



**UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Sede Regional Rosario**

**Derecho a la identidad de las personas nacidas por donación de gametos**

**2014**

**Tutor: Dra. Josefina Orzábal**

**Alumna: María Celia Laferla**

**Título al que aspira: Abogada**

**Fecha de presentación: Febrero 2014**

## **1. Resumen.**

El presente trabajo pretende abarcar los distintos aspectos no legislados al día de hoy, en cuanto al derecho de las personas nacidas por donación de gametas a su información genética, ya que solo se cuenta con la Ley Nacional 26862 de Reproducción médicamente asistida, con acceso integral a los procedimientos y técnicas medico-asistenciales de reproducción médicamente asistida y su respectivo Decreto reglamentario N° 956/2013.

El objetivo del trabajo es estudiar y conocer en profundidad las técnicas de reproducción asistida en vista al derecho a conocer la verdad genética del niño nacido a través de dichas técnicas.

En el capítulo I comenzaremos con un repaso de las técnicas sobre fertilización asistida, doctrina de los derechos biológicos, derecho a la identidad genética; se hará referencia a la legislación internacional y local, así como a algunas consideraciones acerca de los aspectos éticos de la fertilización asistida.

En el capítulo II contemplaremos la reseña de las distintas técnicas y métodos que se utilizan para la reproducción humana asistida. La determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial homóloga o heteróloga.

A continuación en el capítulo III, veremos el aspecto psicológico de las personas nacidas por donación de gametas, vivencias, secreto-apertura, etc..

En el capítulo IV revisaremos las diferencias con la adopción, los intereses del niño, antecedentes y marco normativo.

En el capítulo V hablaremos sobre los países que han eliminado la figura del anonimato del donante, países que conservan aún la figura del anonimato y anonimato relativo.

En el capítulo VI, a los efectos de afirmar, enriquecernos e ilustrarnos más sobre la fecundación humana asistida introduciremos, la entrevista realizada a la Dra. Viviana Ventura, Jefa de Servicio de Medicina Reproductiva de Grupo Gamma de la ciudad de Rosario.

Por último, en el capítulo VII, expondremos las conclusiones sobre la investigación y la propuesta correspondiente.

Todo ello con el fin de alentar el método de fertilización asistida y las necesidades de legislar sobre la materia para solucionar los vacíos legales.

## **2. Estado de la cuestión.**

Las técnicas de reproducción humana asistida, el derecho de los niños a conocer su origen genético, el derecho del donante a mantener su anonimato, la conformación de la filiación de los niños nacidos por dichas técnicas, cuentan con escasa legislación.

Solo se tiene la Ley Nacional N° 26862 sancionada el 5 junio y promulgada el 25 de junio de 2013, de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas medico-asistenciales de reproducción medicamente asistida”, y su Decreto Reglamentario N° 956/2013.

También se cuenta con la adhesión de la provincia Santa Fe mediante Ley N° 13357 sancionada en 29 de octubre de 2013.

Dicha ley otorga igualdad a todas las personas al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, sin distinción de sexo y estado civil alguna.

## **3. Marco teórico.**

En el ámbito de la donación de gametas, existen discrepancias sobre si es recomendable dar a conocer al niño sus orígenes.

En principio, con respecto al tema planteado se suscitan dos posturas. Haciendo hincapié en la tendencia actual, de apertura al niño, sobre la información referida a la donación y sostén a las familias que optan por la revelación a sus hijos, ya que la

evidencia científica afirma que mantener el secreto dañará la relación y por consiguiente, al desarrollo psico-afectivo del niño. Esta postura valora positivamente la información al niño.

En sentido contrario, otro criterio tiene una valoración negativa sobre la información con respecto a la donación, los donantes y la posible revelación al niño.

Estas dos perspectivas se presentan como dos posicionamientos epistemológicos opuestos en relación a la construcción de la historia personal y el origen de un ser humano; así, todo dependerá como consideremos el secreto dentro de una familia y la influencia positiva o negativa que pueda tener en el funcionamiento familiar.

Desde el punto de vista legal, se produce un conflicto de intereses entre los derechos de los donantes y los derechos de los hijos.

Respecto de los donantes y receptores, según las distintas legislaciones existentes en el mundo, puede o no haber leyes que regulen la reproducción asistida y la donación de gametos o embriones, como también el derecho del niño a conocer su identidad por sobre la privacidad de los donantes de esas gametas.

Pero respecto del niño una gran mayoría de los países, por adscribir a la Convención de los Derechos del Niño, consideran que el mismo tiene derecho a la identidad y derecho a conocer sus orígenes.

Algunos países como Suecia, Austria, Países Bajos, entre otros, han abolido el anonimato del donante como respuesta a privilegiar el bienestar del menor. De esta manera las personas nacidas como resultado de donación de gametos tendrán el derecho a conocer la identidad de los donantes.

En nuestra opinión es necesario resguardar el derecho del niño a saber su realidad biológica, o sea su identidad, ya que el mismo es un derecho personalísimo, oponible *erga omnes* y corresponde a toda persona, por su condición de tal, desde que

es concebida hasta su muerte. La persona no puede ser privada de este derecho porque ello implica desmedro o menoscabo a la personalidad.

En apoyo a nuestra postura, podemos invocar, la protección del embrión humano: el mismo es reconocido como persona por nacer, conforme lo dispuesto Código Civil y Código Penal, que incluyen el aborto entre los delitos contra las personas y los derechos enumerados en el Pacto de San José de Costa Rica.

En Argentina al haberse aprobado la Convención sobre los derechos del niño, mediante Ley 23948, la misma es norma interna de aplicación obligatoria y de rango constitucional, en razón de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 (art. 75 inc. 22) según la cual los tratados internacionales a los que Argentina suscribe poseen rango constitucional. Por lo tanto puede afirmarse que hay legislación en el país que permite saber la verdad biológica y el derecho a la identidad.

Esta pareciera ser la solución más coherente y compatible con los principios y la filosofía personalista de nuestro sistema jurídico.

La medicina reproductiva ha permitido que las parejas que, debido a una problemática ya sea física o social, no puedan tener hijos, puedan resolver ese problema mediante el uso de gametas donadas. Esta alternativa para formar una familia tiene implicancias que merecen ser consideradas. Una fundamental es el derecho a la identidad del futuro hijo, lo cual supone la necesidad de informar al niño sobre su origen genético. Este aspecto es relevante dado los efectos que tiene en lo social, lo psicológico, la salud del niño y futuro adulto y el vacío legal que existe.

