

FILIACIÓN - Filiación en caso de técnicas de biogenética - Derechos personalísimos - Derecho a la identidad

Autor: Krasnow, Adriana N.

Título: El derecho de acceso a la verdad de origen en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida

Publicado: RDF 68-193

Sección: DOCTRINA

(*)

I. A modo de inicio

Introducimos en el análisis del derecho de acceso a la verdad de origen en la filiación por TRHA exige iniciar un recorrido que, partiendo de un encuadre del derecho a la identidad, permita definir sus puntos de encuentro y desencuentro con el derecho a la filiación. Esta previa descripción nos permitirá avanzar y encontrar respuestas a preguntas como: ¿el derecho de acceso a la identidad de origen en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida —en adelante, TRHA— se contrapone con la fecundación heteróloga?; ¿el derecho de acceso a la identidad de origen en la filiación por TRHA reconoce límites?; ¿cuál es/son el/los medio/s que permiten el acceso a la verdad de origen?

Con este objeto, y reconociendo el nuevo modelo de derecho privado que nos guía en el presente, el abordaje siempre contemplará la protección de la persona y sus derechos. El trasladar esta manera de pensar y hacer actuar el derecho al tema que nos convoca permite comprender cómo el derecho a la identidad ha sido considerado desde que en el sistema de fuentes interno se consolida la doctrina internacional de los derechos humanos como un derecho humano personalísimo de especial consideración, por cuanto su despliegue nace con la persona misma en donde ubicamos su origen y se desarrolla junto con ella en su devenir. En suma, la acompaña en todos y cada uno de los hechos y/o circunstancias que se suceden a lo largo de la vida.

Tras esta breve reseña, invitamos al lector a que nos acompañe en el recorrido que a continuación emprendemos.

II. Una distinción necesaria en la filiación por TRHA: el derecho a la identidad y el derecho a la filiación

1. El derecho a la identidad y sus dimensiones

a) *Encuadre*

Como señalamos, la identidad acompaña a la persona durante toda su existencia. Por ello puede ser entendida como un proceso o camino que se inicia con la concepción y termina con la muerte, siendo el origen el primer eslabón de esta cadena y no el único eslabón que integra este derecho (1) (2). En referencia a la importancia que representa el acceso al origen en la construcción de la identidad, cabe recordar el voto en disidencia de Petracchi en el caso "Muller", el cual, por su trascendencia en la jurisprudencia argentina, fue seguido como modelo en otros pronunciamientos: "... conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende... El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuestas a esos interrogantes vitales... Conocer la verdad permite elaborar un proceso de crecimiento y estructuración del psiquismo" (3).

De este pensamiento se infiere la trascendencia que tiene para el sujeto conocer sus orígenes y cómo este dato incide en el desarrollo de su personalidad. Con esta afirmación, uno puede preguntarse si en los casos de filiación por TRHA que reconocen como antecedente el empleo de material genético de tercero dador anónimo resulta afectado este elemento de la identidad. Podemos en esta instancia del trabajo brindar una respuesta a este interrogante, diciendo que no resulta vulnerado tratándose de una fuente de la filiación cuyo vínculo se define en función del elemento volitivo, puesto que este emplazamiento no limita la posibilidad de arbitrar los medios que la persona tenga a su alcance para acceder a la verdad de origen por una vía autónoma. Además, cabe resaltar que en este, como en todos los supuestos, al dato biológico siempre se sumarán otros elementos que se integran al despliegue dinámico de la identidad.

Entonces, si entendemos a la identidad como un proceso que no se reduce al dato biológico, sino que comprende un conjunto de aspectos que acompañan a la persona a lo largo de su existencia, debemos seguir la distinción que hace Fernández Sessarego (4) entre dimensión estática y dimensión dinámica de la identidad.

La dimensión estática se compone de aquellos elementos que no se modifican sustancialmente en el tiempo y que refieren a la identificación del individuo, como la filiación, el nombre, datos respectivos a su nacimiento; mientras que la dimensión dinámica comprende el conjunto de atributos y características que permiten diferenciar al sujeto en la sociedad y que resultan variables en el tiempo (intelectuales, morales, culturales, religiosas, profesionales, políticas). Advertimos que estas dimensiones funcionan de manera interdependiente, no siendo posible su escisión por conformar juntas la identidad de un sujeto.

Completa este encuadre la clasificación que hace Zannoni (5), quien, desde una perspectiva jurídica, entiende que la identidad comprende tres aspectos:

a) *Identidad personal en referencia a la realidad biológica*: es el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, su pertenencia a determinada familia y el derecho a ser emplazado en el estado de familia que le corresponde de acuerdo a su realidad biológica. En este ámbito distingue: 1. *identidad genética*: abarca el patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos, convirtiendo a la persona en un ser único e irrepetible; 2. *identidad filiatoria*: resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres.

b) *Identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona*: comprende los rasgos externos de la persona que la individualizan e identifican, como los atributos de la personalidad, la propia imagen, entre otros.

c) *Identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona*: realización del proyecto existencial de la persona, como creencias, pensamientos, ideologías, costumbres.

Desde otro lugar, Cifuentes señala que la identidad biológica que se integra a la faz estática conforma uno de los presupuestos del concepto de persona. Entiende a la identidad como un elemento que le da contenido al atributo del estado civil en virtud del cual se originan y proyectan las relaciones de familia. Como puede observarse, este autor no participa de la posición que entiende el derecho a la identidad como un derecho subjetivo personalísimo (6).

El desarrollo que precede nos permite sostener que el dato biológico es uno de los elementos abarcados por el derecho a la identidad, pero no el único. En igual sentido, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, en su art. 3º, dice: "Cada individuo posee una configuración genética característica. Sin embargo, la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y conlleva además una dimensión de libertad" (7).

La descripción que hicimos del derecho a la identidad y sus dimensiones muestra que el derecho que tiene una persona de acceder a un emplazamiento filial en el doble vínculo puede insertarse en una de las tres fuentes que el Código Civil y Comercial de la Nación —en adelante, CCiv.yCom.— legitima. Entre las variables que se detectan, pueden mencionarse: doble vínculo filial en concordancia con la verdad biológica (filiación por naturaleza y/o filiación por TRHA cuyo antecedente se encuentre en una fecundación o inseminación homóloga); doble vínculo filial en concordancia parcial con la verdad biológica (filiación por TRHA cuyo antecedente repose en una fecundación o inseminación heteróloga y/o adopción de integración); doble vínculo filial que no responde a la verdad biológica (filiación por TRHA cuyo antecedente responda a una fecundación o inseminación heteróloga y/o adopción).

