

# Derecho a la identidad de origen y técnicas de reproducción humana asistida en Argentina

## Right to the identity of origin and techniques of assisted human reproduction in Argentina

**Pablo Antonio Notaro**  
Universidad del Litoral, Argentina  
[pablo\\_notaro@hotmail.com](mailto:pablo_notaro@hotmail.com)

Recibido 10/09/2019  
Aceptado 17/02/2020

**Resumen:** El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental oponible *erga omnes*, del cual debe gozar todo individuo sin discriminación y el Estado debe garantizar, a través de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo. El presente artículo aborda la problemática que generan las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) en relación con el derecho a conocer la identidad de origen. El enfoque inédito que se presenta, sustenta que la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCC) con relación al derecho a conocer la identidad origen de las personas nacidas mediante TRHA heterólogas, es inconstitucional en tanto no supera el examen de proporcionalidad.

**Palabras clave:** identidad biológica, origen genético, derechos humanos, derecho de familia, derecho constitucional.

**Abstract:** The right to identity is a fundamental human right opposable *erga omnes*, which must enjoy every individual without discrimination and the State must guarantee, through all means available to make it effective. This article addresses the problem generated by the techniques of assisted human reproduction (TRHA) in relation to the right to know the identity of origin. The unprecedented approach presented, sustains that the regulation of the Civil and Commercial Code of the Nation (CCC) in relation to the right to know the identity origin of people born by heterologous TRHA, is unconstitutional in that it does not pass the examination of proportionality.

**Keywords:** biological identity, genetic origin, human rights, family law, constitutional law.

**Sumario:** I. Introducción. II. Marco teórico. III. Examen de proporcionalidad de la normativa del CCC. IV. Conclusiones.

## I. Introducción

La Corte Interamericana de Derecho Humanos (en adelante CIDH) expresa que: *“El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental oponible erga omnes, del cual debe gozar todo individuo sin discriminación y el Estado debe garantizar, a través de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo”* (Caso Gelman vs. Uruguay, párr. 122, sentencia del 24/02/2011). El presente artículo aborda la problemática que generan las TRHA,<sup>1</sup> especialmente las heterólogas,<sup>2</sup> en relación con el derecho a conocer la identidad de origen.

---

<sup>1</sup> A las que la Ley 26.862 define en su art. 2 como *“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”* (el destacado nos pertenece).

<sup>2</sup> En tanto, *“la relevancia jurídica de las TRHA surge cuando se llevan a cabo total o parcialmente con material genético ajeno (o incluso con material propio en el cuerpo de otra mujer en los casos de gestación por sustitución)”* (FAMÁ, 2017:9). Es en éstas, donde *“la cuestión del derecho a la identidad se complejiza”* (HERRERA EN SILVA Y VIDETTA, 2018:346). En tal sentido, las TRHA heterólogas son aquellas en las que se utiliza material genético de terceros dadores o donantes que no tendrán vínculo filial con el nacido; mientras que, las TRHA homólogas son las que se llevan a cabo con material genético (gametos) propios del o las personas que han expresado su voluntad procreacional y a quienes se atribuye jurídicamente la filiación (FAMÁ, 2017).

La importancia de su estudio responde, por un lado, al desarrollo y consolidación del derecho a la identidad, que comprende el derecho a conocer la verdad genética; y por el otro, al adelanto exponencial de la ciencia médica a partir de la segunda mitad del siglo pasado, especialmente en materia de TRHA, que en el campo jurídico ha generado que el CCC (art. 558<sup>3</sup>) las reconozca como tercera causa fuente filial<sup>4</sup>, a la par de la filiación por naturaleza y adoptiva (HERRERA, DUPRAT y PELLEGRINI, 2015; HERRERA en LORENZETTI, 2015). Ello “*se justifica si se advierten las características que la distinguen de la filiación por naturaleza y de la adopción, lo que determina que cada una de estas fuentes se rija por reglas y principios propios*” (FAMÁ, 2017:7).

Mientras la filiación por TRHA se distingue de la filiación por naturaleza por el origen –en tanto esta reconoce su génesis en el acto sexual y, por ende, en el elemento bilógico–, aquella se funda en el acto médico y, en consecuencia, en el elemento volitivo, con independencia del dato biológico o genético.<sup>5</sup> Con respecto a la adopción, si bien las figuras se acercan –pues en ambas el vínculo se determina por el elemento volitivo–, en el caso de las TRHA, la voluntad debe manifestarse previamente a la gestación (el niño nace como consecuencia de esa voluntad); en cambio, en la adopción la voluntad se expresa respecto de una

<sup>3</sup> Artículo 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

<sup>4</sup> Por su parte, algunos autores han rechazado tal reconocimiento. En tal sentido, Sambrizzi (2016:66) expresa que, no obstante, el contenido del art. 558, la procreación asistida no constituye una fuente distinta a la filiación por naturaleza, lo que es así, ya que tanto en ese supuesto como en el de una relación sexual natural, es la naturaleza la que actúa para producir la concepción, mediante la fecundación del óvulo por el espermatozoide, a lo que no obsta la intervención (secundaria) de profesionales de la medicina para producir dicha unión. Por su parte, González Magaña (en FAMÁ, 2017:7) sostiene que tales técnicas no constituyen una fuente filiatoria autónoma, porque en la filiación por naturaleza se ha producido la concepción mediante la conjunción de un óvulo con un espermatozoide y ese proceso biológico también ocurre cuando se utiliza una práctica médica, la diferencia radica en la forma, en cómo se ha producido la concepción.

<sup>5</sup> Se desprende de lo expuesto, que mientras en la filiación por TRHA puede haber coincidencia o disociación entre quienes aportan el material genético o inclusive con la mujer que lleva adelante el embarazo, si se recurre a la gestación por sustitución, y quienes manifiestan su deseo e intención de asumir la filiación; en la filiación por naturaleza tal disociación no existe, el vínculo filial queda determinado con los progenitores bilógicos, sea por medio de la disposiciones legales o a tenor de una sentencia judicial (FAMÁ, 2017:8).

persona ya nacida (el vínculo se origina con posterioridad al nacimiento); es decir, en la adopción la voluntad no actúa como causa fuente del origen y existencia de la persona (FAMÁ, 2017:7-8).

Ahora bien, las diferencias referidas no son óbice para señalar que la expresión utilizada en el art. 558 (CCC) para aludir a esta novedosa fuente de la filiación puede suscitar confusiones, pues en rigor técnico debió ser la denominada “voluntad procreacional”<sup>6</sup> (mencionada expresamente en el art. 562<sup>7</sup> del CCC), la tercera fuente filial más que la filiación mediante TRHA, ya que tal voluntad expresada en el consentimiento informado es la que determinará el nexo filial frente a los supuestos indicados, y no la técnica en sí<sup>8</sup> (SAMBRIZZI, 2016; FAMÁ, 2017).

“*El uso de las técnicas de reproducción asistida es una realidad que no se puede silenciar*”<sup>9</sup> (HERRERA en LORENZETTI, 2015:91), menos aún las problemáticas que su utilización generan. Máxime, si se tiene presente que en Argentina diferentes centros privados desde hace varios años llevan adelante diferentes técnicas para que las parejas o personas infértiles, por razones de

---

<sup>6</sup> En este sentido, cabe destacar que en los Fundamentos del Proyecto del CCC se afirma: “La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, *con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento o sometimiento a ellas*” (énfasis nuestro).

<sup>7</sup> Artículo 562.- *Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.*

<sup>8</sup> Por su parte Sambrizzi (2016:81), luego de reconocer a voluntad procreacional como la nueva causa fuente filial, expresa que no la considera una pauta valiosa para la determinación (que bien puede ser calificada de falsa) de la filiación en los supuestos de la aplicación de alguna técnica procreación asistida, pues resulta inconveniente que se haya dejado total y absolutamente de lado (cualesquiera que sean las circunstancias) la aportación genética, que constituye uno de los pilares en el que se fundamenta la paternidad, a lo cual se arribó luego de un arduo camino.

<sup>9</sup> En 2012, Fernando Zegers-Hochschild (HERRERA en LORENZETTI, 2015:91) afirmaba en un estudio sobre prácticas de reproducción humana asistida en Latinoamérica, que con el correr del tiempo, millones de parejas infértiles son tratadas cada año como un camino real y eficiente para ser madres y padres. En la actualidad, más de cuatro millones de personas han nacido gracias a procedimientos de reproducción asistida.

salud<sup>10</sup> o estructurales (como acontece con las parejas del mismo sexo), puedan acceder a la maternidad y paternidad (HERRERA en LORENZETTI, 2015:92).

En dicha inteligencia, tras seis años de la entrada en vigencia de la ley 26.862 (B.O. 25/05/13) de “Reproducción Médicamente Asistida”, que garantiza el acceso integral a las TRHA, se duplicó el número de tratamientos de fertilidad, que pasaron de 10.000 previos a la sanción de la norma en 2013, a más de 21.000 casos de fertilización asistida por año en 2019, según la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER), única institución a nivel nacional que tiene el registro de estos datos por parte de los centros acreditados. Sin embargo, el país aún está muy lejos de alcanzar su potencial, estimado en 60.000 fertilizaciones anuales (MEDINA, 2018; MAFUD, 2019).

La tasa de nacimientos es aproximadamente del 24%. Ello significa que cada año nacen cerca de 3500 niños por todas las técnicas de fertilización, de los cuales el 80% de los procedimientos se realizan con óvulos propios, mientras que el resto con gametas donadas. Las técnicas más utilizadas, por caso, son la inseminación artificial (IA), considerada de baja complejidad<sup>11</sup> (TRHA intracorpóreas), la *in vitro* (FIV) y la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), que son de alta complejidad<sup>12</sup> (TRHA extracorpóreas), las cuales son requeridas por poco

<sup>10</sup> La tasa de fecundidad en los humanos es del 25 al 30% por ciclo, una de cada seis parejas tiene problemas para concebir naturalmente, cerca del 15% no logra el embarazo antes del año, y es cuando, generalmente comienzan las consultas con especialistas y los estudios médicos para diagnosticar los problemas reproductivos, que según se sabe, actualmente aproximadamente el 70% afectan al hombre (MAFUD, 2019).

<sup>11</sup> A tenor de lo dispuesto por el art. 2 del Decreto 956/2013, reglamentario de la Ley 26.869, las intracorpóreas o de baja complejidad son aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada (EOC), desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina (IUI), intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante (IUID). “*En forma simplificada se alude a estas técnicas como inseminación artificial (IA)*” (FAMÁ, 2017:86).