#### **4. Introducción.**

El tema de estudio del presente trabajo se enmarca en el área del Derecho Privado, Derecho Civil, Derecho Público y Derecho Constitucional. La hipótesis sobre la cual fundamos nuestra investigación y que pretendemos comprobar es la siguiente: “se mejoraría el acceso del niño al conocimiento de su origen genético, sancionando una

ley especial que establezca el régimen de las familias producto de la donación de gametos, privilegiando el acceso de los menores a sus datos de identidad sobre el derecho a la privacidad de los padres.”

El objetivo de nuestro trabajo es profundizar en la interrelación entre aspectos psicológicos y legales relacionados al derecho a la identidad y no en todos los aspectos psicosociales involucrados en la donación de gametos. Por lo tanto, el presente se centrará, en poner de relieve determinados aspectos implicados en el derecho a la identidad de las personas y las dificultades que se presentan en la realidad argentina, promoviendo de este modo una nueva perspectiva para el asesoramiento en estos casos.

La elección del tema para el desarrollo del presente trabajo surge en el año 2009 con la lectura de artículos periodísticos en los que se informaba que parejas que no podían concebir naturalmente juntaban firmas para presentar un Proyecto de ley ante el Congreso de la Nación. En el mismo solicitaban que se regularan las prácticas de fertilización humana asistida, que las obras sociales y entidades de salud prepagas se hicieran cargo de sus costos y la infertilidad fuera considerada como una enfermedad, incluida en el Programa Medico Obligatorio.

Afortunadamente hoy ya contamos con la tan ansiada Ley N° 26862 de reproducción medicamente asistida, que ampara a todas esas parejas que necesitan recurrir a la medicina reproductiva para lograr un embarazo.

Sin embargo más me inquietaba, y me preocupaba, la situación jurídica de las personas nacidas mediante procedimientos de reproducción asistida por donación de gametos, ya que sus padres no suelen decirles cual es el origen de su realidad genética y sus consecuencias, dado el vacío legal que en su momento encontré.

Se trata de una problemática que desde hace unos años esta muy difundida, muy debatida en la sociedad en general. Es una cuestión muy muy interesante, opinable y

polémica, que me ha atraído para abordarla como tema de este Trabajo Final de la Carrera.

Los objetivos sobre los cuales trabajamos, los dividimos en generales y específicos. Los objetivos generales son los siguientes: Exponer las diferentes posiciones respecto a la procreación asistida; analizar las ventajas e inconvenientes de la utilización de la donación de gametos, sustentar con fundamentos legales la prioridad del derecho del niño a conocer su verdad biológica. Los objetivos específicos son los siguientes: Analizar el interés del futuro hijo en no sufrir un desdoblamiento de la paternidad o de la maternidad; averiguar derechos, obligaciones y límites de los donantes genéticos y de los padres legales.

## Capítulo I

### En busca de la identidad perdida.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Fertilización asistida de alta complejidad con ovocitos donados. 3. Doctrina de los derechos biológicos. 4. El derecho a la identidad genética es un derecho biológico esencial reconocido a las personas desde la concepción. 5. Legislación local. 6. Legislación internacional. 7. El anonimato del donante de gametos en una fertilización asistida solo engendra niños ignorados. 8. Algunas consideraciones acerca de los aspectos éticos de la fertilización asistida. 9. Aspectos jurídicos y sociales de la fertilización asistida. 10. El derecho a la identidad como derecho personalísimo. 11. Una respuesta legal pendiente. 12. La necesidad de adecuar el derecho de familia. 13. Los avances científicos ponen en vilo a la moral y al derecho. 14. Conclusiones.



## **1. Introducción.**

En el presente capítulo haremos una recorrida por diferentes problemáticas que afectan en la actualidad a nuestra realidad. En primer lugar haremos un breve relato a cerca del procedimiento de fertilización asistida dejando planteada la incógnita respecto de hasta donde se debe dejar avanzar a la ciencia sin regulación jurídica que evite que se violen derechos constitucionales y, puntualmente, en cuanto a los tratamientos de alta complejidad (FIV – ICSI) y a la donación de gametos hasta donde se puede realizar y cuál es el límite con el ilícito.

Expondremos las diferentes posiciones sobre el tema y las dificultades que se pueden suscitar en la aplicación de éstas nuevas técnicas. Estudiaremos, además, los derechos que se les vulneran a las personas por nacer tanto desde que son un óvulo fecundado, con sólo horas de vida, a quienes no se les respeta el derecho a la vida al ser desechados en un laboratorio como al llegar a la adultez, en donde no se le reconoce el derecho a conocer su identidad genética y su realidad biológica, ambos derechos reconocidos constitucionalmente.

Haciendo un somero análisis, en una primera aproximación a todo lo referido a la identidad, se verá desde todas las aristas posibles, como derecho a la identidad, como bien jurídico tutelado y la vinculación entre la condición económica del sujeto y el ejercicio del derecho.

La globalización se ha convertido en fuente de nuevas posibilidades y progresos pero también de serias desigualdades e injusticias. Por lo tanto, es necesario señalar que la invocación del avance de la ciencia en el caso de la biogenética no puede servir

como justificación suficiente para la legitimación de toda clase de actos orientados a dar vida.

Al tratar el tema de los derechos que se vulneran en el presente capítulo también haremos una recorrida a de la legislación vigente a nivel internacional y como ésta es receptada en nuestra norma constitucional.

Entre los supuestos jurídicos citamos los art. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>1</sup> que se refieren a los derechos a la vida y a la integridad corporal, entendiéndose por ésta última no solamente la integridad física, sino la moral y psíquica.

Nos planteamos entonces una relación estrecha entre el derecho a la identidad biológica, el acceso a la verdad y la no obstrucción del camino para recorrerla.

Por lo tanto en el primer capítulo averiguaremos sobre las cuestiones propuestas para poder luego sacar conclusiones más favorables y con el respeto debido para todos.

## **2. Fertilización asistida de alta complejidad con ovocitos donados.**

La fertilización asistida de alta complejidad con ovocitos donados consiste en la unión de un espermatozoide con un ovocito procedente de una donante mediante una técnica llamada ICSI (sigla en inglés que significa inyección intracitoplasmática de espermatozoides).

Se utiliza este método en parejas estériles, entre quienes, por diferentes diagnósticos, no pueden ser utilizados los ovocitos propios de la mujer que busca quedar embarazada.