La apertura que se observa tras el enunciado precedente exige analizar el derecho a la identidad —y dentro de él el derecho de acceso a la verdad de origen— a la luz tanto de los cambios que introducen las TRHA, como así también en relación a las situaciones que se presentan con las puertas que abre el actual CCiv.yCom. Y en este marco, debemos definir nuestra posición en relación con el alcance del derecho de acceso a la identidad de origen en la filiación por TRHA.

b) *Marco legal*

La identidad como derecho recibe reconocimiento expreso en normas de fuente constitucional y convencional.

En la Constitución Nacional, corresponde citar lo dispuesto en el inc. 19 del art. 75, al comprender dentro de las atribuciones del Congreso de la Nación el dictado de normas destinadas a la protección de la identidad y la pluralidad cultural. Entre las normas de fuente convencional encontramos la Convención de los Derechos del Niño, cuando en sus arts. 7º, 8º y 9º reconoce el derecho a la identidad: "El niño será inscripto 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" (art. 7º); "Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad" (art. 8º) y "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padre de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño..." (art. 9º).

En el ámbito interno, cabe mencionar la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en cuyo art. 11 se recepta el derecho a la identidad en sus dimensiones estática y dinámica. De la lectura del enunciado surge el reconocimiento de acceso a la verdad de origen al decir: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho... al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen...". Corresponde aclarar que si bien el texto refiere a los padres, una interpretación amplia permite comprender a quien aportó su material genético, sin recaer en su persona un emplazamiento filial por ausencia de voluntad procreacional, puesto que el art. 28, cuando define el alcance de esta ley, aclara que su aplicación se extiende "...por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales".

También dispone que recaerá en el Estado la responsabilidad de garantizar la efectividad de este derecho, cuando expresa: "...Los organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar..." (art. 11, párr. 2). En igual sentido, y en relación al plexo de derechos consagrados en la norma, el art. 29 dispone que los "...organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley".

Si bien el marco legal descripto fue pensado en su alcance para el universo que se integra con niños y adolescentes, entendemos que, desde una visión constitucional y convencional del derecho privado, toda persona tiene derecho de acceder a su verdad de origen, por tratarse de un derecho humano personalísimo cuya efectividad debe ser protegida por el Estado como garante de los derechos de todo ciudadano.

En el punto 3 de este trabajo, analizaremos en particular las normas del Código Civil y Comercial que refieren a este derecho en el marco de la filiación por TRHA.

2. El derecho a la filiación

La importancia que le asignó la ley 23.264 a la verdad biológica condujo a confundir y no distinguir el derecho a la identidad del derecho a la filiación. La diferencia sustantiva a señalar es que mientras el derecho a la identidad (8), en su aspecto estático, comprende el acceso a la verdad de origen, el derecho a la filiación refiere al derecho de toda persona a contar con un doble emplazamiento, el cual puede fundarse en el elemento biológico (filiación por naturaleza) o en el elemento volitivo (filiación por TRHA) (9).

Como el Código Civil, s/texto ley 23.264, reguló la determinación del doble vínculo en función de la verdad biológica, asimiló el derecho a la identidad en su aspecto estático con el derecho a la filiación (10). En cambio, el CCiv.yCom., al separar y reconocer con autonomía la filiación por naturaleza y la filiación por TRHA, logra diferenciar el alcance de cada uno de estos derechos en cada fuente.

Como en la filiación por naturaleza se conserva el fin de lograr la concordancia entre el vínculo jurídico con el vínculo biológico, el derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica se relaciona con el derecho a la filiación cuando se alcanza un emplazamiento en el doble vínculo en correspondencia con lo biológico; mientras que en la filiación por TRHA, en los casos en que resulte posible el emplazamiento en el doble vínculo, él siempre deberá ajustarse al elemento volitivo, con prescindencia de la concurrencia o ausencia total o parcial de nexo biológico. Pero no olvidemos que, por el alcance de esta fuente, nos encontraremos con supuestos donde el emplazamiento en el doble vínculo no resultará posible, como sería el caso de la mujer sola —soltera, divorciada o viuda— que tiene un hijo con el recurso a material genético de tercero dador.

Como surge de lo descripto, en el régimen que instala el nuevo Código, corresponde diferenciar como respuestas autónomas el derecho de acceso al doble vínculo y el derecho de acceso a la verdad de origen. En este sentido, Kemelmajer de Carlucci, al distinguir el derecho a conocer los orígenes y el derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación, dijo que "ambos derechos son diferentes, tanto como lo son el dato genético y el jurídico; el primero responde a un hecho único (el causado por los genes); en cambio, el orden jurídico se nutre también de los valores imperantes en determinada sociedad; de allí que la ley pueda establecer restricciones a la normal concordancia entre el dato genético y el jurídico. En suma, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente el correlato del dato puramente genético determinado por la procreación; va mucho más allá; por eso una cosa es tener el derecho a conocer ese dato, y otra, muy distinta, la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ese dato genético" (11).

III. El derecho de acceso a la verdad de origen en la filiación por TRHA

1 Marco general (12)

Luego de abordar el derecho a la identidad y el derecho a la filiación desde un encuadre general que permite detectar sus derivaciones, nos adentramos en el desarrollo del problema que motiva este trabajo: el derecho de acceso a la verdad de origen en la filiación por TRHA.

Ingresar en su abordaje exige en nosotros ser tolerantes y respetuosos de los cambios que se suceden en la sociedad plural y diversa que nos comprende. Desde esta mirada, entendemos que el derecho, como fenómeno social, no resulta ajeno a esto y capta en sus normas las nuevas situaciones que se manifiestan en la realidad que nos circunda.

Como ejemplo que se vincula con el objeto que abordamos, podemos citar el logro que significó la entrada en vigencia de la ley nacional 26.862 y, posteriormente, la aprobación del nuevo Código. Ambas normas, con sustento en el principio de pluralidad, reconocen la posibilidad de que toda persona mayor de edad pueda acceder al uso de las TRHA. En este sentido, el art. 7º de la ley 26.862 dice: "Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado..." y, en paralelo, el CCiv.yCom. regula la determinación de la filiación por TRHA para los hijos nacidos en el seno de una familia conformada por una pareja —casada o conviviente— de igual o distinto sexo o en el ámbito de una familia monoparental.

De esta forma, el sistema logra captar las distintas situaciones que atraviesan a las personas que, solas o en pareja, deciden tener un hijo por este camino, venciendo en muchos casos las limitaciones que la naturaleza impone. Como ejemplos de esto, podemos mencionar las mujeres —solas y/o en pareja— que por el paso del tiempo sólo pueden concretar el deseo de ser madres con la asistencia médica, ya sea con el empleo de óvulos de dadora o óvulos propios crioconservados; parejas del mismo sexo que optan por esta fuente a través del recurso a material genético de tercero dador y/o la gestación por sustitución; situaciones que se suman a los supuestos de parejas afectadas por un problema de fertilidad.