<sup>12</sup> Por su parte, se entiende por técnicas de alta complejidad o extracorpóreas aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo además de las FIV y ICSI, la transferencia de gametos a la trompa (GIFT); transferencia de embriones (TE); fecundación *in vitro* y transferencia de embriones con espermodonación; fecundación *in vitro* y transferencia de embriones con ovodonación; criopreservación de ovocitos y embriones; criopreservación de células en estado de pronúcleo; la donación de ovocitos y embriones; vitrificación de tejidos reproductivos, entre las más practicadas. Asimismo, también integra este grupo el diagnóstico genético preimplantacional (DGP), técnica que se lleva a cabo durante un ciclo de FIV y que permite, mediante biopsia embrionaria, detectar alteraciones específicas, genéticas, estructurales y/o cromosómicas de un embrión antes de su implantación en el útero de una persona (FAMÁ, 2017).

menos del 10% de las parejas que tienen problemas para concebir naturalmente (MEDINA, 2018; MAFUD 2019).

La ausencia de un marco normativo integral y sistematizado que regule el uso de las TRHA justifica la labor investigativa en busca de la construcción de marcos teóricos que posibiliten nuevas respuestas a sus múltiples y permanentes desafíos. En tal sentido, el enfoque inédito que aquí se presenta sustenta que la regulación del CCC, con relación al derecho a conocer la identidad origen o genética de las personas nacidas mediante TRHA heterólogas, es inconstitucional en tanto no supera el examen de proporcionalidad y resulta violatoria de la protección que el sistema internacional de derechos humanos dispensa al derecho a la identidad, lo cual compromete la responsabilidad internacional del Estado argentino.

## II. Marco teórico

El derecho a conocer la identidad de origen o genética de las personas nacidas mediante TRHA se encuentra regulado en el CCC en su Libro Segundo - Relaciones De Familia, Título V - Filiación, Capítulo 2 - Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Por su parte, el art. 563 dispone: *“Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. 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”*. Al tiempo que, el art. 564 establece: *“Contenido de la información. A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local”*.

El reconocimiento que realiza el CCC del derecho a la información del nacido mediante TRHA surge como corolario de la necesidad de discernir entre el *“emplazamiento filial –vedado a la luz del principio de voluntad procreacional,*

conforme surge del art. 577,<sup>13</sup> CCyCN– y el acceso a los orígenes como dos aspectos diferenciados y autónomos del complejo de variedades que proyecta el derecho a la identidad” (FAMÁ, 2017:152).

“Si bien ha merecido escaso reconocimiento expreso en los ordenamientos constitucionales del mundo,<sup>14</sup> el derecho a conocer los orígenes no es más que una proyección del amplio espectro de cuestiones que abarca el derecho a la identidad” (FAMÁ, 2017:152). Como expresa Lloveras (en FAMÁ, 2017: 153), el derecho a conocer sus orígenes constituye un aspecto de la identidad primaria, que “responde al interés superior de todo hombre de saber que fue antes que él, de dónde se sigue su vida, qué le precedió generacionalmente –tanto en lo biológico como en lo social–, qué lo funda y hace de él un ser irrepetible”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) “reconoció de manera expresa el derecho a conocer los orígenes en los casos ‘Gaskin c Reino Unido’ del 7/7/1989, ‘Mikulic c Croacia’, del 7/2/2002, y ‘Ebru et Tayfun Engin Çolak c. Turquía’ del 30/5/2006, entre otros”<sup>15</sup> (FAMÁ, 2017:154). En el primero, el tribunal coligió que “el respeto por la vida privada requiere que toda persona pueda ser capaz de establecer detalles sobre su propia identidad como seres humanos, y que en principio aquellos no pueden ser obstruidos por las autoridades para obtener esa información básica sin causa justificada” (FAMÁ, 2017:154). Mientras que en los otros dos precedentes concluyó el TEDH que tanto la legislación croata como la turca resultaban violatorias del derecho a

<sup>13</sup> Artículo 577.- Inadmisibilidad de la demanda. No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste.

<sup>14</sup> Famá (2016: 152) señala como ejemplo a las constituciones de Suiza (art. 119.2g), Venezuela (art. 56), Colombia (art. 15), Etiopía (art. 36) y finalmente a la “Ley para la clarificación de la paternidad independiente del procedimiento de impugnación” de Alemania que fuera sancionada el 31/3/2008, y que reformó el art. 1598 del Código Civil, por mandato del Tribunal Constitucional al legislador a través de la sentencia del 13/2/2007.

<sup>15</sup> Como ser los fallos “Odièvre vs. Francia”, sentencia del 13/2/2003 y “Jäggi vs. Suiza”, sentencia del 13/7/2006, que sumados a los mencionados, han desarrollado un papel relevante en la configuración del derecho a conocer los orígenes, que forma parte del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y que no necesariamente debe evolucionar hacia un vínculo jurídico con el progenitor o progenitores (HERRERA Y LAMM, 2014; SILVA Y VIDETTA, 2018). Todos los Fallos se encuentra disponibles en <https://hudoc.echr.coe.int/>.

la vida privada consagrado en el art. 8 de la Convención Europea, tras destacar el derecho al “*establecimiento de los detalles de su identidad de ser humano y el interés vital, protegido por el Convenio, en obtener informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad sobre un aspecto importante de su identidad como, por ejemplo, es el de la identidad de sus progenitores*” (FAMÁ, 2017:155).

El derecho a la identidad conforme la CIDH puede conceptualizarse, en general, “*como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso*” (Caso Gelman vs. Uruguay, párr. 122, sentencia del 24/02/2011, criterio reiterado en los casos Contreras y otros vs. El Salvador y Fornerón e Hija vs. Argentina).

Asimismo, destacó en el fallo Gelman vs. Uruguay que el derecho a la identidad no se encuentra expresamente previsto en la Convención Americana,<sup>16</sup> y agregó en Contreras y otros vs. El Salvador (31/08/2011) que el artículo 29.c del mismo cuerpo legal prevé que ninguna de sus disposiciones puede interpretarse en el sentido de “*excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno*”.

La CIDH ha utilizado las “Normas de Interpretación” de este artículo para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención (Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, del 05/08/2008). Por ello, una fuente de referencia ineludible, en atención al artículo 29.c de la Convención Americana y al *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>17</sup> (en adelante CDN), instrumento internacional que reconoció el derecho a la identidad de manera expresa en su artículo 8.1<sup>18</sup> (Contreras vs. El Salvador).

---

<sup>16</sup> En igual sentido, en el marco europeo de protección de derechos humanos tampoco existe una disposición que reconozca expresamente el derecho a la identidad en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Como fuera puesto de manifiesto, ello no ha sido óbice, para que la TEDH señalara, reiteradamente que el artículo 8 del Convenio europeo protege un derecho a la identidad y al desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior.

<sup>17</sup> Ratificada por Argentina mediante ley n° 23.849 en el año 1990 y que, conforme el art. 75, inc. 22 de la CN posee jerarquía constitucional.

<sup>18</sup> Que dispone: “*Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas*” (el destacado nos pertenece).



Dicha norma, a su vez, permite colegir que la identidad es un derecho que comprende varios elementos; entre ellos, se encuentra compuesto por la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, incluidos en dicho artículo a modo descriptivo, mas no limitativo. Se trata, entonces, de un derecho humano que comprende derechos correlacionados (LUNA, 2012), ya que nuclea otros derechos que ostentan autonomía o entidad propia, uno de los cuales es el derecho a conocer los orígenes (KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA Y LAMM, 2012).

En dicha inteligencia, el Comité Jurídico Interamericano<sup>19</sup> expresa que el derecho a la identidad no puede confundirse con uno solo de sus elementos, ni reducirse a uno u otro de los derechos que incluye (*v. gr.* el nombre es parte del derecho a la identidad, pero no el único). A la par que no equivale a la simple sumatoria de ciertos derechos que incluye la CDN, sino que alimenta su alcance y contenido, tanto de las normas del derecho internacional como del conjunto de medidas legislativas y de otro orden que adopten los Estados en el ámbito interno, pero dentro de los límites que impone el Derecho Internacional.

Agrega, además, que el derecho a la identidad posee un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, por lo que su plena vigencia fortalece la democracia y facilita la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades. Ello determina que, al poseer un carácter y un contenido tan fundamental y básico, no admita derogación ni suspensión, ni pierda su especificidad y especialidad, por implicar otros derechos humanos, los cuales mantienen sus características propias.

Finalmente, el Comité destaca la importancia de asegurar especialmente el derecho a la identidad del niño, para reducir su vulnerabilidad ante posibles abusos, según los principios de “protección especial” e “interés superior del niño”. Este último, desde la perspectiva que sustenta, constituye el principio rector para compatibilizar los distintos intereses que se hallan en tensión en materia de identidad de origen y TRHA.

Semejante tensión hace imposible soslayar las principales consideraciones vertidas por la CIDH en el caso *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*

---

<sup>19</sup> Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, del 10 de agosto de 2007.

(28/11/2012), donde estimó que la prohibición de la fecundación *in vitro* afectaba una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, relacionados con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

En lo que respecta al derecho a formar una familia, el tribunal reiteró lo dicho en el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (24/02/2012), en cuanto a que la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria: el artículo 11.2, que prohíbe las injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y familiar; y el artículo 17, que, en su punto 1, reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general, y en su punto 2, protege el derecho a fundar una familia, que a su vez se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.<sup>20</sup>

Se sostuvo conjuntamente en el fallo de cita que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva (reconocido en el art. 16.e de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>21</sup>); y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones, tanto de convertirse en padre o madre, de forma natural o mediante TRHA. De este modo, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente consustanciados con la salud reproductiva,<sup>22</sup> y, por

---

<sup>20</sup> *V. gr.* el artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el derecho de los hombres y mujeres a casarse y fundar una familia, y el 16.3 estatuye que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23.2 reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

<sup>21</sup> Según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”

<sup>22</sup> Que, en términos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales significa que “la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud” (Observación General N° 14, año 2000)

consiguiente, la falta de salvaguardas legales que la consideren puede ocasionar un menoscabo grave del derecho a la autonomía, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica.

Si bien es cierto que la Constitución Nacional histórica 1853-1860 (en adelante CN) no consagraba expresamente el derecho a la identidad, aunque podía considerarse como un derecho no enumerado conforme a su artículo 33,<sup>23</sup> también es cierto que a partir de la Reforma de 1994 (art 75, inc.22) se encuentra expresamente previsto en el artículo 8 de la CDN y que, en lo que aquí nos ocupa, debe integrarse con el art. 7.1<sup>24</sup> del mismo plexo normativo, que le acuerda al niño el derecho, “en la medida de lo posible”, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos. En rigor, *“la locución ‘en la medida de lo posible’ (...) constituye otra restricción –de las tanta que impone la Convención<sup>25</sup>– a los derechos del niño, en este caso, al acceso a sus orígenes como proyección del derecho a la identidad”* (FAMÁ, 2017:153).