Los ovocitos provienen de una donante anónima, por lo cual no se permite a la pareja receptora aportar o escoger su donante, ni exigir información pertinente a la identidad de la misma. La elección de la donante corresponde al equipo médico, quien debe buscar que aquella tenga la máxima similitud física y compatibilidad sanguínea.

Las donantes deben ser personas sanas, las que son sometidas a diferentes exámenes psicológicos y médicos.

Cuando se obtienen de la donante más de tres ovocitos, la pareja receptora debe decidir el destino de los ovocitos donados en excedente, pudiendo ser inseminado un número adecuado de ovocitos, lo que evita la obtención de un número excesivo de preembriones o inseminarse todos los ovocitos posibles transfiriendo el número adecuado de preembriones en este ciclo y congelar los ovocitos fertilizados en excedente, con la posibilidad de realizar futuras transferencias, sin la necesidad de entrar en lista de espera.

### **3. Doctrina de los derechos biológicos.**

Con el avance de la tecnología se precipitó la evolución de la biología natural de diversas especies y del medio ambiente. Por lo tanto ha sido necesario establecer el derecho de una categoría jurídica nueva hasta entonces: ésta sería el derecho biológico de las personas y de la especie humana como tal. En otras palabras es de gran urgencia arbitrar los medios legales y la implementación de la formación de conciencia pública para lograr una eficaz y eficiente protección de los mismos.

La aplicación de las nuevas técnicas de recombinación artificial de material genético proveniente de organismos vivos, denominada ingeniería genética u otras como clonación, fecundación asistida, reproducción artificial, entre otras, suscitan gran inquietud por sus caracteres particulares.

La biotecnología en la actualidad conmociona diferentes ámbitos, entre ellos los genéticos, sociales y éticos, sin dejar de tamizar la preocupación que se desató en el aspecto jurídico del origen, la transmisión, la conservación y la terminación de la vida.

Con respecto a la investigación experimental sobre la salud, la seguridad y el medio ambiente, las dudas e inseguridades se traducen en conflictos y consecuencias jurídicas, sociales y éticas de gran alcance, nacidas por la posibilidad de conocer y

manipular las características genéticas hereditarias de un individuo y, con ellas, tener la posibilidad de manejar el destino de toda la humanidad. No cabe duda que la libertad de la investigación científica y aplicación de conocimientos adquiridos en dichas áreas implica deberes y responsabilidades en lo que concierne a la salud y seguridad de las personas y del medio ambiente vital, reclamándose una eficaz protección contra los riesgos que implica la manipulación de microorganismos y organismos en general.

En Argentina, como en muchos otros países en que se aplican estas técnicas mencionadas de reproducción, no hay leyes que regulen estas prácticas, ni que garanticen los derechos esenciales de los sujetos jurídicos involucrados en ellas, como el embrión humano, la mujer fecundada artificialmente, etc.

Por todo lo mencionado, en éste último tiempo, el interés de juristas, legisladores y profesionales de diversos ámbitos, incluido el académico han organizado comisiones de bioética ad-hoc para realizar evaluaciones interdisciplinarias con respecto a las actuaciones biotecnológicas, biocientíficas y psicobiomédicas sobre las personas.

Con las justificaciones expuestas, se ha elaborado una doctrina de los derechos biológicos que considera a los mismos como aquellos cuyo goce es reconocido a las personas en cuanto son sujetos protagónicos y responsables de la evolución biológica natural de la especie humana y de su medio ambiente. El Estado tiene el deber de garantizar su ejercicio, su defensa y reparación cuando son violados por individuos, personas privadas o por el Estado mismo u otros de la misma jerarquía.

La defensa de estos derechos es imprescindible debido a que los mismos también preservan el futuro biológico de la humanidad, por lo que serán ejercidos por todas las personas, desde el mismo acto de la concepción y hasta su muerte.

Entre la categoría de los derechos biológicos se encuentran el derecho a la vida, a nacer, a gozar de salud física y psíquica, a gozar de integridad física y psíquica,

derecho al mantenimiento y preservación de los vínculos paterno-filiales y fraternales, el derecho a ser tratado en condiciones iguales, derecho a la intimidad genética, el derecho a gozar de una identidad genética, biológica, social y jurídica indiscutible.

#### **4. El derecho a la identidad genética es un derecho biológico esencial reconocido a las personas desde la concepción.**

El derecho a la identidad genética tiene estrecha relación con el derecho a la vida ya que al ser humano se lo tiene reconocido desde la concepción y consecuentemente, con la protección del embrión humano, siendo reconocido como persona por nacer, conforme lo dispuesto por el Código Civil<sup>2</sup> y el Código Penal<sup>3</sup>, que incluyen el aborto entre los delitos contra las personas y los derechos enumerados en el Pacto San José de Costa Rica<sup>4</sup>.

Entonces nos preguntamos: ¿Cómo se puede violar el derecho a la identidad genética, siendo que el mismo es reconocido a toda persona desde la concepción?. Cabe señalar que algunas legislaciones reconocen su ejercicio recién a partir de los 18 años de edad y prohíben ejercerlo en la niñez, teniendo que esperar como fecha determinante, la mayoría de edad.

Se debe entender que cualquier menoscabo a la identidad de un niño, se traduce en una ofensa a la sociedad toda y a las esperanzas del hombre.

#### **5. Legislación local.**

La biotecnología nos brindó nuevas herramientas para indagar y encontrar cierto grado de certeza en la identidad genética de las personas. Así se dictó la Ley 23511<sup>5</sup> que dispone la creación del Banco Nacional de Datos Genéticos, y tiene su origen en un proyecto elaborado por una comisión integrada por representantes de la Subsecretaría de Derechos Humanos, la organización Abuelas de Plaza de Mayo y las subsecretarías de Salud y Acción Social y de Desarrollo Humano y Familia. En el mensaje de elevación del proyecto al Congreso de la Nación, el por entonces Presidente de la República Dr.

Raúl Ricardo Alfonsín; explicaba que la finalidad del Banco Nacional de Datos Genéticos es obtener y almacenar información genética de familiares de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio, para facilitar la identificación de éstos en el momento en que aparecieran.

