación tiene un alto valor pedagógico para coadyuvar en la necesaria deconstrucción de la idea de silencio, privacidad o intimidad que aún persiste en el campo de las TRHA en el que aún es bajo el porcentaje de padres que les dicen a sus hijos que han nacido de donación de gametos.”¹³

Decimos que es un punto de encuentro porque el conocimiento del origen genético presupone el conocimiento acerca del modo de procreación. Juega como un requisito esencial, previo e indispensable para el surgimiento del interés en conocer el origen genético.

7.- Derecho a la información acerca de la identidad genética.

A los fines de analizar el derecho a la información acerca de la identidad genética resulta interesante valerse de la clasificación que la Declaración Internacional sobre los datos Genéticos Humanos¹⁴ aporta.

Dicho instrumento distingue tres categorías de datos.

1.- Datos asociados con una persona identificable: datos que contienen información como el nombre, la fecha de nacimiento y la dirección, gracias a la cual es posible identificar a la persona a la que se refieren;

2) Datos disociados de una persona identificable: datos no asociados con una persona identificable por haberse sustituido o desligado toda la información que identifica a esa persona utilizando un código;

3) Datos irreversiblemente disociados de una persona identificable: datos que no pueden asociarse con una persona identificable por haberse destruido el nexo con toda información que identifique a quien suministró la muestra;

En el esquema de acceso a la información que propone el artículo 564 del Código Civil y Comercial resulta necesario distinguir dos tipos de información sobre el donante

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

2) información identificatoria, que permite conocer nombre y apellido del donante.

A los fines de analizar el funcionamiento de la norma es menester diferenciar ambas categorías de datos, dado que el acceso a cada uno de ellos se regula de manera diferenciada.

El art. 564 dispone:

¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” Tomo III Autora Herrera Marisa, Editorial Rubinzal Culzoni 1ra Edición, Santa Fe, 2015 p. 516

¹⁴ <http://portal.unesco.org/es/ev.php->

URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede:

- a) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.
- b) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud.

En primer lugar debemos decir que la norma se preocupa por el resguardo de toda la información relativa a los donantes a fin de satisfacer el derecho a la identidad de los niños nacidos por dichas técnicas en cuya práctica médica se utilizó material ajeno a quienes tienen la voluntad procreacional.

Remitiéndonos a la categorización de datos genéticos propuesta por la Declaración internacional de protección de los datos genéticos humanos podríamos decir que no se toleraría en las donaciones de gametos con fines procreacionales la disociación irreversible de los datos genéticos de una persona identificable: es decir datos que no pueden asociarse con una persona identificable por haberse destruido el nexo con toda información que identifique a quien suministró la muestra.

Es más dicha información debe contar en el correspondiente legajo base de inscripción.

Si bien la norma se encarga del resguardo de la información y de la regulación del acceso a dicha información no se dispone de manera específica obligación alguna en cabeza de los progenitores de revelar el origen procreacional al niño.

Si bien podríamos interpretar que el revelar la forma en que fueron concebidos los hijos puede formar parte de los deberes y derechos derivados de la responsabilidad parental no existe una obligación concreta de revelar el origen procreacional.

La comparación del derecho a conocer los orígenes en la adopción y en la reproducción humana asistida muestra claramente un mayor peso en la primera, porque comprende la identidad estática (quiénes son los padres) y la dinámica (historia de ese niño); en definitiva, son los orígenes biológicos (bio, vida); en la segunda, en cambio, afecta sólo a la identidad estática y está circunscripta a un solo dato, el genético; por eso, con mayor precisión, se habla del "derecho a la información".¹⁵

Si bien son situaciones disímiles creemos que el derecho a conocer el origen procreacional para así poder ejercer el derecho a la información debería protegerse a través de mecanismos que involucren un accionar concreto respecto de los usuarios de las TRHA.

El texto prevé dos tipos de información y formas diferenciadas de acceder a cada una de ellas.

En primer lugar el derecho a saber que se ha nacido de TRHA y que en dicha práctica médica se ha utilizado material genético de un tercero. Esto es clave porque de este conocimiento se deriva todo el resto de la información que se pueda obtener del donante.

¹⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Lamm, Eleonora Publicado en: LA LEY 09/10/2012, 09/10/2012, 1 - LA LEY2012-E, 1257

Este aspecto del derecho a la información que se vincula con el origen procreacional se encuentra regulado en el artículo 563 del CCC

Para indagar sobre las demás vertiente que involucra el derecho a conocer los orígenes genéticos en las TRHA heterólogas es necesario a su vez, llevar adelante la siguiente distinción acerca del tipo de información: la información no identificatoria y la identificatoria.

El artículo 564 se preocupa por el contenido de la información.