Famá (2017:153) explica que el alcance de esta limitación ha dado lugar a dos interpretaciones doctrinarias, resultantes de ponderar el derecho a la identidad del niño en relación con el derecho a la intimidad de los progenitores biológicos o, en el caso, los dadores de material genético: la primera sostiene que la expresión “en la medida de lo posible” es una restricción *jurídica* que implica que la concreción del derecho queda supeditada a la existencia de un reconocimiento legal en cada Estado; la segunda, entiende que se trata de una limitación *fáctica*, referida a la existencia real de datos informativos. Optar por una u otra postura exige ponderar los derechos en juego mediante el examen de proporcionalidad.<sup>26</sup>

Ahora bien, que la consagración expresa del derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico argentino se concrete por medio de la CDN no significa que

<sup>23</sup> Porque *“deriva del principio de soberanía del pueblo o el sistema republicano de gobierno”* (SALDUNA, 2009:78). En igual sentido se expidió la CSJN en distintos precedentes, entre ellos puede mencionarse el caso “Muller, Jorge s/denuncia”, 13/11/1990, que posteriormente será objeto de análisis.

<sup>24</sup> *“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.*

<sup>25</sup> *“Cada vez que la CDN reconoce un derecho lo limita por razones diversas, en general por la madurez, capacidad para formarse un juicio propio, desarrollo emocional e interés superior del niño”* (BELOFF en FAMÁ: 153).

<sup>26</sup> Cuestión que será desarrollada en el punto 3 de este trabajo.

éste sea exclusivo de los niños, ya que se encuentra en constante construcción y debe entenderse según el principio de progresividad que rige la protección de los derechos humanos. En tanto el interés de las personas en conservar su identidad y preservarla no disminuye con el tiempo, porque puede verse afectado por variadas situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez.<sup>27</sup>

Es por ello que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (1994), al regular en su art. 12, inc.2<sup>28</sup> el derecho a conocer la identidad de origen, lo hace en atención a la indiscriminada represión desarrollada por el Estado entre 1976 y 1983,<sup>29</sup> y en orden a establecer la obligación del Estado de contribuir a la búsqueda de la verdad como un derecho de todos los ciudadanos (HIDALGO, 2000).

Tanto el Estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996), cuyo art. 12 inc. 1<sup>30</sup> garantiza el derecho a la identidad de las personas, como la Constitución de la provincia de Entre Ríos (2008), que prevé en su art. 10<sup>31</sup> la protección del derecho a la identidad personal, lo hacen con la mirada puesta en el pasado reciente, al igual que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, por tratarse de un tema muy sentido en el seno de nuestra sociedad. Pero dichas normas no agotan allí sus alcances; tienen en miras tutelar la adecuada identificación de las

---

<sup>27</sup> Actualmente en Argentina, por fuera de los casos acaecidos durante la última dictadura militar, se estima que existen tres millones de personas que no conocen sus raíces, es decir, que buscan saber quiénes son o dónde está el hijo o la hija que tuvieron y fue dado por muerto, robado o cedido bajo presión, lo que es vital para la construcción de su identidad (GUTIÉRREZ, 2016; BALZA, 2017).

<sup>28</sup> “Artículo 12.- Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos: (...) 2) A conocer la identidad de origen”. (el destacado nos pertenece).

<sup>29</sup> Como es sabido, durante el pasado régimen militar además de homicidios y torturas, abundaron desapariciones forzadas de personas y secuestros de niños (HIDALGO, 2000; SALDUNA, 2009).

<sup>30</sup> “Artículo 12.- La Ciudad garantiza: 1. El derecho a la identidad de las personas. *Asegura su identificación en forma inmediata a su nacimiento, con los métodos científicos y administrativos más eficientes y seguros. En ningún caso la indocumentación de la madre es obstáculo para que se identifique al recién nacido. Debe facilitarse la búsqueda e identificación de aquellos a quienes les hubiera sido suprimida o alterada su identidad. Asegura el funcionamiento de organismos estatales que realicen pruebas inmunogenéticas para determinar la filiación y de los encargados de resguardar dicha información*” (el destacado nos pertenece).

<sup>31</sup> “El Estado garantiza el derecho a la identidad personal. *Arbitrará las medidas para la adecuada e inmediata identificación de las personas. No podrá negarse ningún servicio urgente en razón de la falta de identificación del peticionante. El registro del estado civil de las personas será uniformemente llevado en toda la Provincia por las autoridades civiles, sin distinción de creencias religiosas, en la forma que lo establezca la ley*” (el destacado nos pertenece). A su vez, en el art. 20 establece como derechos humanos básicos a los derechos sexuales y reproductivos.

personas, sean niños o mayores de edad, ya en tiempos de la democracia. Por su parte, las constituciones de las provincias de Río Negro (1988), Chaco (1994) y Corrientes (2007), regulan en sus artículos 33,<sup>32</sup> 35 inc. 2<sup>33</sup> y 41<sup>34</sup> respectivamente, como un derecho del niño el respeto de su identidad.

En este orden de ideas, cabe destacar que la interpretación actual de nuestra CN, como de los tratados internacionales de derechos humanos y de las constituciones provinciales que se expresan sobre la materia, además de reconocer la raíz histórica de la temática, requiere de una mirada en clave evolutiva, dado que al formar parte del conjunto de derechos humanos inalienables a todo sujeto, el derecho a conocer los orígenes debe ser entendido del modo más amplio, abarcativo y progresivo posible, para sin desconocer el pasado, responder al presente y proyectarse hacia al futuro.

En materia jurisprudencial, la CSJN ha hecho alusión al derecho a conocer los orígenes en varios precedentes. Entre ellos, cabe recordar el voto en disidencia del Ministro Petracchi en el caso “Muller”, de fecha 13/11/1990, especialmente el considerando 9, donde expresa que entre los derechos implícitos comprendidos en el art. 33 de la CN

*debe –sin duda– incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen. En efecto, poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que –aprehendido– permita reencontrar una*

---

<sup>32</sup> “Los niños tienen derecho a la protección y formación integral por cuenta y cargo de su familia; merecen trato especial y respeto a su identidad, previniendo y penando el Estado cualquier forma de mortificación o explotación” (el destacado nos pertenece).

<sup>33</sup> “De la infancia. El niño tiene derecho a la nutrición suficiente, al desarrollo armónico, a la salud, a la educación integral, a la recreación y al respeto de su identidad. Sin perjuicio del deber de los padres, el Estado, mediante su responsabilidad preventiva y subsidiaria, garantiza estos derechos y asegura con carácter indelegable la asistencia a la minoridad desprotegida, carenciada o respecto de cualquier otra forma de discriminación, o de ejercicio abusivo de la autoridad familiar o de tercero” (el destacado nos pertenece).

<sup>34</sup> “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en forma integral, lo que incluye el derecho a la identidad y a la identificación, y los demás derechos y garantías contemplados en esta Constitución, la Constitución Nacional, los Tratados y las leyes. La recreación y el amor constituyen la base de la formación de su personalidad. La familia asegura prioritariamente su protección integral” -párrafo primero- (el destacado nos pertenece).

*historia única e irrepetible (tanto individual como grupal), es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura.*

*El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuesta a esos interrogantes vitales. La dignidad de la persona está en juego, porque es la específica “verdad personal”, es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por proyectos de vida, elegidos desde la libertad. Pues ésta es –finalmente– la que resulta mancillada cuando el acceso a la verdad es obstruido. La capacidad para definir independientemente la propia identidad es central para cualquier concepción de la libertad (468 U.S. 609, 619).*

En lo que refiere a la jurisprudencia nacional, que aborda la problemática del derecho a conocer los orígenes frente al uso de las TRHA, es posible destacar cuatro precedentes cuyo valor es apreciado coincidentemente por distintos autores (v. gr: HERRERA Y LAMM, SAMBRIZZI, FAMÁ, SILVA Y VIDETTA, entre otros). El primero de ellos pertenece a la Sala E de la Cámara Nacional Civil, con fecha 26/03/2012, donde por primera vez se abordó la problemática (FAMÁ, 2017), ante el pedido formulado por el Defensor de Menores de ordenar al médico revelar la identidad del donante de material genético, en el marco de un proceso de adopción de integración,<sup>35</sup> solicitada por la cónyuge de la madre. Dicha solicitud tuvo una acogida favorable en el tribunal de grado y fue revocada después por la Cámara ante el recurso del médico en cuestión, al entender que el pedido del Defensor “es una cuestión que excede notoriamente el ámbito de este proceso y que resulta propia de una acción de reclamación de estado<sup>36</sup> (...). Ello, obviamente, sin perjuicio de lo que pudiera plantearse por la vía y forma correspondiente”.

El segundo pronunciamiento jurisprudencial de cita fue dictado por la Sala V de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, el 29/04/2014, en el

---

<sup>35</sup> Que en los términos del art. 620 del CCC, es la que se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente.

<sup>36</sup> Opinión que no se comparte, pues implica identificar el derecho a conocer los orígenes con el de establecer vínculos filiatorios con el donante de material genético.

marco de la causa “C., E. M. y Otros c/ EN-M° Salud s/Amparo Ley 16.986”, que en fallo dividido resolvió por mayoría

*ordenar al Estado Nacional-Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar, a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de que sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal correspondiente a esta materia.*

El fallo “puso el acento en el deber de los centros médicos de conservar la información relativa a que la persona ha nacido por TRHA con gametos de un tercero” (FAMÁ, 2017:184). Asimismo, como señala Sambrizzi (2016:96), resulta interesante destacar que en la sentencia se interpretó que el derecho constitucionalmente consagrado a conocer “*la identidad se refiere tanto a la identidad en sentido legal, como a la verdadera o genuina, es decir, a conocer su identidad biológica*”. Por ello, el Tribunal distinguió dos aspectos de la pretensión: por un lado, el derecho a la conservación de la información sobre la identidad de la donante, obtenida por el centro médico que intervino en el procedimiento de procreación; y por el otro, el derecho de la hija a tener acceso a esa información, y las modalidades para ejercerlo, cosa que –se afirmó– “*constituye un asunto que es de resorte primario del legislador; y depende de la política legislativa que concretamente el Congreso Nacional adopte sobre la materia*” al que no es posible sustituir.

Ahora bien, es preciso destacar que la preservación de la información relativa a que la persona ha nacido por TRHA es crucial, porque hace a la posibilidad misma de garantizar el derecho a la identidad de origen, ya que sin ella el niño no tendrá siquiera la posibilidad de plantearse la necesidad de conocer sus antecedentes genéticos (SANBRIZZI, 2016). Es decir, una vez que el niño “*pudo acceder a saber que nació gracias a una práctica de carácter heterólogo, tiene la posibilidad*

*de elegir y decidir si quiere o necesita (...) acceder a los datos relativos a su donante*” (SILVA Y VIDETTA, 2018:290). Asimismo, también es central el papel de los progenitores del niño, en cuanto a que *“le hayan hecho saber con la amplitud que corresponde la forma en que fueron engendrado, así como que lo fueron con gametos de terceros”* (SAMBRIZZI, 2016:94), pues de no ser así tampoco el niño tendrá posibilidad alguna de efectivizar la facultad de saber. Lamentablemente el CCC no establece al respecto ninguna obligación y, en consecuencia, ninguna sanción, ni mecanismo alguno para que pueda enterarse la persona (SAMBRIZZI, 2016; SILVA Y VIDETTA, 2018).