En este contexto, podemos preguntarnos si la persona cuya existencia se alcanza con la cooperación de la ciencia médica puede acceder al conocimiento de su verdad de origen cuando es el resultado del empleo de material genético ajeno a quienes resultaron emplazados como progenitores. Desde otra perspectiva, y en amparo de quienes aportaron su material genético sin voluntad procreacional, corresponde también preguntarnos si el reconocimiento de acceso a la verdad de origen no colisiona con el derecho a la privacidad - intimidad de los dadores. Nos anticipamos en sostener que, tratándose de derechos de igual jerarquía y de alcance relativo, la ponderación entre ambos debe inclinarse en favorecer el derecho a la verdad, sin que éste impacte en el emplazamiento filial, que se conservará estable por sustentarse en la voluntad procreacional y no en la verdad biológica.

En suma, llegar a la verdad de origen le permitirá a la persona una construcción completa de todos los elementos que conforman su personalidad. Como señala la doctora en biología Viviana Bernath: "...El clásico 'lo lleva en la sangre' que históricamente solíamos escuchar de padres y abuelos dio paso a otra frase que escuchamos desde hace tiempo: 'lo lleva en el ADN'. Sin embargo, lo que ahora estamos preguntándonos es cuánto de la identidad proviene de lo biológico, cuánto del ADN y cuánto de lo ambiental. Nosotros somos la conjunción de lo biológico más lo ambiental. Todo lo que nos pasó en la vida, desde si fuimos hijos deseados en adelante, son factores que interaccionan sobre nuestra identidad. Las experiencias cotidianas van haciendo que nosotros cambiemos y vayamos modificando lo que fuimos el día anterior..." (13).

2. Situación en el derecho comparado

Desde una visión general, se observa que se está frente a una situación heterogénea, producto de los distintos criterios legislativos que se han adoptado para resolver esta cuestión. Así, desde una primera impresión, encontramos: a) legislaciones que preservan el anonimato del tercero dador: Dinamarca; Grecia; Francia, ley 94-654; resolución 2013/13 del Consejo Federal de Medicina de Brasil, y b) legislaciones que admiten el acceso a datos que refieran a la identidad del tercero dador: Suecia, Insemination Act 1140 de 1984, art. 4º (14); Holanda, Ley de Información del Donante de 2002; Finlandia, ley 1237/2006 de Fertilización Asistida; Noruega, ley 100 de 2003 sobre la "Aplicación de biotecnología en la medicina humana"; Suiza, Ley Federal; Nueva Zelanda y Reino Unido. En una situación intermedia se ubica Bélgica, cuya ley de 2007 abre la posibilidad de optar o no por el anonimato.

Partiendo del encuadre precedente, podemos avanzar en un detalle mayor, atento a los criterios rígidos o flexibles que se adoptaron en las normas. Así podemos diferenciar:

Desde un extremo, países que en sus respectivas legislaciones guardan silencio respecto de la posibilidad de que el donante sea conocido, como, entre otros, Irlanda y Rusia.

Con una visión más abierta, países en cuyas normas establecen como principio el anonimato, admitiendo excepcionalmente el acceso a cierta información (España, Portugal, Grecia); mientras que otras admiten el conocimiento de datos médicos u otros, pero sin acceder a la identificación del dador.

Como ejemplos de este sector, cabe referir al art. 5.5 de la ley española 14/2006 cuando dice: "...Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes". En América Latina, encontramos la resolución 13/2013 del Consejo Federal de Medicina de Brasil, al establecer que "Obligatoria y debe ser mantenida en silencio la identidad de los dadores de gametos y embriones, como también de los receptores. En situaciones especiales, la información sobre los donantes, por razones médicas, pueden ser brindadas exclusivamente por los médicos resguardándose la identidad del dador". También merece citarse la reciente ley uruguaya de TRHA 19167, de 2013, cuando refiere a esta cuestión en sus arts. 12 y 21: "La donación de gametos se realizará en forma anónima y altruista, debiendo garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes sin perjuicio de lo establecido en el art. 21 de la presente ley" (art. 12) y "La identidad del donante será revelada previa resolución judicial cuando el nacido o sus descendientes así lo soliciten al juez competente..." (art. 21).

También cabe mencionar el criterio de mayor apertura seguido en países que establecen como facultativo del donante la posibilidad de acceso a su identidad (Islandia y Bélgica). Si bien en Bélgica se fija como regla general que la donación de

embriones y gametos es anónima, se prevé como supuestos que habilitan la posibilidad de acceso a la identidad el acuerdo entre donante y receptores o cuando lo exija la salud de la persona concebida, debiendo los centros de fecundación resguardar los datos para tal fin (15). La flexibilidad descrita recibe el nombre de "double-track" (16).

Por último, destacamos los países que reconocen el derecho a conocer la identidad del donante. Esta dirección siguió la primera ley especial de TRHA dictada en Suecia en el año 1984 y que se extendió a otras leyes, como Austria con su Ley de Reproducción Médica 275/1992, y Suiza con su Ley Federal. También se observa cómo países que antes defendían en sus normas el anonimato, en este último tiempo reconocieron el derecho de conocer los orígenes, como Noruega, Países Bajos, Reino Unido y Finlandia.

3. Situación en la doctrina interna

También en este sector se visualizan posiciones extremas y moderadas que podemos distinguir de la manera siguiente.

Por un lado, se ubica un sector que favorece la protección del anonimato a fin de preservar el derecho a la intimidad - privacidad del donante. Los autores que se enrolan en esta línea sólo admiten con carácter excepcional el acceso a la identidad.

Entre sus representantes, encontramos a Díaz de Guijarro cuando, en uno de sus trabajos, expresó que lo normal debe ser el secreto en la inseminación artificial, aclarando que el secreto se garantiza "...con prescripciones legales, las que a la par habrán de estatuir las condiciones de la inseminación artificial —tanto homóloga como heteróloga—, con los debidos requisitos eugenésicos y con la forma contractual con el médico llamado a actuar" (17). Por su parte, Bossert recomendó que las legislaciones que admitieran la donación de gametos conserven sus datos biofísicos, que son independientes de la identidad, y, con base en esto, distinguió: "...el conocimiento de la identidad del donante y la conservación de los datos biofísicos referidos a éste..." (18).

Desde otra visión, se encuentran aquellos que se inclinan a favor del derecho de acceso a la verdad de origen, por entender que el conocimiento no debe limitarse a los datos que no permiten la identificación, sino también el acceso a todo aquello que coadyuve a develar la verdad del origen.