Fundado en el derecho a la identidad se garantiza el derecho de obtener de diferentes modos estos dos tipos de información-

Para conocer la identidad del donante se debe iniciar un proceso judicial en el que se expongan razones fundadas para que se ordene levantar el anonimato prometido al donante y por el cual efectivamente se donó.

En cambio para acceder a la información no identificatoria, la persona nacida puede solicitar en cualquier momento tal información al centro de salud.

El Código establece la regla del anonimato, aunque prevé supuestos de apertura o flexibilización y sienta el principio reservado de la identidad del donante

Se ha dicho que “el código protege a la persona nacida en sus derechos y resguarda también a los receptores de gametos y a los donantes. En primer lugar, se les asegura a los receptores que ellos serán los padres legales de la persona nacida, otorgándoles la tranquilidad sobre su futuro vínculo legal y disipando cualquier temor a una eventual acción de impugnación de la filiación basada en la ausencia de vínculo genético. También se ampara a los donantes, con quienes no se puede establecer vínculo de filiación alguno, es decir, en ningún caso podrían ser considerados padres legales ni exigírseles ningún tipo de obligación económica ni jurídica. Por otra parte la identidad del donante queda, en principio, garantizada, salvo que se encuentre fuertemente comprometidos derechos humanos del niño nacido por técnicas que amerite, según la situación que se presente, levantar el anonimato del donante.

En este contexto el acceso a la información identificativa del donante no es un mero trámite, en el sentido de que pueda temerse un acto impulsivo o irreflexivo de la persona realizado por mero capricho o incluso con motivos inmorales o ilegales. Justamente para evitar ello, el legislador exige que existan “razones debidamente fundada, evaluadas por autoridad competente por el procedimiento más breve posible que prevea la ley local. Claramente no se puede acceder a conocer la identidad del donante en todos los casos sin más, sino que debe ser por razones fundadas debidamente expresadas ante la autoridad judicial.”¹⁶

Por el contrario la información no identificatoria ya sean datos genéticos o de salud del donante, siempre está disponible directamente en el centro de salud, sin establecerse ningún tipo de requisito y obstáculo para ello; incluso sin establecer límite etario determinado, al igual que acontece con el derecho a conocer los orígenes del adoptado.

“El derecho a conocer el propio origen genético debe basarse en la protección de los derechos de la personalidad...”

¹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” Tomo III Autora Herrera Marisa, Editorial Rubinzal Culzoni 1ra Edición, Santa Fe, 2015 p. 518

8.- La posición adoptada por el CCC y las razones de la elección legislativa

El Código recepta la posición denominada intermedia entre el anonimato absoluto y el levantamiento total del anonimato. Se contempla un “anonimato relativo o equilibrado”

Resulta intermedia y equilibrada, de conformidad con todos los intereses en juego, en particular preservar las TRHA heterólogas y que ellas no se vean conculcadas o dificultadas debido a una disminución en las donaciones con las consecuencias nocivas para el desarrollo de esta técnica médica y la posibilidad de que varios niños y niñas puedan nacer en virtud de ellas.

El nuevo texto civil propone un régimen de anonimato relativo que garantiza: 1.- la existencia de donantes y consecuentemente la satisfacción del derecho a formar una familia y 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 2) el derecho del niño nacido por TRHA a conocer su origen genético 3) el derecho a conocer los datos identificatorios del donante, más allá de que esta posibilidad quede sujeta a una decisión judicial.

Es decir que se sienta la regla general del anonimato pero permitiéndose excepcionalmente el acceso a los datos identificatorios del dador de gametos.

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

En suma, no se priva a la persona nacida mediante técnicas de reproducción humana asistida del derecho a conocer su origen genético; tiene la posibilidad de acceder a esa información, pero mediante un trámite judicial en el que deben encontrar protección los otros intereses involucrados -los del donante- todo a la luz del principio de proporcionalidad.¹⁷

9.- Acerca de las razones debidamente fundadas requeridas para acceder a los datos identificatorios del donante.

La expresión razones debidamente fundadas requerida para acceder a la información identificatoria del dador a nuestro entender no resulta del todo clara.

Aquí los interrogantes que se nos plantean

¿Cualquier tipo de razón puede ser debidamente fundada?

¿Todas las razones debidamente fundadas darán lugar al levantamiento?

¿En qué hay que fundar dichas razones? ¿Qué significa el vocablo debidamente?

¿Qué debe evaluar el juez para considerar que una razón fundada amerita el levantamiento del anonimato?

¹⁷ 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, 09/10/2012, 1 - LA LEY2012-E, 1257

En primer lugar debemos decir que todas las razones pueden ser fundadas dado que bastará con un motivo y un fundamento para estar ante la presencia de una razón fundada.

Ahora bien para determinar si una razón es debidamente fundada hay que determinar en que debe fundarse esa razón para ser considerada debidamente fundada?

¿A qué se debe deber dicho fundamento?

No se encuentra explicitado en la norma dado que la misma se limita a señalar que deben existir razones debidamente fundadas.