El tercer fallo guarda relación con lo referido y nos introduce en otra cuestión *“que también se encuentra ligada o enlazada a esta faceta sustancial del derecho a la información: los impedimentos matrimoniales contemplados en el artículo 575”* (SILVA Y VIDETTA, 2018:290). El CCC, en su parte final, dispone: *“Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”*. En tal sentido, la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario el 29/11/2016, en la causa *“N V E y Otra s/ Inconstitucionalidad art. 403, inc. c, CCC”*, en la que se declara inconstitucional el inc. c del artículo 403 del CCC,<sup>37</sup> y se autoriza el matrimonio entre una mujer y la hija de su cónyuge fallecido, que había sido impedido por el registro civil, al juzgar que existía una relación de parentesco entre las contrayentes, por ser una hija por afinidad de la otra.

En lo que aquí nos ocupa, al abordar lo relativo a los impedimentos matrimoniales entre parientes afines, el fallo hace la siguiente consideración:

*Incluso la incorporación de la FIV heteróloga, sin registros ni publicidad en punto a donantes, implica que los niños concebidos por donación de gametos de un mismo donante, podrían contraer nupcias entre sí. Genéticamente, es incesto propiamente dicho. Solo que el derecho sería ciego a esta realidad. Un estudio que ha roto lanzas en los Estados Unidos sobre los efectos de la difusión de la fecundación in vitro con gametos de terceros demostró que uno de los mayores*

---

<sup>37</sup> Artículo 403.- Impedimentos matrimoniales. Son impedimentos dirimientes para contraer matrimonio: (...) c) la afinidad en línea recta en todos los grados.



*temores de los hijos así concebidos es cometer incesto en una relación romántica o incluso a través del matrimonio.*

En tal sentido, es posible colegir, por un lado, que la operatividad y eficacia del art. 575 (CCC) requiere el conocimiento previo del origen genético, pues si se ignora que en la práctica médica se utilizó material genético de un tercero nunca surgiría la incertidumbre relativa a los impedimentos matrimoniales. Por otro lado, la importancia de la creación de un Registro Único, que al organizar y registrar la información relativa a que la persona ha nacido por TRHA, a su vez permitiría dar cumplimiento a la referida previsión legal, al actuar como entidad de consulta a tal fin (SILVA Y VIDETTA, 2018).

Por último, cabe referenciar la causa “B., M. y otros s/ Filiación”, resuelta por la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, en fecha 06/04/2016, donde, a partir de la entrada en vigencia del CCC y sus disposiciones transitorias, se resolvió declarar abstracto el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por una pareja de mujeres que pretendía inscribir al menor F. con doble filiación materna. Tal como señala Famá (2017:185), el tema del acceso a los orígenes en los casos de TRHA heterólogas fue puesto de resalto en el voto ampliatorio del Ministro Pettigiani (no seguido por sus colegas), quien no obstante compartir la resolución de fondo, hizo valiosas consideraciones al respecto.

En dicha inteligencia, el magistrado expresó:

*Comparto los fundamentos del voto de la doctora Kogan relativos al sobreviniente carácter abstracto que ha adquirido la cuestión debatida atento a lo previsto por el art. 9 de la ley 26.994 (norma transitoria tercera). No obstante ello, la posible aplicación de tal regla de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico argentino exige su interpretación integrativa a la luz del concreto superior interés del menor F., consistente en la preservación de la información sobre su origen biológico (...). A su vez, al juez le es permitido, en cumplimiento de la función estatal encomendada, llevar adelante las medidas jurisdiccionales necesarias para obtener la verdad real en el emplazamiento filiatorio de los individuos (arts. 579, 580, 596 y concs., Cód. Civ. y Com.), de modo que éste no constituya el resultado de una ficción que deje subyacente la duda (...). En este contexto, dado que la filiación por técnicas de reproducción humana asistida constituye una de las nuevas fuentes*

*de filiación previstas en la ley, a través de la cual los nacidos son hijos de quien dio a luz y de la persona que prestó su previo, informado y libre consentimiento con el empleo de tales técnicas, independientemente de quien haya aportado el material genético, resulta necesario compatibilizar los distintos intereses a través de un adecuado compromiso dirigido a preservar el derecho de F. a conocer su origen biológico y ante la eventualidad de que oportunamente solicite la información que prevé el art. 564 del Código Civil y Comercial. A tal fin, en ejercicio de potestades inherentes a esta magistratura, corresponde disponer una medida complementaria acorde con la naturaleza de los derechos involucrados, tendiente a la obtención de dicha información del laboratorio y banco privado CRYO BANK (...), de modo que la misma pueda ser almacenada en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, como mecanismo que garantice su disponibilidad en el tiempo.*

En consecuencia, el presente nos interpela al abordaje de la problemática que generan las TRHA heterólogas en relación con el derecho a conocer la identidad de origen. Más arriba se señaló que el derecho a la identidad es un derecho humano fundamental, a lo cual debemos agregar aquí que la identidad de un sujeto está constituida por dos aspectos: el estático y el dinámico. El primero está relacionado a la concepción restrictiva de identificación (*v. gr.* huellas digitales, fecha y lugar de nacimiento, nombre de los progenitores, entre otros), por lo cual se construye sobre los datos físicos o materiales de una persona. El segundo, en cambio, involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida; comprende lo social, la historia personal en constante formación de valores, creencias y entorno (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1992 en KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA Y LAMM, 2012; BASSET, 2011 y 2016; DONDA, 2012; HERRERA Y LAMM, 2014; HERRERA, DUPRAT Y PELLEGRINI, 2015; HERRERA en LORENZETTI, 2015; SAMBRIZZI, 2016; FAMÁ, 2017, SILVA Y VIDETTA 2018).

Ello nos hace enfatizar que ambos aspectos conforman la identidad y la subjetividad de cada individuo. Gozan, por tanto, de suma importancia para la conformación del sujeto. Así, el derecho de toda persona a conocer y construir su identidad con todos los elementos disponibles implica conocer su verdad: condición ineludible para que todo individuo pueda desenvolverse en plenitud y dignidad (DONDA, 2012). De este modo, el derecho de toda persona a saber que nació mediante TRHA, a conocer la información sobre el donante y su verdad

genética, hace a la construcción de su identidad, a su historia, y allí radica su derecho a conocerla si así lo desea. Ahora bien, ello no supone identificar dicho derecho con el de establecer vínculos filiales, pues son dos aspectos diferenciados y autónomos,<sup>38</sup> sino reconocer que eliminar de su vida estos datos significa minimizar o ignorar el impacto que lo genético tiene en una persona (DONDA, 2012; FAMÁ, 2012).

En otras palabras, la identidad filiatoria no es siempre el correlato del dato puramente genético (aunque generalmente van unidos). Pero una cosa es tener derecho a conocer ese dato y otra diferente la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ese dato genético. Lo que ocurre, como fuera oportunamente puesto de relieve, es que el régimen actual en materia de filiación tiene por presupuesto ineluctable la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Mientras que las TRHA posibilitan la reproducción sin actividad sexual, lo cual es un dato determinante, pues conlleva que las normas regulatorias de la filiación “biológica o por naturaleza” no le sean plenamente aplicables. Lo mismo es predicable respecto de las reglas de adopción, cuyo presupuesto fáctico es el reconocimiento de una situación previa de vulnerabilidad (HERRERA Y LAMM, 2014; HERRERA, DUPRAT Y PELLEGRINI, 2015; GONZÁLEZ, MELÓN Y NOTRICA, 2015).

Por consiguiente, tanto en la filiación por naturaleza como en la adoptiva y la que se deriva de las TRHA, está involucrado el derecho a conocer los orígenes; pero estas últimas rompen los esquemas de pensamiento tradicional de la familia y observan tantas especificidades que requieren un régimen jurídico propio (BASSET, 2011; HERRERA, DUPRAT Y PELLEGRINI, 2015; FAMÁ, 2017). En nuestro ordenamiento, está dado por la ley 26.862 (B.O. 25/05/13) de “Reproducción Medicamente Asistida”,<sup>39</sup> que garantiza el acceso integral a las TRHA,<sup>40</sup> su

<sup>38</sup> Tan es así, que la jurisprudencia ha puesto de relieve la necesidad de distinguir estos dos elementos y admitió una acción autónoma (sea como acción meramente declarativa o como medida autosatisfactiva) para conocer los orígenes, sin que ello involucre el desplazamiento del estado filial que se ostenta (v. gr: Juzgado de Familia de Córdoba N° 4, 7/9/2005; Tribunal de Familia de Morón N° 2, 12/12/2005) (FAMÁ, 2012).

<sup>39</sup> A la que la provincia de Santa Fe adhirió mediante Ley 13.357 del 19/09/2013.

<sup>40</sup> Debemos señalar que esta ley tuvo como intención culminar el proceso abierto por la ley 26.618 que reguló el matrimonio entre personas del mismo sexo. Asimismo, es posible destacar que, si bien aún hoy se discuten ciertos aspectos de la ley, dada su escasa factura técnica, tuvo un valor positivo al permitir que más parejas pudieran acceder a los tratamientos, en virtud de garantizar el acceso a las TRHA, con independencia del estado civil y la orientación sexual.

Decreto Reglamentario 956/13 (B.O. 23/07/2013), Resoluciones del Ministerio de Salud,<sup>41</sup> en su carácter de autoridad de aplicación de la ley, y el CCC, que según vimos, las regula como tercera causa fuente filial y permite que el material genético provenga tanto de la pareja comitente (TRHA homóloga) como de un tercero (TRHA heteróloga).<sup>42</sup>

Silva y Videtta (2018:283) explican que, con independencia del tipo de TRHA homóloga o heteróloga, la persona tiene derecho a saber que ha nacido mediante el uso de tales prácticas. Pero, en el caso de las heterólogas, el alcance del derecho a la información se amplía considerablemente. De hecho, es posible ver cuatro variantes que se retroalimentan entre sí, aunque sin llegar a fusionarse —es decir, guardan cierta independencia y autonomía—: 1) El derecho a saber que se ha nacido por una TRHA heteróloga; 2) el derecho a la información no identificatoria; 3) el derecho a la información identificatoria; y 4) el derecho a que se resguarde esa información.