En esta línea, y desde una visión minoritaria, se entendió que no sólo debe garantizarse el derecho del hijo de conocer su identidad biológica, sino también el derecho del donante de conocer el destino de su material genético (19).

En cambio, la tendencia actual en la doctrina interna se orienta a proteger el derecho del hijo nacido por medio de una práctica heteróloga de conocer su verdad de origen. Así, se dijo que "...El hombre se percibe a sí mismo como más que biología pura y experimenta en muchas ocasiones la necesidad puramente psicológica de acceder a la información sobre su propio origen, o al menos ser capaz de buscarla. Puesto que el derecho a la identidad está en el núcleo duro de los derechos de la personalidad, se ha de procurar que la persona conozca la verdad material sobre su filiación... Asimismo, el art. 16 de la Constitución Nacional exigiría un tratamiento de los concebidos por fecundación asistida como sujetos, y no podría justificarse razonablemente que el nacido por TRHA no pueda acceder a conocer sus orígenes, a diferencia de los hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos" (20). Con una perspectiva más abierta pero respetuosa de este derecho, se destaca el mayor peso que representa la verdad de origen en la adopción en relación con las TRHA: "... La comparación del derecho a conocer los orígenes en la adopción y en la reproducción humana asistida muestra claramente un mayor peso en la primera, porque comprende la identidad estática (quiénes son los padres) y la dinámica (historia de ese niño); en definitiva, son los orígenes biológicos (bio, vida); en la segunda, en cambio, afecta sólo a la identidad estática y está circunscripta a un solo dato, el genético; por eso, con mayor precisión, se habla del 'derecho a la información'..." (21). Por último, y con un sentido más restringido, referimos a la posición de Basset, quien señala que la protección de la identidad exige limitar el alcance de las TRHA a las prácticas homólogas. Así, dijo: "...la inseminación homóloga y luego la fecundación in vitro homóloga —aplicando el principio de gradualidad— (siempre preferida por conservar mejor los procesos naturales, lo que genera mayor efectividad a la hora del embarazo y mejor selección de gametos que la que puede practicarse artificialmente) conserva unidos todos los elementos de la identidad" (22).

4. Antecedentes en la jurisprudencia

El desarrollo del derecho de acceso a la verdad de origen que se registra en la jurisprudencia nacional tiene una presencia significativa en el marco de la filiación por naturaleza y en la adopción, mientras pocos antecedentes refieren a este derecho en el ámbito de la filiación por TRHA.

En primer término, destinamos un espacio, por su importancia, al pronunciamiento de la sala 5ª de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (23), el cual admite parcialmente la acción de amparo promovida por derecho propio y en el carácter de representantes legales de sus dos hijas menores de edad contra el Poder Ejecutivo Nacional. Se interpone la acción con el objeto de que, por intermedio del Ministerio de Salud o de otro organismo competente, se disponga la creación de un registro en el que deberá constar toda la información que posean los centros de fertilidad y los bancos de gametos en relación a los datos de identidad de los donantes de material genético. De esta forma, aspiran que tanto sus hijas, como el resto de las/los niñas/os nacidas por medio de la aplicación de prácticas heterólogas, puedan, cuando lleguen a la mayoría de edad y en ejercicio de su derecho a conocer los orígenes, acceder a dicha información con la correspondiente autorización judicial. Fundan la petición en el derecho a la salud, a la procreación, a la protección de la familia y a la identidad.

Al relatar los hechos, destacan que si bien sus dos hijas fueron concebidas con el recurso a técnicas de reproducción asistida con el empleo de óvulos donados, aclararon conocer la identidad de una de las donantes, puesto que la fecundación de la hija mayor se logró con el aporte de material genético de una amiga de la familia, mientras que la hija menor fue concebida con material genético de donante anónima.

En primera instancia, la jueza rechaza la acción por entender que "...no existe siquiera un texto legal cuyo apego a la Constitución Nacional pueda ponerse en duda. En razón de ello la acción intentada carece de la madurez necesaria para configurar un caso o controversia judicial y se asemeja a una opinión consultiva o una declaración genérica...".

La parte actora apela con sustento en los argumentos siguientes: el conocer su verdadera identidad debe prevalecer frente al derecho al anonimato del donante de gametas; el derecho a la identidad está consagrado en la Constitución Nacional y tutelado por la Convención sobre los Derechos del Niño y la sentencia apelada resulta discriminatoria al privar a las niñas del acceso a su identidad de origen, guardando distancia con el reconocimiento de este derecho en los vínculos filiales que encuentran su origen en la adopción. Por su parte, la defensora pública oficial ante los tribunales federales de la Capital Federal hace suyos los fundamentos vertidos por la parte actora y agrega que lo solicitado armoniza con lo dispuesto en la ley 23.511, creadora del Banco Nacional de Datos Genéticos, y lo que establece el art. 564 de lo que en ese momento era el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

La Cámara dispone: "...Admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto; dejar sin efecto la sentencia apelada; hacer lugar, también en parte, a la demanda de amparo; y 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...".

Compartimos lo expresado por Kemelmajer, Herrera y Lamm cuando, al comentar el fallo, destacan que "...en la resolución de la alzada se distinguen dos aspectos: 1) derecho a conservar la información obtenida por el centro médico que intervino en el procedimiento de fertilización asistida sobre la identidad de la donante de los óvulos y 2) derecho de una de las hijas de los co-actores (la que desconoce la identidad de la donante) a tener acceso a esa información, y a las condiciones y modalidades bajo las cuales eventualmente, podrá hacerlo en el futuro... en los dos aspectos a los que se refiere el fallo, más allá de reconocer que hay un derecho involucrado y que la información sobre los orígenes debe ser preservada, lo cierto es que se reconoce la necesidad de una ley específica en la materia" (24).

Cercano en el tiempo, corresponde hacer mención del caso que se resuelve en el marco de un proceso de adopción de integración planteado por la cónyuge de la progenitora respecto del hijo nacido por voluntad de ambas a través de una práctica heteróloga. La defensora de primera instancia manifestó en su dictamen que "se encuentra incierto un elemento de la identidad de mi defendido, que es la filiación paterna, no ya en cuanto al emplazamiento de estado, sino por la posibilidad de conocimiento del mismo de su realidad biológica cuando tenga edad suficiente". Por los motivos expuestos, solicita que se oficie a la institución que intervino en el proceso de fecundación asistida para que presente una copia en sobre cerrado de toda la documentación que permita acceder a los datos del tercero dador.

La jueza de primera instancia ordena la medida, la cual fue consentida por la progenitora del niño y por la pretensa adoptante. El director médico apela.

La defensora ante la Cámara expresa: "...si bien es cierto que la identidad no es sólo biológica, sino que también lo social, (...) no menos cierto es que el niño tiene derecho a conocer sus orígenes genéticos... Por todo lo expuesto, (...) solicito se rechace el recurso de apelación interpuesto".