Haciendo una interpretación integrativa del nuevo Código podemos inferir que dichas razones se deben fundar en el compromiso que para los derechos humanos del niño pueda ocasionar el anonimato. Este compromiso será una razón debidamente fundada.

Desde la función judicial a la hora de aplicar el artículo también se nos presentan algunos interrogantes

¿El juez debe verificar el compromiso de los derechos humanos del niño ocasionado por el anonimato o además debe evaluar de qué forma este compromiso se atenuaría con el levantamiento del mismo? Es decir debe el juez evaluar la utilidad o eficacia que el levantamiento de anonimato pueda aportar?

Adviértase que si aceptamos que lo que habilita el levantamiento es la comprobación judicial del compromiso de los derechos humanos del niño a través del anonimato, acreditado tal extremo procedería la habilitación.

Ahora si lo que torna procedente el levantamiento es además la evaluación del juez acerca de la utilidad o eficacia que dicho levantamiento importará a los fines de proteger o restituir los derechos humanos involucrados la cosa cambia

En el segundo supuesto la situación concreta de procedencia está dada por la afectación que la desinformación ocasiona en los derechos humanos de la persona que solicita el levantamiento del anonimato. Es decir que la pauta para otorgar o no el levantamiento será la afectación de los derechos humanos que el anonimato le ocasione y el convencimiento del juez que a través del levantamiento se tutelarán los derechos humanos comprometidos por el anonimato.

Como vemos no se limitará el juez a comprobar una mera situación de hecho como en el primer supuesto sino que requerirá una actividad más compleja que incluirá a) evaluar la afectación de los derechos humanos del requirente y la eficacia del levantamiento del anonimato a los fines de tutelarlos b) evaluar si dicha afectación es razón suficiente que amerite el retiro de la protección que la reserva de identidad aporta al donante.

Si bien comprendemos esta función del juez dentro del contexto general de constitucionalización del derecho y dentro del nuevo marco de acción de los jueces de familia, advertimos que pueden generarse desigualdades entre los requirentes.

No será discrecional sino fundado en razones admitidas o denegadas más de todas formas la disparidad de criterios judiciales nos preocupa en relación a la importancia del derecho que se pretende tutelar.

A fin de mitigar las desigualdades podríamos pensar que la jurisprudencia internacional aportará pautas interpretativas que orientarán a los jueces acerca del alcance de los derechos humanos.

Creemos que el juez está mandado a evaluar todos los intereses en juego, dado que su contemplación es la justificación de un régimen de anonimato relativo. Si el juez tiene el convencimiento que a causa del anonimato se encuentran comprometidos derechos humanos de los niños pasibles de ser protegidos a través del levantamiento del anonimato, entonces ponderando los intereses en juego estará habilitado para levantarlo. En dicha ecuación debe tener en cuenta los intereses de las demás personas implicadas en las técnicas y por tanto procederá la excepción si a los fines de tutelar los derechos humanos comprometidos por el anonimato es necesario hacer ceder el principio de reserva de identidad que hace al interés del dador.

“Se ha dicho que deben estar fuertemente comprometidos los derechos humanos de niño nacido de esta técnica para excepcionarse la regla del anonimato “

Nos preguntamos ¿esta gradación que se haga del compromiso a los derechos humanos - que podrá diferir entre los juzgadores- no generará desigualdades en los justiciables?

En otro orden si bien entendemos la delegación en el juez de dicha tarea en un contexto legal renovado en donde el juez constitucional de familia adquiere un rol diferente al actual, no siendo un autómatas comprobador de situaciones y aplicador de normas sino activo y garante de los derechos humanos en el caso concreto, de todas formas compartimos con Krasnow los temores que la redacción de la norma presenta sobre todo en lo que respecta al temor por las desigualdades que la disparidad de apreciaciones judiciales podría acarrear.

Krasnow expresa que encuentra ciertos reparos a la hora de aceptar el criterio seguido en el art. 564 “ pues si bien rescatamos como positivo el supuesto b, el cual se suma a la tendencia seguida en el Derecho comparado cuando se prevé el acceso a datos que coadyuven a superar el riesgo en la salud de la persona, no compartimos el supuesto comprendido en primer término. Entendemos que la responsabilidad que se traslada al juez resulta peligrosa, por las consideraciones siguientes: a) delegar en éste la evaluación de razones debidamente fundadas que puedan justificar el acceso a la identidad del donante, resulta sumamente excesivo al quedar librada la mayoría de las veces esta posibilidad a sus convicciones internas y valoraciones; b) la discrecionalidad de la autoridad judicial puede conducir a situaciones de desigualdad; c) resulta excesivo delegar en su persona una responsabilidad de tal magnitud, como lo es el acceso a elementos que contribuyen con la realización de este derecho humano personalísimo que se busca proteger.