Kemelmajer, Herrera y Lamm (2012) indican que el CCC, al regular en sus artículos 563 y 564 el derecho a la información de las personas nacidas por TRHA heterólogas, y el contenido y acceso a dicha información, adopta una posición intermedia y equilibrada,<sup>43</sup> de conformidad con todos los intereses en juego. Para ello, el CCC clasifica la información en “*no identificatoria*” (de acceso ágil, expedito y sin intervención judicial, tanto para el niño como para cualquier tercero, *cuando es relevante para la salud*) e “*identificatoria*” (*de acceso limitado y ante razones debidamente fundadas que deben ser evaluadas por la autoridad judicial*).

---

<sup>41</sup> A modo de ejemplo, se puede mencionar la Resolución 616/2017 (B.O. 26/05/2017), que aprobó una serie de textos sobre el consentimiento informado, entre los cuales se encuentran aquellos a utilizarse cuando se lleva a cabo una TRHA heteróloga (SILVA Y VIDETTA, 2018).

<sup>42</sup> “La filiación por TRHA puede llevarse a cabo también mediante la gestación por sustitución (sea con material genético propio o ajeno), la figura fue suprimida en la versión final del CCyCN tras las modificaciones introducidas por la Comisión Bicameral” (FAMÁ, 2017:5). Lo cual genera un vacío normativo que, sin prohibición ni regulación concreta ha derivado en sendos pronunciamientos judiciales, como ser entre otros, el dictado el 18/05/2015 por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 102 de la Capital Federal, caratulado “C., F.A. y otro c/R. S., M.L. s/impugnación de maternidad”, el cual es analizado por Melón, González y Notrica (2015), obra a la que se remite para un mayor abundamiento.

<sup>43</sup> Cuyo antecedente es la Ley portuguesa 32/2006 sobre “Procreación médicamente asistida” (FAMÁ, 2012).

Es decir, al establecer un régimen de “anonimato relativo,”<sup>44</sup> garantiza: a) la existencia de donantes y la satisfacción del derecho a formar una familia, la igualdad, el acceso al progreso científico, la vida familiar, el respeto de la autonomía personal, la libre elección del plan de vida y la dignidad; b) el derecho del niño nacido por TRHA a conocer su origen genético; y c) el derecho a obtener, mediante decisión judicial, los datos identificatorios del donante (HERRERA Y LAMM, 2014).

En suma, se esgrime que la limitación del derecho individual a conocer el origen genético es constitucionalmente válida a la luz del *principio de proporcionalidad*, dado que tiene en miras otro derecho que no solo ha permitido que esa persona pueda nacer, sino que también lo hagan otras personas (KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA Y LAMM, 2012; HERRERA Y LAMM, 2014; HERRERA, DUPRAT Y PELLEGRINI, 2015). Sin perjuicio de que tales argumentos presentan una aparente justificación, me permito disentir. En tal sentido, puede sostenerse que la regulación del CCC –con relación al derecho a conocer la identidad genética de las personas nacidas mediante TRHA heterólogas– es inconstitucional porque no supera el examen de proporcionalidad.

Ahora bien, resulta pertinente hacer algunas consideraciones previas antes de desarrollar el examen de proporcionalidad de la normativa del CCC, eje central de este artículo. Existe un cúmulo de derechos en juego, que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de abordar la problemática del derecho a la identidad de origen en materia de TRHA heterólogas. Pero lo cierto es que nuestro sistema constitucional no establece jerarquía alguna entre los derechos reconocidos en el llamado “Bloque de Constitucionalidad Federal”. Por ello, la CSJN sostiene desde antaño, la igualdad jerárquica formal de los derechos constitucionales, y propone “*como sistema de valoración la armonización de los derechos fundamentales mediante la determinación de los alcances de cada uno de ellos en cada caso en concreto respecto del bien humano como sostén de la democracia*”<sup>45</sup> (FAMÁ, 2017:62-63).

<sup>44</sup> Observa Sambrizzi (2016:99) que, si bien por comodidad de lenguaje hablamos de anonimato, lo cierto es que ello no necesariamente es así, por cuanto por lo general la identidad del donante es conocida, tan es así que, aunque no existe una obligación legal al respecto, sus datos suelen conservarse en los lugares donde se guardan congelados los gametos. Por lo tanto, no puede afirmarse con seguridad que exista un verdadero anonimato, sino simplemente una reserva sobre la identidad del donante, que, bajo ciertas condiciones, como resulta de la disposición legal, puede llegar a ser revelada.

<sup>45</sup> En el célebre caso “Portillo” (CSJN, 18/04/1989), entre otros, la Corte señaló: “*si los derechos individuales no son absolutos y sí susceptibles de razonable reglamentación legislativa –basada en el respeto y amparo de*

Si partimos de este principio armonizador, originado el conflicto o colisión de derechos, las alternativas para resolverlos son múltiples desde la teoría general; una de ellas alude a la ponderación de los derechos como modo de sopesar las razones a favor o en contra de una determinada solución al caso conflictivo (FAMÁ, 2017). “*Uno de los métodos más utilizados en este sentido es el principio de proporcionalidad, cuya función esencial es estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales*” (BERNAL PULIDO, en FAMÁ, 2017:64). Para Alexy (en FAMÁ, 2017:65), interpretar los derechos fundamentales según el principio de proporcionalidad es tratar a éstos como mandatos de optimización; es decir, como principios y no solo como reglas. Los principios, como requisitos de optimización, son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas.

La CIDH ha sostenido en reiteradas ocasiones que el principio de proporcionalidad es la pauta a seguir para examinar las restricciones a derechos fundamentales (v. gr. Caso García Asto y Ramírez vs. Perú, del 25/11/2005; Caso Donoso, Tristán vs. Panamá, del 27/01/2009; Caso Escher y otros vs. Brasil, del 06/07/2009; Caso Atala, Riffo y niñas vs. Chile, del 24/02/2012) (FAMÁ, 2012). En el derecho argentino el principio de razonabilidad<sup>46</sup> –o de proporcionalidad, tal como se lo reconoce en el derecho continental– atravesó un desarrollo similar al que tuvo en el derecho estadounidense, del cual obtuvo su máxima influencia. Al igual que en el derecho norteamericano, en Argentina el principio carece de una concreción o definición precisa, sin perjuicio de que encuentra sustento en los artículos 28 y 33 de la CN. Ha sido la CSJN quien lo consagró por medio de su doctrina, aunque ha aplicado la exigencia de razonabilidad con gran flexibilidad (SAPAG, 2008).

---

*los derechos de los demás– (...); con mayor razón tales derechos han de integrarse en su ejercicio en el todo armónico de las cláusulas constitucionales a fin de lograr, sin desmedro sustancial de ninguna, el adecuado equilibrio que reclaman en un estado de derecho las ordenadas exigencias de la justicia”* (FAMÁ, 2017:63).

<sup>46</sup> Expresa Sapag (2008:180) que, son muchas las semejanzas entre el principio de proporcionalidad del derecho continental europeo y el principio de razonabilidad (*substantive due process or reasonableness*) de cuna anglosajona, pero lo que une fundamentalmente a uno y otro es la posibilidad, por parte del órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad –sea un sistema difuso o concentrado–, de hacerlo sobre la sustancia o el contenido de los actos estatales.

Sin perjuicio de lo dicho, es preferible hablar de examen de proporcionalidad,<sup>47</sup> ya que el habitualmente denominado principio de proporcionalidad no presenta la estructura de los principios (ALEXY, en DÍAZ GARCÍA, 2011). En rigor, constituye un procedimiento por medio del cual se examina la constitucionalidad de medidas restrictivas de derechos fundamentales (CLÉRICO, en DÍAZ GARCÍA, 2011). Es decir, opera como un verdadero examen con el que se controlan los actos normativos, a fin de dilucidar si son o no conformes a la Constitución; y, asimismo, opera como una herramienta para fundamentar las decisiones judiciales que versen sobre los éstos (SAPAG, 2008).

Sucintamente, el examen de proporcionalidad configura un instrumento de control de constitucionalidad de medidas restrictivas de derechos fundamentales, que permite optimizar su disfrute mediante la pronta exclusión de aquellas medidas que no conducen a satisfacer intereses constitucionales (regla de idoneidad),<sup>48</sup> o que pueden ser reemplazadas por otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales (regla de necesidad<sup>49</sup>), o que son desproporcionadas (regla de ponderación).<sup>50</sup> En definitiva, se trata de un instrumento donde cada una de sus reglas y las tareas que ellas exigen se aplican en forma sucesiva y escalonada,

<sup>47</sup> Señala Clérico (2015:77) que, la racionalidad de la proporcionalidad como forma de evaluación de la justificación a soluciones jurídicas fue atacada desde diversas esquinas. Asimismo, refiere a la objeción de su indeterminación (LEISNER; OSSENBUHL; MARTÍNEZ ZORRILLA). En tanto la ponderación implica una estructura de argumentación no suministra criterios anteriores a la ponderación en concreto que determinen en forma total o parcial la solución al conflicto entre derechos. Esta objeción sumada a la objeción de la inflación de la proporcionalidad, que dice que por todos lados se estaría ponderando (LEISNER, 1997), agrava las consecuencias prácticas de la indeterminación de la ponderación. La autora brinda como respuesta a la primera objeción la estrategia del deslinde en tres tiempos, mientras que a la segunda responde diciendo que el derecho contiene no solo principios sino también reglas. Las reglas se aplican a través del método de la subsunción, por ello, en tanto en el derecho “existan” reglas, no se puede sostener que “por todas partes” se pondera.

<sup>48</sup> Analiza si la medida o su finalidad son legítimas (idoneidad teleológica), y de serlo, si es adecuada para promover esa finalidad (idoneidad técnica). Como se observa, se relaciona directamente con el principio de razonabilidad (FAMÁ, 2017), que se integra como un presupuesto al examen de proporcionalidad, como exigencia para determinar la finalidad de la intervención (GRANDEZ CASTRO en SALVATIERRA CASTRO, 2017).

<sup>49</sup> Determina si la medida sometida a control es la única idónea para favorecer la finalidad pretendida con su aplicación (necesidad teleológica), y en su caso, de existir otras, si es la que implica una menor afectación en los derechos fundamentales (necesidad técnica).

<sup>50</sup> Evalúa la constitucionalidad de la medida sometida a control a través de una ponderación que permita establecer qué interés constitucional debe ser preferido y cuál debe ceder, según las condiciones del caso concreto (criterio de la precedencia condicionada).

pues se encuentran lógicamente concatenadas (SAPAG, 2008; DÍAZ GARCÍA, 2011; BERNAL PULIDO en FAMÁ, 2012; BERNAL PULIDO en FAMÁ, 2017).