Por su parte, los camaristas que integran la sala E de la Cámara Nacional en lo Civil, en el pronunciamiento de fecha 26 de marzo 2012 (25), coinciden en sostener: "...El proceso de adopción está encaminado a ilustrar al juez sobre la conveniencia de la petición para el menor adoptado teniendo en cuenta los medios de vida y las cualidades morales y personales del o de los adoptantes (art. 321, inc. d, CCiv.), en cuyo análisis debe primar el interés superior del menor, debiendo estar, todas las medidas que se requieran en el marco de dicho proceso, orientadas a los fines mencionados... en tal situación, más allá de los agravios expresados por el recurrente... es una cuestión que excede notoriamente el ámbito cognoscitivo de este proceso y que resulta propia de una acción de reclamación de estado...".

Por último, corresponde sumar en este apartado un caso de gestación por sustitución por la decisión que tomó la jueza que intervino en la causa respecto del amparo del derecho a la identidad (26).

Para comprender la solución del caso, resulta necesario reseñar los hechos. Se trataba de una pareja que contrae matrimonio a fines del año 2006. La mujer cursó dos embarazos que no llegaron a término. Cuando en el año 2010 cursaba el segundo embarazo, pierde el bebé en época cercana a la fecha probable de parto, debiendo ser sometida a una intervención de complejidad que incluyó la extirpación de su útero. La pérdida en la mujer de su capacidad gestacional motivó en la pareja tramitar la inscripción en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines de Adopción y, paralelamente, buscaron información sobre la gestación por sustitución internacional (desecharon esta alternativa por falta de recursos económicos). Una amiga de la pareja, separada de hecho y con dos hijos mayores de edad, contando con el apoyo de su familia, se ofrece voluntariamente a gestarlo en su vientre, sin recibir retribución alguna. En el primer intento,

y a través del empleo de material genético del matrimonio, la mujer gestante queda embarazada de una niña que nace el 19 de abril de 2012. En el certificado de nacimiento se enuncia como madre a la gestante, pero no se la inscribe en el Registro y, por tanto, la niña carece de partida de nacimiento y de documento nacional de identidad. Piden en la justicia que se inscriba a la niña como hija matrimonial.

La jueza que entendió en la causa expuso como argumentos: a) en la gestación por sustitución el elemento que define el vínculo filial es la voluntad procreacional; b) la voluntad procreacional puede definirse como el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad por su educación y crianza; c) la existencia de uniones afectivas donde la reproducción natural no resulta posible, obliga a admitir la construcción de un parentesco que no se funde en bases biológicas, sino en la construcción de vínculos basados en la socioafectividad. En referencia a la verdad de origen de la niña, la jueza rescató la importancia de que oportunamente acceda al conocimiento de su realidad gestacional. A estos argumentos se sumó el régimen que contemplaba el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial de la Nación respecto de la gestación por sustitución y lo dispuesto en la ley 26.862.

De esta forma se accede a un fallo ejemplar que hace lugar a lo solicitado por las partes, ordenando la inscripción de la niña como hija matrimonial.

5. Antecedentes en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En ambos tribunales internacionales se observa una adhesión a la noción amplia del derecho a la identidad, comprensivo tanto del derecho a conocer los orígenes como el derecho a tener relaciones familiares.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, CIDH— sostiene que el derecho a la identidad está reconocido implícitamente en la Convención Americana de derechos Humanos. Así, ha dicho que "... Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia" y sostiene que ella "...está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social". Si bien reconoce que se trata de un derecho humano que alcanza a toda persona, señala que "...entraña una importancia especial durante la niñez" (27). Especial mención corresponde hacer en este apartado del caso "Fornerón", en el cual la Corte entendió que la entrega de la niña en guarda preadoptiva sin requerir la participación del progenitor biológico, sumado a la falta de respuestas del Estado argentino a los sucesivos pedidos de establecimiento de un régimen de comunicación formulados por el señor Fornerón por más de diez años, impidieron la permanencia de la niña en su familia de origen e incluso conservar el vínculo con su progenitor. En este contexto, la CIDH condenó al Estado argentino por la vulneración de derechos humanos personalísimos, como el derecho a la identidad: "...el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los arts. 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los arts. 8º, 9º, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos..." (28).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante, TEDH— también reconoció en muchos de sus precedentes el derecho a la identidad como un derecho humano personalísimo que resulta alcanzado por lo dispuesto en el art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos: el derecho a la vida privada y familiar (29). Desde esta mirada, en ciertas ocasiones vinculó el derecho a conocer los orígenes con la noción de vida privada; mientras que en otras refirió como parte al derecho a la vida familiar a las relaciones paterno-filiales (30). Cabe señalar que en cada caso lo analizó con distinto alcance, en el sentido de admitir el reconocimiento del progenitor como padre o limitando la satisfacción del derecho al solo acceso a información vinculada a los orígenes (31).

Respecto de la posición asumida por el TEDH sobre el derecho de acceso a la verdad de origen en los supuestos de filiación por TRHA, se observa una orientación que se respaldó en el margen de apreciación de los Estados. En esta dirección, podemos citar: en "J. R. M. v. Holanda", el TEDH, sin detenerse en el análisis del pedido de un régimen de visitas solicitado por el donante de esperma respecto a la niña nacida con su aporte y a quien visitaba desde su nacimiento de forma regular, el tribunal se limita al rechazo de la demanda (32); mientras que en el caso "X., Y. y Z. v. el Reino Unido", el TEDH rechaza el pedido de que una persona transexual (de mujer a hombre) sea inscrita como padre del hijo nacido por medio del empleo de una TRHA, sustentando su posición en la falta de uniformidad de los Estados partes respecto a cómo regular situaciones como las descripta, y por último, en el caso "S. H. y otros v. Austria", el TEDH entiende que la prohibición de las prácticas heterólogas contenida en la ley austríaca no colisiona con lo dispuesto en el art. 8º de la Convención, al no exceder el margen de apreciación de los Estados.

Sin embargo, recientemente el TEDH puso en evidencia una posición más abierta en el caso "Menesson".