Se prevé la intervención obligatoria del Banco Nacional de Datos Genéticos en toda causa judicial en que se debata la identificación o filiación de un menor, con el objeto de determinar si se trata de niños desaparecidos, supuestamente nacidos en cautiverio o sin identidad conocida. Al mismo tiempo y con el fin de evitar la negativa de presuntos padres a someterse a las pruebas de histocompatibilidad, únicas posibles por ese entonces para la determinación de filiación natural, se establece la presunción de la paternidad alegada en caso de tal negativa. En síntesis se brinda asistencia técnica para esclarecer genéticamente vínculos biológicos cuestionados en sede judicial o a nivel particular. Por lo tanto si un niño quiere saber su verdadera realidad biológica se puede amparar en esta ley y poder ejercer su derecho.

El niño tiene derecho a conocer a su familia de sangre, razón por la cual, nuestro derecho argentino recoge el principio de la verdad biológica y derecho a la identidad en todo su amplio concepto, admitiendo las pruebas genéticas en la indagación de los vínculos familiares.

La Convención de los Derechos del Niño<sup>6</sup>, Ley 23849, reconocida por nuestra constitución en el art. 75, inc. 22, con jerarquía constitucional, plasma el principio de la verdad biológica y el derecho a la identidad. En su art. 7 enumera el derecho del niño de conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, y la obligación de los Estados partes de esta Convención a velar que ello se cumpla de conformidad con sus legislaciones nacionales y en el art. 8 consagra que los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluida en ella la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas, siguiendo

en el mismo artículo que cuando el niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad

## **6. Legislación internacional.**

Con respecto al Derecho Internacional se encuentran los textos internacionales que gozan de supremacía constitucional según art 75 inc. 22 de la Constitución Nacional<sup>7</sup> donde están amparados los Derechos Humanos inherentes a la persona, trascendiendo cualquier condición jurídica o política del país.

En principio tenemos el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>8</sup> que establece que todos seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Asimismo la Conferencia Internacional de Derechos Humanos destacó que la Declaración Universal de Derechos Humanos es de cumplimiento obligatorio para todos los Estados miembros y destacó que los derechos son iguales e inalienables para todos los integrantes de la familia humana.

También vale mencionar la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos<sup>9</sup> que la UNESCO estableció en 1997 y en ella se determina que el material que se está tratando es altamente sensible y se debe resguardar y preservar al máximo todo lo que a él atañe.

Es indicativo de éste criterio el que sustentó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 11 del 10 de agosto de 1990 al sostener que existe discriminación por razones económicas, que origina desigualdad ante la ley, cuando, quien pretenda hacer valer sus derechos reconocidos en el Pacto San José de Costa Rica<sup>10</sup>, se vea impedido, de hacerlo, por no poder pagar la asistencia letrada necesaria o los gastos del proceso y por ello no le es reconocido su derecho, como le

ocurre a un niño por no contar con las herramientas necesarias que sí podría tener un adulto, en algunos casos.

El Derecho de verdad biológica, implica contar con normas que privilegien el derecho del niño a conocer su identidad. En tal sentido que toda ley que atenta contra el derecho de identidad del menor atenta contra la norma constitucional.

En consecuencia, al mencionar la verdad biológica se puede decir que es el derecho de conocer el propio origen, paradigma incorporado por los nuevos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y donde se estableció que la filiación que detente el niño es la que está genéticamente impresa en su cuerpo.

## **7. El anonimato del donante de gametos en una fertilización asistida solo engendra niños ignorados.**

No es lo mismo donar sangre que un órgano no reproductor o semen u óvulos, que son células. Estos elementos del cuerpo humano son sin duda utilizados para concebir seres humanos.

Estos padres, en general rechazan la idea de adoptar un hijo por el concepto de que es de una sangre extraña. En cambio, no vacilan en concebir un hijo con partes biológicas de un extraño.

Se alude casi siempre a la figura de donación de gametos como si éste fuera un gesto solidario de quien regala algo que le sobra para que otros tengan la posibilidad de ser padres; pero la realidad es otra y la donación como tal no existe en estos tipos de contratos. El donante cobra por su acto de donar gametos y la pareja que los recibe, también debe pagar por el tratamiento que recibe. El médico, o el instituto que lo asiste media entre ambos.

Se debe recordar que no hay legislación específica que prohíba la existencia de los bancos de semen y tampoco que reglamente el contrato que se pacta en la configuración del embrión susceptible de ser utilizado en el tratamiento.



## **8. Algunas consideraciones acerca de los aspectos éticos de la fertilización asistida.**

Tal como ocurriera hace treinta años frente al advenimiento de los modernos métodos anticonceptivos, se cuestiona la disociación entre sexualidad y reproducción.

¿Se debe hacer todo lo que se puede hacer? La fundamental crítica a estos métodos es acerca de la posibilidad de manipular los gametos y embriones. Eso podría ser empleado con fines viles, como por ejemplo, para sojuzgar a otros.

Por lo tanto, debemos seguir haciéndonos preguntas para poder darle el giro necesario a toda investigación y, en cuanto a la donación de gametos, se plantean interrogantes: ¿El saberse hijo genético de un progenitor y adoptivo del otro, podría generar conflictos al niño en el período de la adolescencia? ¿Es uno dueño absoluto de sus gametos o requiere autorización de su cónyuge para efectuar una donación? ¿El anonimato, no impedirá a un joven de 18 años de edad conocer sus datos genéticos? ¿Es lícita la venta de gametos? ¿No convierte esto a un centro médico en un negocio de compraventa?

Los avances de la ciencia obligan a analizar problemáticas difíciles. La bioética está llamada a interpretar el signo de los tiempos, para distinguir lo que está bien de lo que está mal.

Hasta la simple inseminación artificial puede causar discusiones: ¿Debe hacerse sólo en el matrimonio? ¿En una pareja estable no casada? ¿Luego de la muerte del marido con semen congelado? ¿En una mujer sola o en una pareja homosexual? ¿Puede pagarse por el semen o éste debe ser donado en un acto generoso?

Surgen objeciones éticas a estos procedimientos, sea por el carácter no natural de estas técnicas por las posibles consecuencias o por la no implantación de los embriones obtenidos, así como por el aborto de los implantados, como ya lo enunciamos precedentemente.

Dos son las cuestiones principales sobre la fecundación asistida: a) el respeto debido a la vida humana embrionaria, b) el interés del futuro hijo a no sufrir un desdoblamiento de la paternidad o maternidad <sup>11</sup> .

Con respecto a la primera cuestión, se centra en la regulación de técnicas cuyas distintas variantes se admiten casi sin reservas. En lo que concierne al embrión humano, sólo lo reconocen como persona una vez implantado en el útero, o desde que posee la capacidad necesaria para ser implantado. No se fijan límites al número de embriones que puedan transferirse en cada intento, admitiéndose la existencia de embriones sobrantes, que quedan congelados con un destino incierto<sup>12</sup>.