### **III. Examen de proporcionalidad de la normativa del CCC**

Corresponde en primer término analizar si la medida adoptada por el CCC –que restringe el derecho a conocer la identidad de origen para aquellos niños nacidos por TRHA heterólogas– es idónea teleológica y técnicamente. La medida en concreto es la regulación del acceso a la información del origen genético por medio de la clasificación del contenido de tal información en no identificatoria e identificatoria (con los alcances antes referidos). Con este sistema de anonimato relativo, el objetivo es garantizar, ante la falta de una cultura de la donación, la existencia de donantes para que sigan naciendo niños mediante TRHA heterólogas. Los derechos fundamentales que promueve este objetivo son el derecho a formar una familia, a gozar de los beneficios del progreso científico, a la igualdad (desde el punto de vista de los adultos), a la autonomía personal, a la libre elección del plan de vida, a la dignidad, a la vida y a conocer la identidad de origen del niño (KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA Y LAMM, 2012; HERRERA Y LAMM, 2014; HERRERA, DUPRAT Y PELLEGRINI, 2015; HERRERA en LORENZETTI, 2015; FAMÁ, 2017, SILVA Y VIDETTA 2018).

El medio elegido, en principio, es apto para favorecer el disfrute de los derechos fundamentales promovidos. Al tiempo que está justificada por fines legítimos, entre ellos: garantizar el derecho del niño nacido por TRHA a conocer su origen genético; la protección del derecho a la intimidad de los dadores de material genético, salvo que se encuentren fuertemente comprometidos los derechos humanos del niño nacido por TRHA que amerite, según la situación que acontezca, levantar el anonimato del donante; y, por último, la subsistencia del sistema de fertilización heteróloga, que se basa en la existencia de donaciones de material genético, aspecto práctico que en el plano jurídico encuentra correlación con el reconocimiento del derecho a fundar una familia, en tanto se protege a donantes y a los receptores, quienes son asegurados que serán los padres legales de la persona nacida como resultado de la práctica (FAMÁ, 2017; RODRÍGUEZ ITURBURU en SILVA Y VIDETTA, 2018).



Se colige, entonces, que el objetivo perseguido por la medida es legítima (idoneidad teleológica) y adecuado para promoverla (idoneidad técnica), lo cual habilita el paso al segundo nivel de análisis: el de la evaluación de la necesidad teleológica y técnica. Es posible observar que el sistema intermedio –que prevé el anonimato como regla, pero con la posibilidad de conocer la identidad del donante por razones debidamente fundadas– no es el único que existe para favorecer el objetivo perseguido por la medida. Famá (2017:156) aduce que, en términos generales, las legislaciones extranjeras que regulan las TRHA pueden alinearse en tres corrientes:<sup>51</sup> a) los países que mantienen el anonimato de los donantes y prohíben el acceso a toda la información, salvo circunstancias sumamente excepcionales;<sup>52</sup> b) los países que no permiten acceder a la identidad del donante, pero habilitan el acceso a los datos médicos cuando ello se justifica por circunstancias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo;<sup>53</sup> y c) los países que prohíben el anonimato y reconocen el derecho del hijo a conocer la identidad del donante.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Por su parte, Herrera y Lamm (2014) agrupan a los sistemas del siguiente modo: a) del anonimato absoluto; b) el que permite acceder a los datos médicos, pero no a la identidad del o los donantes; c) mixto o de la doble ventanilla, que permite a los donantes de gametos optar entre una donación anónima o identificable, y a la pareja beneficiaria, entre gametos anónimos o identificables; y d) del acceso pleno a la información del donante. Mientras que Silva y Videtta (2018) clasifican a los sistemas en: a) Sistema cerrado o de anonimato absoluto; b) Sistema abierto; c) Sistema de anonimato relativo; y d) Sistema optativo o de la doble ventanilla.

<sup>52</sup> “*Dentro de estas legislaciones se enrolan la ley 355 de Dinamarca, la ley 5487/I de protección de la salud de los ciudadanos rusos (art. 35); y el Código Civil Francés (art. 16.8, introducido por la ley 954-653)*” (FAMÁ, 2017:151).

<sup>53</sup> Dentro de esta categoría se ubican la ley española 14/2006; la ley griega 3089/2002; la Resolución del Consejo Federal de Medicina de Brasil 2013; el Código Civil de Quebec (art. 542); la ley 227/2006 sobre salud pública de República Checa (FAMÁ, 2017).

<sup>54</sup> Integran este grupo la *Swedish Insemination Act* n° 1140 de 1984; la ley austríaca de reproducción médicamente asistida 275/1992; el Código Civil Alemán (BGH) desde 1989; la ley federal 810.11 de Suiza (18/12/1998); la Ley Holandesa Información del Donante de inseminación artificial del 25/4/2002; la ley 100 de Noruega (5/12/2003); la *Human Fertilisation and Embryology Authority Regulations* 2004 (Disclosure of Donor Information) 1511 (1/7/2004) de Gran Bretaña; Nueva Zelanda desde 2004 ha suprimido el anonimato de los donantes, creando un registro para la vinculación voluntaria entre el dador y el nacido por TRHA a partir de que este último cumpla 18 años; la ley 1237/2006 de Fertilización Asistida de Finlandia; Canadá a partir del caso “Pratten vs. British Columbia” de 2011, en que la Suprema Corte declaró la invalidez de la legislación provincial que protegía el anonimato del donante; la ley 19.167 de Reproducción Humana Asistida de Uruguay del año 2013. Finalmente, como subgrupo de esta categoría, su ubican las legislaciones de Islandia (ley 55/1996) y Portugal (ley 32/2006), que admiten el levantamiento del anonimato, pero solo si media conformidad de los

Del análisis comparativo de tales corrientes o sistemas es posible comprobar que el más adecuado para obtener el objetivo perseguido por la medida es el que garantiza el pleno acceso a la información del donante. Pues, como sostiene la CIDH, *“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 estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”* (FAMÁ, 2017:180). Por consiguiente, este sistema es el que optimiza en mayor medida el disfrute de los derechos fundamentales que se procuran promover.

A los adultos les permite ejercer su derecho a formar una familia (hétero, homo y monoparentales), de acceder a los progresos científicos, al respeto de su autonomía personal y de su dignidad, a la libre elección del plan de vida y a la igualdad (entre adultos). A los niños concebidos mediante TRHA heterólogas les reconoce plenamente su derecho a conocer su identidad de origen, a la par que efectiviza su derecho de igualdad (art. 16, CN), y evita que se establezcan diferencias injustificadas, según la forma de concepción de la persona y la fuente de filiación, lo cual supone retrotraerse a una etapa ya superada, en la que nuestro ordenamiento establecía categorías de hijos (GONEM MARCHELLO en SILVA Y VIDETTA, 2018; LAFFERRIERE en SILVA Y VIDETTA, 2018). Ello no implica desconocer las diferencias entre las diferentes fuentes de filiación, ni desconocer que en la adopción *“hay historia o... ‘biografía’ o un relato que el derecho no debe silenciar”* (HERRERA Y LAM, 2014), *“que no existe en aquellos supuestos que involucran a las TRHA heterólogas, pues aquí el proyecto parental es contemporáneo”* (SILVA Y VIDETTA, 2018:337), sino reconocer que *“si bien los contextos fácticos que llevan a la adopción y la filiación por TRHA difieren notablemente, no se vislumbra una justificación razonable para otorgar a ambas instituciones un tratamiento diferenciado en orden al conocimiento de los orígenes”* (FAMÁ, 2017:183). Porque si en materia de adopción, el niño con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer sus orígenes cuando lo requiera, sin perder por ello su emplazamiento de hijo adoptivo, no resulta equitativo que quien nace por mediación de una TRHA heteróloga necesite padecer

---

donantes (FAMÁ, 2017).

un riesgo para la salud o razones debidamente fundadas y evaluadas por el juez, sin que baste su curiosidad vital, como en el caso del adoptado, en la medida que, en ambos casos se busca reconstruir el pasado y acceder a la verdad (FAMÁ, 2017; URBINA en SILVA Y VIDETTA, 2018).

Asimismo, protege su derecho a la salud,<sup>55</sup> que no solo se satisface con la información no identificatoria (cuando es relevante para la salud). También requiere el acceso integral a toda la información, si es su deseo, y acorde a su capacidad progresiva,<sup>56</sup> ya que como se puso de relieve al comentar el fallo “*N V E y Otra s/ Inconstitucionalidad art. 403, inc. c, CCC*”, existe una vinculación sustancial entre el derecho a la información y los impedimentos matrimoniales, ante la posibilidad de que a futuro se formen familias (v. gr: uniones de hecho, uniones convivenciales o matrimonios) entre personas nacidas mediante TRHA con el aporte de material genético del mismo donante, que no son parientes en términos jurídicos (art. 575,<sup>57</sup> CCC), pero sí biológicos.

Lo expuesto determina que la norma no supere el *test* de necesidad, sin perjuicio de que el objetivo de garantizar la subsistencia de donantes para que sigan naciendo niños mediante THRA heterólogas sea constitucionalmente legítima. No resulta convincente una limitación que se funda en la falta de una cultura de la donación (HERRERA Y LAMM, 2014; SILVA Y VIDETTA, 2018), en tanto dicha finalidad puede lograrse con otra medida menos restrictiva, como

<sup>55</sup> Entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social (art. 10, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Protocolo de San Salvador). “*Este es el concepto de salud obrante y vigente en nuestro ordenamiento jurídico, categórico, operativo y deóntico*” (BLANCO, 2017:2), que constituye una confirmación con precisión del que brinda el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en los siguientes términos: “*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social*”.

<sup>56</sup> “*El cual importa la participación en carácter personal de los niños y los adolescentes en la realización de sus derechos, atendiendo al grado de desarrollo madurativo y discernimiento alcanzado*” (GROSSMAN Y HERRERA en CAVAGNARO Y COLAZO, 2013:2).