Para facilitar la comprensión, acompañamos una breve reseña de los hechos. La pareja Mennesson tienen gemelas por la técnica de gestación por sustitución. Se emplea material genético del señor Mennesson y óvulos de dadora. Al comprobarse el estado de embarazo —marzo de 2000—, la pareja pide en la justicia que cuando nacieran las niñas sean

inscriptas a su nombre. La Corte Suprema de California dicta sentencia favorable el 14 de junio de 2000. Con esta documentación —en noviembre del año 2000—, el Sr. Mennesson solicita en el consulado de Francia en Los Ángeles la transcripción del acta de nacimiento en los registros del estado civil francés y la expedición de los correspondientes pasaportes. Se denegó el pedido. Ante la negativa, la pareja tramita los pasaportes estadounidenses para que las niñas salgan del país y así poder la familia ingresar a Francia. El 6 de febrero de 2011, la sala Civil de la Corte de Casación francesa, con sustento en el orden público internacional y que todo acuerdo de gestación por sustitución sería contrario al principio de indisponibilidad del cuerpo humano (art. 16 del CCiv. francés), rechaza el pedido de transcripción del acta de nacimiento extranjera en el registro civil francés.

El caso llega a conocimiento del TEDH. La sentencia declara que no existe violación del artículo 8 de la Convención en relación al derecho a la vida familiar; en cambio, considera que sí existe infracción en relación a los hijos gemelos, también recurrentes, por vulneración de su derecho a la vida privada, apelando, entre otras razones, al principio del superior interés del niño. El tribunal advierte que los cónyuges se ocupan de sus gemelos "como padres tras el nacimiento, viviendo los cuatro de un modo que en nada se distingue de la vida familiar en su acepción habitual". En este contexto, el derecho a la identidad forma parte integral de la noción de vida privada, existiendo una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos a partir de la gestión por sustitución y la determinación jurídica de la filiación. Se origina de esta forma "un grave problema de compatibilidad con el interés superior del niño, interés que debe guiar cualquier decisión que le concierna", y que debe resolverse en favor de este último. Considera que el establecimiento de un estatuto jurídico que regule y preste seguridad, previsibilidad y certidumbre a esta situación debe terminar imponiéndose como una solución necesaria de forma irrenunciable para cada Estado firmante de la Convención (33).

6. Su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación

Por su importancia, resulta conveniente acompañar una reflexión sobre lo dispuesto en los arts. 563 y 564 del CCiv.yCom. Con un criterio que compartimos con cierto reparo, en estos enunciados se garantiza, en los supuestos de prácticas heterólogas, el derecho de la persona nacida por medio del empleo de una TRHA a ser informado en lo que respecta al derecho de acceso a la verdad de origen, pero con un alcance limitado. En este sentido, el art. 563 establece: "...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"; mientras que el art. 564 prevé los supuestos de acceso a la identidad: "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".

Con esta solución, la norma se ubica en una situación intermedia en relación a las posturas que fueron objeto de análisis en el apartado III.2.

Nos vemos en la necesidad de expresar nuestras observaciones al criterio seguido para definir los supuestos que habilitan el acceso a la identidad.

Respecto del primer supuesto, la versión original de lo que fuera el Proyecto de Reforma adhería, con buen criterio, a la tendencia seguida en el derecho comparado cuando se prevé el acceso a datos que coadyuven a superar el riesgo en la salud de la persona; mientras que la versión que recibe media sanción en la Cámara de Senadores y que se traslada al Código aprobado reemplaza *riesgo para la salud por relevante para la salud*.

Este cambio a nuestro entender no se limita a un mero cambio de término sino que dice mucho más, puesto que la palabra *relevante* permite comprender una multiplicidad de supuestos que excede el riesgo, pasando a depender su alcance en cada situación de cómo lo interprete el centro de salud que intervenga.

Respecto del segundo supuesto, entendemos que la responsabilidad que se traslada al juez puede conducir a soluciones disvaliosas, por las consideraciones siguientes: a) delegar en éste la evaluación de razones debidamente fundadas que puedan justificar el acceso a la identidad del donante resulta sumamente riesgoso, al quedar librada la mayoría de las veces esta posibilidad a sus convicciones internas y valoraciones; b) la discrecionalidad de la autoridad judicial puede conducir a situaciones de desigualdad; c) se torna excesivo trasladar en su persona una responsabilidad de tal magnitud, como lo es el acceso a elementos que contribuyen con la realización de este derecho humano personalísimo que se busca proteger.

Atento a las consideraciones expuestas, recomendamos una revisión de estos supuestos. Nos inclinamos a pensar que si el Código se enmarca en un sistema anclado en la protección de la persona y de sus derechos, corresponde no establecer distinciones entre las fuentes de la filiación en lo que refiere al acceso a la verdad de origen. Así como la norma introduce en la adopción la posibilidad de plantear una acción autónoma destinada a la efectividad del derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica (art. 596), corresponde hacer lo mismo en la filiación por naturaleza y por TRHA. Abrir las puertas a esta posibilidad en nada afectará el emplazamiento filial, que en las TRHA siempre responderá al elemento volitivo.

Seguramente, quienes manifiesten su disconformidad con la reflexión precedente, dirán que mientras en la adopción se reconoce la existencia de una familia de origen en la cual por circunstancias diversas que afectan el mejor interés del niño

/ adolescente justifican el camino de la adopción y por ser parte de la historia del adoptado debe garantizarse su derecho a conocer; en la filiación por TRHA no se reconoce como antecedente la existencia de una familia de origen. Si bien esta diferencia es cierta, no resta relevancia al derecho que tiene la persona nacida por una TRHA, de conocer cómo y a través de quienes se originó su existencia.

En suma, la decisión legislativa que se plasma en el Código en relación a definir siempre el vínculo filial en esta fuente en función del elemento volitivo no limita el derecho del hijo de acceder a su verdad de origen. Sólo así toda persona comprendida en esta situación podrá alcanzar la efectividad plena tanto de su derecho a la filiación como de su derecho a la identidad, integrando respecto de este último todos los elementos que confluyen en la dimensión estática y en la dimensión dinámica.

7. Su recepción en el proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida con media sanción de la Cámara de Diputados

A mediados del mes de noviembre de este año, la Cámara de Diputados aprobó el proyecto de ley destinado a regular las técnicas de reproducción humana asistida y la protección del embrión no implantado. La iniciativa, que se giró al Senado, se aprobó con 205 votos positivos, 11 abstenciones y 6 votos negativos.

Del texto del enunciado se desprende que, si bien logran contemplarse ciertas cuestiones que despertaron dudas respecto de su materialización, persisten imprecisiones que deberán ser resueltas cuando el proyecto reciba tratamiento en el Senado o si recibe sanción sin introducir cambios en el texto, recaerá en el intérprete dicha labor.