Se admite la selección de los embriones antes de la transferencia, lo que supone la eliminación de los demás. De éste modo se pone énfasis en las técnicas en sí, desinteresándose de la suerte de los embriones obtenidos in Vitro, a los que no se les reconoce ningún valor intrínseco.

Pero, por otro lado, se adopta una postura de protección del embrión humano, reconocido como persona por nacer, según la normativa nacional e internacional. La noción de niño es entendida por la de todo ser humano desde la concepción hasta los 18 años.

Con respecto a la segunda cuestión (b) se acepta el empleo de gametos de terceros anónimos y no se reconoce al hijo el derecho de conocer su ascendencia, o, según otra postura, se admite el empleo de gametos de la pareja, de modo de garantizar la identidad del niño, asegurando la coincidencia entre el padre y madre biológico.

La fecundación in Vitro nos parece contradecir el respeto debido a la dignidad del ser humano, que está llamado a ser procreado por sus padres y no producidos en laboratorios.

Si el legislador argentino decide aceptar esta técnica, debería al menos limitar el número de embriones que pueden obtenerse por tentativa, debiendo transferirse los

embriones de inmediato al útero de su madre biológica. Tanto la existencia de bancos de embriones congelados como la selección de aquellos, parecen gravemente contrarios a la dignidad humana y abren las puertas de un eugenismo de insospechadas consecuencias para las generaciones venideras.

Parecería ser la solución más coherente con la filosofía personalista de nuestro sistema jurídico, según la cual la persona, desde el momento mismo de la concepción debe ser tratada como un fin en sí, y nunca como un medio o instrumento. Ello resulta tanto del Código Civil<sup>13</sup> que incluye las personas por nacer en la categoría de incapaces, como en el Código Penal<sup>14</sup> que hace figurar el aborto entre los delitos contra las personas como ya lo expusimos anteriormente.

## **9. Aspectos jurídicos y sociales de la fertilización asistida.**

Las investigaciones que se llevan a cabo en el campo de la reproducción asistida brindan la posibilidad de estudiar aspectos básicos de la reproducción humana que seguramente redundarán en beneficios de todos los miembros de la sociedad.

Las nuevas técnicas que se agregarán a la fertilización in vitro tradicional, dan lugar a más cuestiones éticas y legales para dilucidar. Así, surgen entes gubernamentales y no gubernamentales que avanzan en el estudio de las mismas, como comisiones con autoridad reguladora sobre el campo de la fertilización asistida y todo tipo de investigación que involucre a los embriones humanos.

Algunas cuestiones son controversiales debido no sólo con relación a las diferencias culturales o religiosas de las distintas comunidades, sino también a las implicancias sociales que la introducción de estas tecnologías tiene en cada una de ellas.

Existen principios compartidos internacionalmente acerca de los derechos humanos, que pueden aplicarse en este campo de la medicina. Entre otros se destacan el respeto por la dignidad, inviolabilidad y la inalienabilidad de las personas.

En general los temores sobre determinados aspectos de la ciencia con respecto a las secuelas que pueden surgir de la manipulación genética, han sido en todo o en parte infundados ya que, según estadísticas, no ha habido mayor incidencia de malformaciones congénitas que la que se da en los embarazos espontáneos. La mayoría de los niños nacidos no se diferencian en absoluto de los concebidos naturalmente.

No parece justo frenar algunas investigaciones, como por ejemplo las que se realizan en el campo del congelamiento de óvulos. En este caso, una vez que las dificultades técnicas estén superadas y sea posible el procedimiento como rutina, se eliminarían definitivamente las cuestiones relativas al congelamiento de embriones, embarazos múltiples o reducciones embrionarias.

Al poder congelar ovocitos, sólo se pondrán a fertilizar los necesarios como para poder mantener una tasa de embarazo aceptable y baja incidencia de embarazos múltiples, y se descarta definitivamente la necesidad de congelar embriones obtenidos en exceso. Por lo tanto uno de los principales problemas a que nos referíamos es qué sucede con los embarazos múltiples y qué pasa con los embriones que se implantaron en el útero y que no pudieron desarrollarse, ya que la técnica habitual en un momento era implantar varios, muchos óvulos fecundados y que prospere el mejor.

Por todo lo mencionado nos parece advertir que el avance de la ciencia soluciona muchos problemas, pero, si no son bien tratados, genera otros y viola derechos constitucionales, como el derecho a la vida que se reconoce desde la concepción. Por lo tanto pensamos que sería necesario ajustar la efectividad de ciertas técnicas de fertilización asistida y no necesariamente producir muchos embriones y descartar algunos, sino de producir, fecundar y que nazcan tantos niños, como embriones se produjeron, como ya se dijo anteriormente. Pero, avanzando más en el tema, hay que hacer una distinción entre dos conceptos muchas veces mal enunciados como veremos a continuación.

## **10. El derecho a la identidad como derecho personalísimo.**

El derecho a la identidad es considerado un derecho personalísimo. Estos derechos son derechos subjetivos privados, innatos, y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes y necesarios, no pueden transmitirse ni deponerse en forma absoluta y radical.

Son oponibles erga omnes y corresponden a toda persona, por su condición de tal, desde que es concebida hasta la muerte. La persona no puede ser privada de estos derechos por acción de cualquier naturaleza, ni siquiera legislativamente, por parte del Estado, ni por acción de los particulares, porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad.

La novedad que configura el desarrollo de cada uno de los derechos personalísimos en particular respecto de las personas en general, es mayor aún con relación a esas personas que el derecho ha definido como personas por nacer y personas menores de edad, o sea, niños y adolescentes.

## **11. Una respuesta legal pendiente.**

Gracias a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, una persona puede tener una madre genética – quien aporta el óvulo- y una madre legal- quien gesta.

Puede conducir a efectos no deseados la concordancia entre verdad biológica y verdad legal, principio rector de las últimas reformas del Código Civil<sup>15</sup> en materia de filiación. Nos preguntamos, en el supuesto más arriba mencionado, cuál debe ser la solución legal. Si debe privilegiarse la maternidad que resulta del hecho del parto, conforme ordena el artículo 242 del Código Civil<sup>16</sup>, o el vínculo genético. Es evidente, frente a un caso de donación de óvulo, que la madre gestante es la que debe quedar emplazada en ese estado de familia; si en cambio, se trata de un embarazo por encargo -

contrato de objeto prohibido en nuestro derecho- resultaría madre legal la que dio sus gametos.<sup>17</sup>

Similar discordancia entre lo biológico y lo legal se plantea en el supuesto de uso, mediante cualquier técnica idónea, de semen de tercero donante. Si la intervención resultara exitosa en alguno de los casos referidos, el padre o madre y el hijo podría impugnar su filiación en base a pruebas biológicas, por ejemplo H.L.A. ó A.D.N.