<sup>57</sup> “*Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.*

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena” (el destacado nos pertenece).

ser medidas de tipo educativo para fomentar las donaciones, como las que se llevan a cabo para la donación de órganos (FAMÁ, 2017). Como señala Herrera (en SILVA Y VIDETTA, 2018:339), no es óbice que más allá del loable efecto que podrían tener ciertas medidas educativas, ello es una construcción a largo plazo.<sup>58</sup> Así, ninguna legislación del mundo ha nacido de ese modo, sino que venía de un sistema con ciertas restricciones, y con el tiempo, gracias a los efectos de las medidas educativas, pudo virarse a un régimen amplio sin poner en peligro la fertilización heteróloga. Tal observación no tiene en cuenta, por un lado, que la aludida legislación, que regula sin restricciones el derecho a conocer los orígenes, cuenta en algunos casos con más de treinta años de vigencia; de modo que, aunque ello “*podiera significar una disminución de donaciones que tornan viable el acceso a tales prácticas*”<sup>59</sup> (FAMÁ, 2017:183), lo cierto es que ello no se ha traducido en la desaparición de las TRHA heterólogas. Por otro lado, la no implementación de tales medidas educativas “*en un contexto legal signado por el silencio, proclive a la confusión entre ser donante y ser padre*” (HERRERA en SILVA Y VIDETTA, 2018:338), no es tal, en tanto aún en un contexto legal parcial y asistemático como el argentino actualmente existen dos bancos de espermias que permiten acceder a la identidad del donante. Uno es Reprobank,<sup>60</sup> y desde 2014 cuenta con el Programa de Identidad Abierta (PIA), donde los donantes de semen tienen la opción de permanecer anónimos o de aportar sus datos a un legajo; y el

---

<sup>58</sup> En igual sentido Ciruzzi (en SILVA Y VIDETTA, 2018:348), quien considera que la regulación del CCC resulta constitucionalmente razonable si se observa la tendencia en el Derecho Comparado que va abriendo camino en cuanto a la posibilidad de que el niño así concebido pueda acceder al conocimiento de su identidad biológica, permitiendo asimismo que exista una evaluación *case by case*, ponderando las circunstancias en el caso particular por quien es llamado a interpretar la ley: el juez.

<sup>59</sup> “*De todos modos, las investigaciones realizadas en los países que suprimieron el anonimato han arribado a conclusiones heterogéneas*” (FAMÁ, 2017:183).

<sup>60</sup> Según información proporcionada por este banco de semen: a) de todas las personas que realizaron un procedimiento con muestra de donante de semen durante el último año, el 23% eligieron donante del Programa de Identidad Abierta. Es decir, 1 de cada 4 personas opta por donante PIA; b) la probabilidad de que una persona opte por PIA varía en función del tipo de pareja; de las personas que eligen donante PIA el 12% fueron parejas heterosexuales (1 de cada 10 parejas), el 23% pareja de dos mujeres (1 de cada 4 parejas) y, en mayor medida, el 65% fueron mujeres solteras, en busca de la maternidad sin pareja (1 de cada 3 mujeres solteras). Se puede consultar esta información en: [https://www.repro-tec.com/material\\_impreso\\_reprobank/quien\\_elige\\_el\\_programa\\_de\\_identidad\\_abierta.pdf?fbclid=IwAR3GgEtcM1IkaRYmSMFgx\\_zb4IID\\_vd\\_QQmpFv8yLMCORoONFa45bmcElm4](https://www.repro-tec.com/material_impreso_reprobank/quien_elige_el_programa_de_identidad_abierta.pdf?fbclid=IwAR3GgEtcM1IkaRYmSMFgx_zb4IID_vd_QQmpFv8yLMCORoONFa45bmcElm4).

otro es Cryobank, que desarrolló el Programa de Donante de Identidad Abierta (DIA) como una opción a la donación anónima para que adultos concebidos por donación de semen tengan la posibilidad de conocer la identidad de su donante. En ambos casos, los datos identificatorios son proporcionados únicamente a aquellos adultos concebidos por la donación al cumplir los dieciocho años y en persona, siempre que lo manifiesten por escrito y que se acredite la autenticidad de la concepción bajo estos programas.<sup>61</sup>

De este modo, al no superar la norma el *test* de necesidad, no es necesario continuar con el examen de proporcionalidad, pues la medida es inconstitucional. Empero, al solo efecto de reforzar la línea argumental que se esgrime, se procede a hacer el análisis de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto de la medida, con base en el criterio de la precedencia condicionada.<sup>62</sup> El CCC prioriza el derecho a formar una familia, al garantizar el acceso a las TRHA heterólogas mediante el anonimato de los donantes, por encima del derecho del niño a conocer su origen genético (aspecto esencial de su derecho a la identidad).

Dicha opción resulta desproporcionada. Primero, porque desplaza al niño como centro del sistema, al soslayar en la faz práctica el principio de protección especial (preámbulo CDN), que atiende a considerar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el niño, en tanto hace prevalecer la voluntad procreacional de los progenitores y el accionar del donante, sin contemplar que el niño ha sido ajeno al acto por el que se accedió a su procreación, y nada pudo hacer para evitar el conflicto, pues no estaba en su decisión nacer o no nacer (FAMÁ, 2017).

Segundo, porque vulnera el interés superior del niño<sup>63</sup> (art. 3, CDN), que impone ante la existencia de derechos en conflicto la primacía de los derechos de los niños por sobre los de los adultos, como así también el principio *favor*

<sup>61</sup> Para mayor información pueden consultarse los sitios web de ambos bancos de esperma: <https://es-la.facebook.com/Reprotec/posts/nuestro-programa-de-identidad-abierta-pia-quien-lo-elige-y-porque/1035142089842062/> y <https://cryobank.com.ar/donante-identidad-abierta-dia/>.

<sup>62</sup> Por oposición al criterio de la precedencia absoluta, en el entendimiento de que no existen derechos absolutos (ALEXY en DÍAZ GARCÍA, 2011). Así, en base a las circunstancias del caso, “*se establece entre los principios una relación de ‘precedencia condicionada’ cuya determinación consiste en indicar las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser resuelta inversamente*” (ALEXY en FAMÁ, 2017:63-64).

<sup>63</sup> Confrontar con Silva y Videtta (2018:350-351), quienes entienden que la regulación que adoptó el Código respecto del derecho a la información de niños nacidos por TRHA es respetuoso de su interés superior.

*minoris* (puesto de relieve en el voto del Dr. Pettigiani en el fallo “B., M. y otros s/Filiación”), con expresa recepción en los arts. 3 y 5 de la ley 26.061, conforme al cual, ante el posible conflicto entre los derechos e intereses de los menores, en oposición a otros derechos e intereses igualmente legítimos, han de prevalecer los primeros, que adquiere una mayor preponderancia objetiva, en tanto el principio de precaución exige valorar primordialmente los riesgos, daños futuros y otras consecuencias de la decisión, en la seguridad de los niños (“B., M. y otros s/Filiación”, voto del Dr. Pettigiani). Así pues, salvo casos de excepción, impide el ejercicio del derecho del niño a conocer su verdad genética de manera inmediata y, a su vez, permanente, pues, si no se fomenta una cultura de la donación, no se abandonará el sistema de anonimato relativo.

En tercer orden, no se consustancia la medida con la aplicación del principio *pro homine*, criterio hermenéutico que guía todo el derecho de los derechos humanos, según el cual se debe recurrir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se procura reconocer derechos protegidos y, *a contrario sensu*, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (PINTO, 1997). Por lo que le asiste razón a Famá (2017:183) en cuanto a que una interpretación menos restrictiva de la limitación legal (art. 564, inc. b, CCC) permite sostener que el acceso a los orígenes es de por sí una de las razones debidamente fundadas que ameritan el conocimiento de los datos identificatorios del donante, sin que ello pueda quedar a criterio de la autoridad judicial,<sup>64</sup> que tendrá un papel limitado (al igual que el regulado en materia de adopción, por el art. 596 del CCC) a brindar un acompañamiento adecuado e interdisciplinario a la persona (en especial si se trata de un niño o adolescente) y su familia. Por tal razón, es en este entendimiento que debe interpretarse la expresión “en la medida de lo posible”, contenida en el art. 7.1 de la CND, de modo que tal limitación al derecho a conocer los orígenes debe considerarse alusiva solo a los impedimentos de índole fáctico –o sea, imposibilidad de alcanzar el

---

<sup>64</sup> En igual sentido, Krasnow (en SAMBRIZZI, 2016:98), quien no comparte lo dispuesto por el art. 564 en cuanto traslada al juez la decisión sobre la revelación de la identidad del donante por razones debidamente fundadas, que a su juicio resulta peligrosa. Por su parte, Úrsula Basset (en SAMBRIZZI, 2016:98) considera inconstitucional el hecho de una persona tenga que pedirle permiso a un juez para acceder a su biografía.

conocimiento por falta o carencia de información—, y no a los de índole legal.

Por todo lo expuesto, tras ponderar los derechos en juego, se debe priorizar el derecho del niño a conocer su identidad de origen por sobre los derechos de los adultos (progenitores y donantes). No existe un argumento plausible para establecer diferencias en el acceso a la verdad biológica o genética en razón de la forma y la fuente de filiación (natural, adoptiva o mediante TRHA). Sin desconocer los distintos matices, constituye un elemento inalienable para el desarrollo físico, emocional y psicológico del niño. Ello no implica reducir la identidad de una persona a datos genéticos,<sup>65</sup> sino reconocer que eliminar de sus vidas estos datos significa minimizar o ignorar el impacto que lo genético tiene en el desarrollo humano. Asimismo, no es posible considerar que con estas técnicas solo se afecta la faz estática del derecho a la identidad, en un solo dato, el genético,<sup>66</sup> sino que por el principio de realidad,<sup>67</sup> se está afectando en verdad la faz dinámica de dicho derecho, en la medida que dicho principio conduce a redefinir el contenido y alcance del derecho a la identidad, al reconocer las particularidades propias de la identidad en el campo de las TRHA que la diferencia de las restantes fuentes filiales. Ahora bien, se comparta o no esta interpretación, lo cierto es que ambos aspectos conforman la identidad y hacen a la subjetividad de cada individuo razón suficiente para garantizarlo del modo más amplio, abarcativo y progresivo posible.

En definitiva, el niño, desde el mismo momento en que tiene la inquietud por conocer sus orígenes, puede ejercer su derecho conforme al principio de capacidad o autonomía progresiva (art. 5, CDN; arts. 595, inc. f y 596, CCC; arts. 3 inc. d y 24, ley 26061; entre otras). Por ello es preciso que mediante la sanción de una ley nacional<sup>68</sup> se modifique el artículo 564 del CCC relativo al Contenido de

<sup>65</sup> Confrontar con Fortuna (en SILVA Y VIDETTA, 2018:346).

<sup>66</sup> Confrontar con Herrera y Lamm (en SILVA Y VIDETTA, 2018:333).

<sup>67</sup> “Se trata de un valor axiológico moderno presente en el CCyC—implícito o derivado de los que están explícitos—hábil para aplicar el Derecho a las nuevas y desafiantes complejidades sociales” (SILVA Y VIDETTA, 2018:345). Cabe referir, que las autoras de cita, dan cuenta que este principio es un fundamento central y presente en los trabajos que se han alzado a favor de la regulación que el CCC realiza del derecho a la información.

<sup>68</sup> Es importante referir que, en el orden provincial, el 30/11/2017 la Legislatura de la Provincia de Santa Fe sancionó la Ley N° 13.725 (el proyecto de ley había sido presentado anteriormente en tres oportunidades, en los años 2009, 2011 y 2015, obtuvo media sanción en la dos primeras presentaciones y perdió estado parlamentario en la tercera), que tiene por objeto garantizar el derecho a la identidad biológica o de origen, para restituir

la Información y se garantice el acceso sencillo y expedito a la información sobre la identidad genética a las personas nacidas mediante TRHA.