Analizando su contenido, se comprueba la recepción en iguales términos de lo dispuesto en el art. 563, CCiv.yCom., cuando dice: "...en caso de nacimiento con vida deberá remitirse al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas copia del legajo base para la inscripción del nacimiento...". Rescatamos como aporte valioso el extender la exigencia de legajo respecto de la persona que aporta su material genético, el cual deberá contener "...los datos de identidad del o la aportante, incluyendo la información de carácter médico que surja del estudio clínico a que refiere el artículo 4, dejando constancia de los antecedentes clínicos familiares que, bajo el modo de declaración jurada, informe el o la aportante..." (art. 16). Asimismo, se aclara que dicha información será de carácter confidencial y el centro de salud autorizado deberá conservar el legajo de forma permanente, debiendo remitir una copia en soporte magnético al Registro Único. En vinculación con esto último, entre las funciones del Registro Único —establecido en el art. 4º de la ley 26.862— que se enuncian en el art. 20 se encuentra: "...b. establecer y mantener actualizado diariamente el listado de personas que se hayan constituido en aportantes de gametos para terceros, mediante la información que deben remitir los centros de salud autorizados. El listado podrá confeccionarse en soporte magnético, conforme lo establezca la autoridad de aplicación... d. Confeccionar un legajo personal por cada aportante de gametos para terceros, respetando el principio de confidencialidad, que se elaborará con la información que deberán remitir los centros de salud autorizados, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16 de esta ley".

Respecto de la posibilidad de conocer datos de la persona del donante, el art. 16 del Proyecto establece: "...El contenido de la información de la identidad del donante sólo podrá ser revelado en los supuestos del art. 564 del Código Civil y Comercial Unificado, teniendo en cuenta como razón fundada, entre otras cuando haya un riesgo para la vida o para la salud física y psíquica de la persona nacida por técnicas de reproducción humana asistida". Lo dispuesto se completa con la exigencia contenida en el art. 5º, cuando al regular el convenio escrito que se debe formalizar entre el centro médico autorizado y el aportante de gametos, dispone que entre los aspectos a comprender en el deber derecho de informar queda incluido: "... las consecuencias que se deriven de lo dispuesto en el art. 564 del Código Civil y Comercial Unificado". Si bien adhiere a los supuestos de excepción comprendidos en el art. 564 del Código Civil y Comercial, los cuales motivaron el planteo de nuestras observaciones en el apartado anterior, cabe rescatar la introducción de ciertos parámetros para definir cuándo se está frente a una razón fundada que habilite el acceso a la identidad del donante: *riesgo para la vida o para la salud física y psíquica de la persona nacida por TRHA*. Interpretando el alcance de este agregado, concluimos que en realidad siempre estaremos frente un compromiso de la salud, puesto que si partimos del concepto amplio que brinda la Organización Mundial de la Salud —estado de completo bienestar físico, mental y social—, el compromiso de la salud siempre estará latente en la persona que pretenda alcanzar la efectividad plena de su derecho a la identidad. Por tanto, esto fortalece la posición que expresamos al referir a lo dispuesto sobre el particular en el nuevo Código: en todos los casos de hijos nacidos por prácticas heterólogas debe garantizarse el acceso a la verdad de origen. Se suma al criterio amplio que propiciamos seguir la redacción que se emplea en el enunciado al decir: *teniendo en cuenta como razón fundada, entre otras*. La mención "entre otras" indica que no se trata de un enunciado taxativo, sino que frente a una situación concreta quedará en manos de quien decida la posibilidad de su inclusión como razón fundada.

IV. Cierre

El análisis que precede permite concluir que, encontrándonos frente a un sistema que se enmarca en la protección de la persona y sus derechos, corresponde reconocer a toda persona nacida por medio de una práctica heteróloga el acceso a su verdad de origen.

Sólo así se le permitirá construir su identidad completa, que se completará en su devenir con los elementos o circunstancias que se integrarán al despliegue dinámico del derecho a la identidad.

Esta amplitud de criterio es la que permitirá que los hijos insertos en cualquiera de las tres fuentes de la filiación encuentren un lazo de unión común en el principio de igualdad.

(*) Investigadora Adjunta CONICET. Doctora en Derecho. Prof. Asociada Derecho Civil V (Familia), Facultad de Derecho, UNR. adrikrasnow@arnet.com.ar y adrikrasnow@gmail.com.

(1) Krasnow, Adriana N., "La filiación y sus fuentes en el derecho argentino. La carencia normativa en la procreación humana asistida", *Actualidad Jurídica de Córdoba*, año V, vol. 57, enero 2009, ps. 6205/6218; "El derecho a la identidad en la procreación humana asistida", LL 2007-F-1224; "La búsqueda de la verdad real: ¿debilita la defensa de la cosa juzgada en el proceso de filiación por naturaleza", LLL 2007-834; "El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límite en el tiempo", LL 2007-F-1224; "La medida autosatisfactiva como recurso que permite acceder al conocimiento de la realidad de origen sin impactar en el vínculo filial", RDF 39-45 y ss.; *Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida*, La Ley, Buenos Aires, 2006.

(2) Sobre derecho a la identidad, ver, entre otros: Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Derecho constitucional de familia*, Ediar, Buenos Aires, 2007; Rivero de Arhancet, Mabel, "El derecho a la identidad en materia filiatoria", en *El derecho de familia en Latinoamérica 2*, vol. 2, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2012, ps. 907/922; Bísvaro, Beatriz, "El derecho a la identidad, el nombre y la familia", en Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) y Herrera, Marisa (coord.), *La familia en el nuevo derecho*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, ps. 93/111; Herrera, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, Universidad, Buenos Aires, 2008; Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 2006; Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso 'Odièvre v. France'", RDF 26-77 y ss.; Dutto, Ricardo, "El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas", *Revista de Derecho Procesal. Derecho Procesal de Familia - II*, 2002-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, ps. 143 y ss.; Chieri, Primarosa y Zannoni, Eduardo, *Prueba del ADN*, Astrea, Buenos Aires, 2001, ps. 183 y ss.; Zannoni, Eduardo, *Derecho civil. Derecho de familia*, t. II, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 325, "Adopción plena y derecho a la identidad personal. (La 'verdad biológica': ¿nuevo paradigma en el derecho de familia?)", en *Libro de Ponencias X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Mendoza, 1998, y "Adopción plena y derecho a la identidad personal", LL 1998-C-1179; Belforte, Eduardo y Zenere, Gisela, "Derecho a la identidad", JA 1997-I-843; D'Antonio, Daniel H., "El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor", ED 165-1297; Lloveras, Nora, "La identidad personal: lo dinámico y estático en los derechos del niño", RDF 13-71 y ss.; Oteiza, Eduardo, "La doctrina de la Corte Suprema sobre el derecho del niño a conocer su identidad, la adopción y las facultades instructorias de los jueces penales", LL del 3/10/1991; Mendoza, Elena, "El derecho a la identidad, artículo 8 de la CDN", RDF 10-59 y ss.; Cifuentes, Santos, "El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido", LL 2001-C-759; López Faura, Norma, "El derecho a la identidad y sus implicancias en la adopción", en Grosman, Cecilia (dir.), *Los derechos del niño en la familia*, Universidad, Buenos Aires, 1998, ps. 151 y ss.; Oppenheim, Ricardo E., "¿De qué hablamos cuando nos referimos al derecho de identidad en los casos de fecundación humana asistida?", ED 163-989; Levy, Lea e Iñigo, Delia, "Identidad, filiación y reproducción humana asistida", en Minyersky, Nelly y Bergel, Salvador (coords.), *Bioética y derecho*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, ps. 259 y ss.; Gutiérrez, Delia, "Derecho a la identidad versus derecho a la intimidad", LL 1996-C-1376; Grosman, Cecilia P., "El derecho infraconstitucional y los derechos del niño", *Libro de Ponencias del Congreso Internacional sobre la Persona y el Derecho en el Fin de Siglo*, Santa Fe, 1996, ps. 240 y ss.