A falta de voluntad procreacional en los donantes, y considerando el carácter anónimo que tiene la donación de gametos, el nacido, al probar la falta de nexo biológico se vería desplazado de su condición de hijo y quedaría sin filiación materna-paterna, según el caso. En este sentido puede advertirse cierta coincidencia en la doctrina nacional como en la extranjera y en la legislación comparada en negar a los interesados la facultad de ejercer cualquier acción de reclamación o impugnación de filiación cuando ésta tenga como fundamento exclusivo el uso de métodos de reproducción asistida humana.

## **12. La necesidad de adecuar el derecho de familia.**

Resulta evidente que la escritura del derecho de familia vigente queda conmovida por la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida.

Es de advertir las implicancias, no solo jurídicas sino también éticas, que surgen del desarrollo y aplicación de estas técnicas. Por ello, señalamos la imperiosa necesidad de que contemos con una legislación que dé adecuada respuesta a las múltiples cuestiones que se plantean, algunas de las cuales se han señalado a modo ejemplificativo.

## **13. Los avances científicos ponen en vilo a la moral y al derecho.**

No creemos que la invocación del avance de la ciencia, en el caso la biogenética o ciencia de la vida o de su origen, pueda servir como justificación suficiente para la legitimación de toda clase de actos médicos orientados a producir vida.

No estamos de acuerdo en que el progreso científico sea, en sí mismo un fin valioso, con prescindencia de los medios empleados, de su costo vital, de los hechos implicados en el vocablo manipulación.

No todo descubrimiento puede calificarse como avance, progreso o provecho para el hombre. La historia de la ciencia nos enseña que la investigación puede orientarse hacia lo destructivo, lo negativo o el mal.

De ahí que se impongan criterios de confrontación, medición o evaluación, pautas ciertas para juzgar lo admisible o inadmisible, de lo moral o lo inmoral, de lo lícito o de lo ilícito, en un terreno tan difícil, en el cual se mezclan, razones, argumentos y justificaciones.

Es necesario detenerse en tres parámetros que entendemos son de singular jerarquía.

En primer lugar, la dignidad humana; luego el consenso del obrar de conformidad con la moral pública, aludida en el art. 19 de la Constitución Nacional<sup>18</sup> y la competencia del Derecho para regular, ordenar, permitir o prohibir, en aras de la justicia, la equidad, la tranquilidad y la paz social.

La vida humana es sagrada y merecedora de todo respeto, por lo tanto aludimos a toda vida humana sean fetos como embriones. En consecuencia no es posible privilegiar una vida a costa de preferir o frustrar otra.

No creemos que se pueda aludir a nuestro tiempo como el de la potsmodernidad, o una época en que los principios morales y las normas éticas aparecen perimidos, superados por pautas personales de comportamiento; morales, individuales relativas u ocasionales, de conveniencia o provecho.

Debemos remoralizar la sociedad civil y, a la vez, remoralizar el Derecho, como vía a una conveniencia más civilizada, fraterna, pacífica, humana y solidaria.

El Derecho, en ésta como en otras materias, que aparecen con los avances técnicos o científicos; puede regular o dejar hacer. Considerar que el tema está en manos de los particulares, sin comprometer un interés superior, orden público, orden moral y social; o bien juzgar que en defensa de esos intereses superiores a los meramente individuales debe prescribir, admitir o prohibir.

Creemos necesario señalar que nuestro sistema jurídico, acorde a la filosofía de vida o concepción del hombre y de la vida, otorga énfasis a una visión personalista, según la cual el ser humano debe ser tratado como una persona, desde el momento mismo de la concepción. Esa misma visión, que tiene innegable consenso y, por tanto, se acomoda a la moral pública, juzga decisiva la consideración del interés del niño al momento de resolver los conflictos que le incumben.

En esta cuestión fundamental, como en tantas otras que hoy observamos, debe avanzarse de a poco, paso a paso, probando, tanteando, observando las reacciones, contemplando los resultados. El paso de costumbres restrictivas a regímenes permisivos, de un día para otro y más aún con base a una norma legal, no parece oportuno, prudente ni razonable.

Deben los investigadores moderar sus ansiedades. Deben comprender que la vida está indisolublemente unida a la idiosincrasia de un pueblo y que las nuevas ideas deben ganar adeptos, respetar tradiciones y criterios.

Este llamado a la prudencia no significa abrir un juicio sobre la aceptación futura de los criterios permisivos, sobre su conveniencia o moralidad. Importa, simplemente, partiendo del distingo entre lo mutable y lo inmutable, posibilitar a la sociedad civil de los argentinos una consideración más reflexiva sobre tan trascendente cuestiones.

#### **14. Conclusiones.**

Es necesario aportar claridad al derecho de las personas nacidas por donación de gametos a conocer a sus datos genéticos, principalmente con relación a conocer cuáles



son las enfermedades a las que es propenso a tener, a quienes poder recurrir en el futuro si es necesario hacer un trasplante y es genéticamente compatible, en fin todas estas cuestiones hacen el derecho a la identidad que integra a toda persona.

Desde ya, que al reclamar el derecho a la identidad que adolecen éstos menores no se quiere reclamar ni derechos hereditarios, ni obligaciones paterno-filiares, sino simplemente saber quien fue el donante de ese material genético que hoy integra su cuerpo.

Insistimos en destacar que no todo vale en pos del avance de la ciencia, que los derechos que tenemos reconocidos son valederos cuando los podemos ejercer y que es necesario e imperiosa una ley que regule el derecho a la identidad de las personas nacidas por gametos donados.

Y terminando estas líneas expuestas nos queda tratar los temas de interés que analizaremos en el próximo capítulo como por ejemplo que obligación tiene el Estado de proteger la identidad de los niños nacidos por gametos, analizaremos las ventajas e inconvenientes que surgirían de la utilización de la donación de gametos y exploraremos cuales son los límites de la ciencia que debería interponer el derecho a la hora del respeto a la vida humana y el ejercicio de los derechos vulnerados con esta temática descripta.