Dicha ley debe prever el diseño de un procedimiento de acceso a la información, y, a los efectos de contar con la misma, crear un Registro<sup>69</sup> Público de Información Genética, o bien ampliar las finalidades y competencias del Banco Nacional de Datos Genéticos.<sup>70</sup> El procedimiento además debe ser de naturaleza administrativa y gratuita, a fin de otorgar un acceso amplio, ágil e inmediato a la información genética, y a fin de evitar dispendios judiciales. Ello garantiza a todo niño con edad y madurez suficiente conocer su verdad biológica sin otro requisito que su sola manifestación al respecto, la que, a su vez, genera la presunción de que él está en condiciones de formar un juicio propio y posee madurez suficiente. Por otra parte, la gratuidad hace a la efectividad misma del pleno ejercicio del derecho y conjura al elemento económico como una vía indirecta de conculcación.

La creación del Registro Público de Información Genética, o la refuncionalización del Banco Nacional de Datos Genéticos, resulta necesaria para obtener y almacenar toda la información referida a las prácticas de TRHA heterólogas. En tal sentido, el Estado no puede dejar librado al arbitrio de los centros de fertilidad y bancos de espermatozoides el destino de la información sobre el material que manipulan y de la identidad genética que de él se desprende. De ahí su carácter público. Al mismo tiempo, es imprescindible que rija la gratuidad en la prestación de sus servicios, no solo para garantizar el derecho a la identidad,

---

su ejercicio a toda persona que presuma que su identidad haya sido suprimida o alterada (art. 1) por hechos concomitantes o posteriores a su nacimiento, y las personas adoptadas, cualquiera sea la fecha en que ésta se hubiere producido. (art. 2). Prevé también: a) la creación del Registro Único de Búsqueda de Identidad Biológica o de Origen de la Provincia de Santa Fe (art. 7); y b) la creación de un Registro Único de Partos y Nacimientos (art. 11). Con relación a esta normativa, auspiciosa y necesaria para dar respuesta a aquellas personas, que, por fuera de los casos ocurridos durante el Terrorismo de Estado, buscan actualmente conocer sus orígenes, es posible mencionar que no existe óbice constitucional para que la provincia regule con mayor extensión el derecho a la identidad de origen que en el orden federal. No obstante, no aborda la problemática de la identidad de origen en relación con las TRHA heterólogas y, por consiguiente, significó un avance, que no es suficiente para un abordaje integral de la materia, que requería a su vez, de una ley nacional para una regulación uniforme en todo el país.

<sup>69</sup> En sentido concordante a la doctrina y jurisprudencia existente en la materia, a la que se aludió durante el desarrollo de este trabajo.

<sup>70</sup> Creado en 1987 por la ley 23.515, es el archivo público y sistemático de material genético y muestras biológicas de familiares de personas secuestradas y desaparecidas durante la dictadura militar argentina.



sino también porque responde a otros intereses en juego, como ser la protección de la familia, la salud pública, la cobertura médica integral de las TRHA y los derechos sexuales y reproductivos.

Según lo señalado, el contenido mínimo de la información que el Registro o el Banco debe obtener y almacenar es la siguiente: a) identidad de la persona o pareja que entregó el material de contenido genético. Nombre y apellido, domicilio actualizado y actividad, oficio o profesión; b) historia médica individual del donante y la de sus familiares descendientes, ascendientes y colaterales hasta el primer grado; c) cantidad de prácticas realizadas con los gametos del donante con sus respectivas fechas, los datos de las personas receptoras y de los niños que hubieren nacido; d) identificación de la clínica o centro de salud que hizo las prácticas y de los profesionales intervinientes.

Para garantizar el correcto y eficaz funcionamiento del sistema, la ley tiene que prever el deber de todas las entidades, públicas o privadas, que proporcionen y conserven material con contenido genético humano, de conservar e informar al registro los datos antes señalados.

## IV. Conclusiones

El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental, que comprende el derecho a conocer la verdad genética, y que a su vez posee su propia especificidad y especialidad. Al garantizar el acceso a las TRHA heterólogas mediante el anonimato de los donantes, el CCC prioriza el derecho a formar una familia por encima del derecho del niño a conocer su identidad de origen (aspecto esencial de su derecho a la identidad). Dicha opción resulta desproporcionada, porque desplaza al niño como centro del sistema, ya que soslaya en la faz práctica el principio de protección especial (preámbulo CDN), vulnera el interés superior del niño (art. 3, CDN) y no se consustancia con la aplicación del principio *pro homine*.

En suma, es posible sostener que el niño, desde el mismo momento en que tiene la inquietud por conocer sus orígenes, debe poder ejercer su derecho conforme al principio de capacidad o autonomía progresiva, por lo cual es necesario que,

mediante la sanción de una ley nacional se modifique el artículo 564 del CCC relativo al Contenido de la Información y se garantice el acceso gratuito, sencillo y expedito a la información sobre la identidad genética a las personas nacidas mediante TRHA heterólogas, sin que ello implique identificar dicho derecho con el de establecer vínculos filiales, pues son dos aspectos distintos y autónomos; antes bien, reconocer que eliminar de sus vidas estos datos significa minimizar o ignorar el impacto que lo genético tiene en su desarrollo físico, emocional y psicológico.

## Bibliografía

- Balza Nancy, “Identidad biológica: una búsqueda hasta la raíz”. El Litoral, Santa Fe, 2017. Disponible en: [http://www.ellitoral.com/index.php/id\\_um/156285-identidad-biologica-una-busqueda-hasta-la-raiz-en-el-pais-3-millones-de-personas-preguntan-por-su-origen-politica.html](http://www.ellitoral.com/index.php/id_um/156285-identidad-biologica-una-busqueda-hasta-la-raiz-en-el-pais-3-millones-de-personas-preguntan-por-su-origen-politica.html), consultado el 04/08/2019.
- Basset Úrsula, “Derecho del niño a la unidad de toda su identidad”, La Ley Online, Bueno Aires, 2011, AR/DOC/5583/2011.
- Basset Úrsula, “Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos?”, La Ley, Buenos Aires, 2016, Id SAIJ: DACF160481.
- Blanco Luis, “La salud en la constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS)”, Ministerio de Salud. Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 2017. Disponible en: <http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/45>, consultado el 04/08/2019.
- Cavagnaro María Victoria y COLAZO Ivana, “Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho frente a la figura del usufructo paterno-materno: Una mirada a partir del interés superior del niño y de la capacidad progresiva: Su abordaje desde la legislación vigente y proyecto de reforma de Código Civil y Comercial de la República Argentina”, Infojus, Buenos Aires, 2013, Id SAIJ: DACF130019.

- Clérico Laura, “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, AFD, 2015, N° XXXI), 73-99.
- Díaz García Iván, “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2011, N° XXXVI, 167-206.
- Donda Victoria “Proyecto de ley: Personas nacidas por medio de fertilización asistida; acceso a la información referente a su identidad genética”, Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 2012, expediente: 8182-D-2012.
- Famá María Victoria, “El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. Lecciones y Ensayos, 2012, Nro. 90, 171-195.
- Famá María Victoria, *Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida*. La Ley, Buenos Aires, 2017.
- González Andrea; MELÓN Pablo y NOTRICA Federico, “La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada”, Infojus, Buenos Aires, 2015, Id SAIJ: DACF150426.
- Gutiérrez Alicia, “El derecho a la identidad de origen”, El Litoral, Santa Fe, 2016. Disponible en: <http://www.ellitoral.com/index.php/diarios/2016/10/15/politica/POLI-05.html>, consultado el 04/08/2019.
- Herrera Marisa. y LAMM Eleonora, “De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga”. La Ley Online, Buenos Aires, 2014, AR/DOC/2545/2014.
- Herrera Marisa; DUPRAT Carolina y PELLEGRINI María Victoria, “Filiación e identidad: principales desafíos del derecho filial contemporáneo en el Código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley, Buenos Aires, 2015, AR/DOC/2948/2015.

- Hidalgo Enrique, *Comentarios de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- Kemelmajer De Carlucci Aída; HERRERA Marisa y LAMM Eleonora, “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”, La ley Online, Buenos Aires, 2012, AR/DOC/5149/2012.
- Lorenzetti Ricardo, *Código civil y comercial de la Nación comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.
- Luna Silvia, “El derecho a la Identidad, su vulneración. Reforma del vínculo de filiación”. Tucumán, 2012. Disponible en: [http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/tucuman/pdfs/TUC\\_028\\_LUNA\\_Silvia\\_Ester.pdf](http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/tucuman/pdfs/TUC_028_LUNA_Silvia_Ester.pdf), consultado el 04/08/2019.
- Medina Rosario (2018). “Fertilización asistida: a cinco años de la ley, se duplicó la cantidad de tratamientos”, Clarín, Buenos Aires, 2019. Disponible en: [https://www.clarin.com/sociedad/fertilizacion-asistida-anos-ley-duplico-cantidad-tratamientos\\_0\\_ry-mSWXl7.html](https://www.clarin.com/sociedad/fertilizacion-asistida-anos-ley-duplico-cantidad-tratamientos_0_ry-mSWXl7.html), consultado el 04/08/2019.
- Mafud Laura, “Fertilización asistida: ya nacen 3500 bebés al año en la Argentina”, El Cronista, Buenos Aires, 2019. Disponible en: <https://www.cronista.com/informacionral/Fertilizacion-asistida-ya-nacen-3500-bebes-al-ano-en-la-Argentina-20190603-0015.html>, consultado el 04/08/2019.
- Pinto Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en ABREGÍ Martín y COURTIS Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales*, Editores Del Puerto, 1997, 163-171
- Salduna Bernardo, *Constitución de Entre Ríos. Comentada y anotada, con jurisprudencia y doctrina*, Dictum Ediciones, 2009.
- Sambrizzi Edgardo, *La Filiación en el Código Civil y Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2016.

- Sapag Mariano, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, *Díkaion*, Colombia, 2008, Año 22, N° 17, 157-198.
- Salvatierra Castro Milagros, “El test de proporcionalidad y el peligro de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano”, Pontificia Universidad Católica del Perú - Facultad de Derecho, Perú, 2017. Disponible en: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/10271>, consultado el 4 de agosto de 2019.
- Silva Sabrina y Videtta Carolina, “Derecho a la información de los niños nacidos de TRHA” en HERRERA Marisa, *Técnicas de reproducción humana asistida*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, T.2, 267-290.

**Cómo citar el artículo:** Notaro, P. (2020). Derecho a la identidad de origen y técnicas de reproducción humana asistida en Argentina. *Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia*, 5 (14) pp. 151-187 <https://DOI.org/10.32870/dgedj.v5i14.283>