(3) Corte Sup., 13/11/1990, LL 1991-B-473 y ED 141-263.

(4) Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 113 y ss.

(5) Zannoni, Eduardo y Chieri, Primarosa, *Prueba del ADN*, cit., ps. 183 y ss.

(6) Cifuentes, Santos, "El pretendido...", cit.

(7) De fecha 16/10/2003. En www.portal.unesco.org.

(8) El derecho a la identidad se consagra en el derecho interno en la Constitución Nacional (arts. 33 y 75, inc. 22, CN; arts. 7º y 8º, CDN). En el ámbito civil, está reconocido en el art. 11 de la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

(9) Hace referencia a esta distinción: Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho humano...", cit., ps. 77 y ss.

- (10) En relación a la distinción que corresponde hacer entre el derecho a la filiación y el derecho a la identidad, se recomienda ver el fallo: Sup. Trib. Just. La Pampa, Sala A, 5/12/2013, "C., S. E. v. Herederos de B., R. M. s/filiación y daño moral", LL Online. Con nota de Molina de Juan, Mariel F., "Distinción entre el derecho a conocer los orígenes y el derecho a la filiación".
- (11) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Origen biológico. Derecho a conocer", JA 2009-I-1035.
- (12) Sobre el tema, ver, entre otros: Lloveras, Nora; Orlandi, Olga y Faraoni, Fabián, "El derecho a la identidad y el emplazamiento filiatorio en las prácticas de procreación asistida", en Lloveras, Nora y Herrera, Marisa (dirs.), *El derecho de familia en Latinoamérica nro. 1*, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2010, ps. 679 y ss.; Minyersky, Nelly y Flah, Lili R., "Reproducción asistida. Derecho a la identidad. Dilemas y contradicciones", RDF 66-211 y ss.
- (13) "Cada vez más vamos a hablar de roles, al margen del vínculo biológico", diario *La Nación*, Sección Enfoques, edición impresa del 18/5/2014.
- (14) Esta norma reconoció el derecho del hijo —nacido por medio de una práctica heteróloga con empleo de material genético masculino o femenino de tercero dador/a— de conocer la identidad del tercero.
- (15) Arts. 22, 35, 36, 57.1, 64 y 65, *Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gametes*, 2007.
- (16) De Lorenzi, Mariana, "El derecho de las personas nacidas por TRHA a conocer sus orígenes biológicos", en Herrera, Marisa (dir.) y Fernández, Silvia (coord.), *Tratado sobre derechos de niños, niñas y adolescentes. Visión constitucional, legal y jurisprudencial*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, en prensa.
- (17) Díaz de Guijarro, Enrique, "Las modernas técnicas biológicas y los principios clásicos sobre la determinación de la filiación. Esquema para su regulación legal", JA 1961-II-3.
- (18) Bossert, Gustavo, "Fecundación asistida", JA 1988-IV-871.
- (19) Taraborrelli, José N. y Bianchi, Silvia N., "El derecho a la identidad y el derecho a conocer el destino del componente genético frente a la inseminación heteróloga. Aspectos a tener en cuenta para una futura legislación", JA 1994-II-876.
- (20) Ales Uría, Mercedes, "Derecho a la identidad y las técnicas de reproducción humana asistida", LL 2014-D-42.
- (21) 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 a los vínculos jurídicos", LL 2012-E-1257.
- (22) Basset, Úrsula, "Procreación asistida y niñez. ¿Regulación o desregulación?", LL 2013-D-872.
- (23) C. Cont. Adm. Fed., sala 5ª, 29/4/2014, "C., E. M. y otros v. Estado Nacional — Ministerio de Salud s/amparo ley 16.986", LL del 26/6/2014, p. 5, con nota de: Kemelmajer de Carlucci, Aída; 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", LL del 20/8/2014, p. 5.
- (24) Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "De identidad e identidades...", cit.
- (25) C. Nac. Civ., sala E, 26/3/2012, "C., V.", RDF 2012-V-21. Con nota de Fortuna, Mariana J., "Necesidad de una nueva mirada en el derecho filial argentino en el marco de una adopción integrativa, a la luz de las técnicas de reproducción humana asistida", RDF 2012-V-25.
- (26) Juzg. Nac. Civ. n. 86, 18/6/2013, "N. N. o D. G. M. B. M. s/inscripción de nacimiento", LL 2013-D-195. Comentan este fallo: Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional", LL 2013-D-195; Holzman, Daiana M., "Filiación y voluntad procreacional: cuando el deseo de ser padres y el interés superior del niño se imponen", RDF 2013-VI-69; Castellón, Ana I., "La voluntad procreacional como nuevo criterio de atribución de la maternidad", JA 2013-III, AP AP/DOC/1689/2013.

(27) CIDH, "Gelman v. Uruguay", 24/2/2010; "Fornerón e hija v. Argentina", 27/4/2012; "Contreras y otros v. El Salvador", 31/8/2011, en www.corteidh.or.cr.

(28) CIDH, "Fornerón e hija v. Argentina", 27/4/2012, en www.corteidh.or.cr.

(29) "Burghartz v. Switzerland", 1994, y "Mikulic v. Croatia", 2002.

(30) "Mikulic v. Croatia", 2002, y "Ebru et Tayfun Engin Çolak v. Turquie", 2006.

(31) "Mikulic v. Croatia", 2002; "Odièvre v. France", 2003; "Gaskin v. The United Kingdom", 1989; "Pretty v. the United Kingdom", 2002; "Bensaid v. The United Kingdom", 2001.

(32) Se rechaza la afectación del art. 8º de la CEDH, por entender que la donación no permite sostener que existe vida familiar, puesto que requiere de otras circunstancias que se sumen al nexo biológico.

(33) TEDH, 26/6/2014. Flores Rodríguez, Jesús, "Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa", La Ley Derecho de Familia, LL, nro. 8363, España, LL 4710/2014.