No quedando para más los invitamos a leer el próximo capítulo y a seguir conociendo, indagando y corrigiendo los problemas suscitados.

## **Capítulo II**

### **El camino para formalizar un deseo**

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Breve reseña histórica de las técnicas de reproducción humana asistida. 3. Donación de esperma. 4. Donación de óvulos. 5. Reproducción humana asistida. 6. Técnicas de reproducción humana asistida. 7. Técnicas de alta complejidad. 7.1. Fecundación in vitro. 7.2. Inyección Intracitoplasmática de espermatozoide. 8. Técnicas de baja complejidad. 8.1. Estimulación ovárica. 8.2. Inseminación artificial. 9. La llamada voluntad procreacional. 10. Consentimiento informado. 11. Filiación, determinación de la filiación. 12. Filiación matrimonial. Determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial con semen del marido. 12.1. Determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial, en mujer casada con semen de dador anónimo. 13. Inseminación artificial con consentimiento del marido. 14. Inseminación artificial sin consentimiento del marido. 15. Conclusiones.

## **1. Introducción.**

“Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...!, aseveraba Vélez Sarsfield a fines de 1800 en el Código Civil Argentino (Código Civil art. 70). ¿Y quién podría entonces haber aventurado que en el futuro sería posible realizar esa concepción en un laboratorio donde la madre ni siquiera se encontrara presente?.

A partir de esta circunstancia, los planteos legales actuales relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) habrían sido unimaginables en aquel momento.

Uno de los grandes avances del final del segundo milenio ha sido la reproducción asistida. El progreso de la ciencia, junto con el desarrollo de la tecnología han permitido la procreación con el desarrollo de técnicas de reproducción humana asistidas cada vez mas precisas y con un mayor porcentaje de éxito.

En las últimas décadas las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, son una nueva forma de procrear, en la que si bien se necesita del aparato reproductor, no requiere mantener relaciones sexuales para concebir y tienen como principal finalidad la actuación médica para facilitar la procreación ante la esterilidad o infertilidad humana.

Con la fertilización asistida, se busca que personas que por distintos motivos, en su mayoría trastornos y problemas de índole físico-químicos, no pueden lograr una descendencia a través de las relaciones sexuales normales, puedan no obstante, alcanzar el citado objetivo por otros caminos abiertos por la ciencia y la técnica.

Una de las consecuencias es la frustración de quienes no pueden concebir, esto motiva el desaliento de quienes no pueden procrear, con los consecuentes problemas en la pareja, la convivencia, los reproches, ansiedades, angustias, en el sufrimiento diario, ocasionando tristezas y mucho dolor.

Las técnicas antedichas vuelven esperanzas, dan fuerzas para encarar tratamientos médicos a quienes tanto ansían la concepción de un hijo.

El desarrollo y avance de las diferentes técnicas se han discutido y discuten a cada momento en la actualidad; se habla de un derecho a la paternidad-maternidad, como un milagro de la naturaleza y nada más lejos, son solo técnicas que ayudan a la concepción.

Asimismo, aclaramos que si bien en algunos puntos las nombramos no nos referiremos a la fecundación asistida post-mortem, a la adopción prenatal de embriones crioconservados, al diagnóstico genético preimplantacional, a la subrogación de vientre, a la fecundación asistida en parejas del mismo sexo, a la fecundación asistida de mujeres sin pareja, al congelamiento de embriones, no por tener prurito alguno, es más estamos a favor de que las parejas del mismo sexo puedan procrear en igualdad de condiciones que las heterosexuales, sino por ser demasiado extensivo para el presente trabajo.

Nos referiremos a la inseminación artificial homóloga y heteróloga, esto es con semen u óvulos donados, a la fecundación in vitro, y a la inyección Intracitoplasmática de espermatozoide, por ser las prácticas más comunes, las que se realizan normalmente y las reguladas por la Ley 26862.

En cuanto a cómo quedaría conformada la filiación en cada caso solo haremos referencia a la filiación matrimonial, ya que referirnos a todas sería también muy extensivo para el presente y además no es nuestro punto hablar de filiación sino de contarles a los niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida con donación de gametos su realidad genética.

## **2. Breve reseña histórica de las técnicas de reproducción humana asistida.**

La reproducción forma parte de los deseos, y hasta mandatos sociales, de todas las sociedades del mundo y es, al mismo tiempo, el sueño que la inmensa mayoría de los seres humanos guarda celosamente.

De esta manera, la infertilidad aparece como el peor de los diagnósticos, una barrera casi imposible de derribar, el sinónimo de frustración y honda tristeza

La intervención médica para ayudar a crear una vida no es nueva, se difundió a partir del siglo XX. Durante muchos años la infertilidad o esterilidad de las parejas era irreversible, atento a que, la medicina no conocía las causas que las ocasionaba.

La procreación humana asistida puede ser definida como “los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción”<sup>19</sup> A través de la misma se ingresa en el ámbito íntimo de la pareja que desea procrear, cuando por la presencia de diferentes causas, no puede lograrse por vía natural el embarazo.

Con el paulatino avance en el ámbito médico y sirviéndose de los resultados obtenidos en prácticas en animales, se fueron superando los obstáculos en las parejas infértiles. De hecho, el primer antecedente de inseminación artificial en humanos se encuentra en 1799, en Inglaterra, cuando Hunter alcanza la gestación en una mujer con semen de su marido<sup>20</sup> En el año 1875, se acceden a los trabajos del doctor Thouret, decano de la Facultad de Medicina de Paris, quien experimento con éxito fecundar a una mujer, con una inyección intravaginal empleando su propio semen, convirtiéndose este logro en el primer antecedente de la inseminación artificial heterologa.<sup>21</sup> Las nuevas tecnologías reproductivas se generalizan a partir del siglo XX, tanto en Europa como en Estados Unidos. A esto puede sumarse la instalación en Estados Unidos de centro de almacenamiento de esperma, a partir de la década del cuarenta correspondiente al siglo pasado. En 1953, se registra el primer embarazo utilizando semen congelado.<sup>22</sup> En cuanto a la fecundación extrauterina, los primeros logros se remontan a fines de la

década del cincuenta, con el reemplazo de trompas dañadas por otras artificiales. En el año 1969, en Melbourne, Australia, se procedió a la colocación de la una capsula plástica en una mujer, para facilitar la unión de los gametos. Para el caso de formarse el embrión, se conto con un sistema que permitiera su entrega al útero. Si bien el método tuvo éxito técnico, provoco una infección en la mujer, lo que exigió su retiro.

Como se observa, las técnicas de inseminación artificial tienen una historia no muy reciente, adquiriendo una realidad más profunda y significativa a partir del nacimiento del “primer bebe de probeta” acaecido en Gran Bretaña en 26 de Julio de 1978, nace Louise Brown, mediante la “fecundación in vitro” (FIV), es decir, extracorpórea. Su concepción se había producido en un laboratorio nueve meses antes mediante la técnica de fecundación in vitro. Los médicos especialistas extrajeron un ovulo de su madre y lo unieron a un espermatozoide en una placa de laboratorio. Dos días y medio después, el huevo se había dividido hasta formar una pequeña masa de ocho células microscópicas, por lo que fue transferido al útero materno y se inicio una gestación normal. El nacimiento de Louise abrió una puerta totalmente nueva en el tratamiento de la esterilidad.

Una década más tarde, Lanzendorf publicó un novedoso sistema ICSI cuyas siglas en ingles significan Inyección Intracitoplasmática de un Espermatozoide *Intra Cytoplasmatic Semen Inyection*, mediante el cual nacieron nuevas esperanzas para muchos hombres cuyo daño espermático era tal, que antes de este descubrimiento solo hubieran tenido el recurso de acudir a la donación de esperma para que su esposa logre una concepción.

Las diferentes técnicas que se fueron sucediendo en el tiempo trajeron consigo ilusiones y fracasos, y solo lograron instalarse en la práctica médica las que permiten mejores resultados. Así, la fertilización In Vitro es básicamente una de las más utilizadas en la actualidad.

La fertilización in vitro llegó al país en 1985. Uno de los médicos que participó en la primera fertilización que se hizo en la Argentina fue el Dr. Santiago Brugo Olmedo.

En 1985 se realizó el primer ciclo de pacientes de fertilización in vitro. La primera paciente, una mujer tucumana que llevaba 10 años intentando concebir un bebé, se embarazó en ese primer intento y tuvo mellizos en 1986. Se habían conseguido siete embriones y le fueron transferidos todos, lo que hoy sería inapropiado ya que solo se transfieren dos o tres embriones por paciente.

Desde entonces los avances producidos en las técnicas de reproducción humana asistida cambiaron la vida de cientos de miles de parejas con problemas para concebir.

### **3. Donación de esperma.**

La donación es el acto mediante el cual un hombre cede voluntariamente, de manera anónima su semen, es decir sus espermatozoides y material reproductivo para ayudar a otras personas que no pueden engendrar por la vía natural y lo necesitan para ser utilizado en un proceso de reproducción asistida.

Para realizar una donación de semen solo se necesita asistir a un centro de reproducción asistida con una unidad de andrología y un banco de semen o directamente a un banco de semen.

Los donantes no solo deben gozar una salud perfecta, sino que además deben tener semen de gran calidad y antecedentes familiares en los que no aparezcan enfermedades hereditarias. También se toma en cuenta el aspecto físico y la personalidad, porque estos rasgos ayudan a seleccionar el candidato en función de su afinidad con los receptores de la donación.

A los donantes se los somete a exhaustivos exámenes de laboratorio tanto infectológicos como genéticos para descartar enfermedades.

La donación de esperma es usada tanto en la inseminación artificial con donante como en la fecundación in vitro con donante. Y está indicada en los casos en que el hombre posee alguna enfermedad de transmisión hereditaria y también es frecuente en las parejas con problemas para concebir por problemas de esterilidad.

La elección del donante es realizada por la clínica de fertilidad o por el banco de esperma. En ningún caso el donante puede ser elegido por los pacientes que van a recibir la donación. Los datos del donante quedan registrados en la clínica ante cualquier eventualidad futura, pero en ningún caso los padres ni el futuro hijo pueden conocer la identidad del donante. Asimismo, el donante tampoco puede tener conocimiento sobre la identidad del hijo ni la de sus padres.

La mayoría de los usuarios de bancos de esperma son matrimonios infértiles, parejas del mismo sexo, ambas mujeres, que desean ser madres y mujeres heterosexuales sin pareja que quieren ver cumplido el sueño de formar una familia.

A través de la inseminación con esperma de donante anónimo se producen una gran cantidad de nacimientos al año. Los donantes pueden ayudar anónimamente a parejas infértiles, parejas del mismo sexo o mujeres solas a realizar sus sueños de tener hijos.

Los bancos de esperma cumplen una función social muy importante que es ni más ni menos que la fantástica aventura de traer un niño al mundo, para el caso de parejas que padecen alguna clase de inconveniente reproductivo.

El primer banco de esperma en Argentina fue el fundado por Fecunditas. Actualmente hay muchos, como Cryobank, entre otros.

#### **4. Donación de óvulos.**

La ovodonación es una técnica relativamente nueva aparecida a mediados de la década del ochenta, es un procedimiento que permite a muchas parejas el objetivo de ser padres utilizando un ovulo donado.



Medicamente las donantes son cuidadosamente seleccionadas, deben ser mujeres jóvenes y sanas, sin antecedentes personales ni familiares de enfermedades hereditarias, tienen que tener buen estado de salud psicofísica, correcta función ovárica. Asimismo, se las somete a estrictos análisis para descartar todo tipo de enfermedades.

Las donantes deben estar bien informadas de que el único destino de los óvulos es el de tratar la infertilidad femenina.

La donación es anónima, es decir, que la donante no conocerá a la receptora de los óvulos, ni ésta a la donante.

Algunas mujeres, aunque se encuentran en edad fértil, presentan problemas para reproducirse con sus propios óvulos. Esto puede ser debido a la ausencia de sus ovarios por extirpación de estos, porque no funcionan correctamente, porque carece de óvulos en el ovario, en caso de ser portadoras de enfermedades genéticas que pueden ser transmitidas a los hijos, o que si bien producen óvulos pero con pocas posibilidades de embarazo. Dentro de este grupo se encuentran las mujeres mayores de cuarenta y tres años y las que tienen una baja reserva de óvulos para su edad. La declinación de la fertilidad es una consecuencia del envejecimiento de los óvulos, no del resto del aparato reproductivo de la mujer. Por tanto, si se utilizan óvulos de mujeres más jóvenes, estas pacientes tienen mayor posibilidad de lograr el embarazo.

También necesitan recurrir a la donación las parejas en las que, la mujer haya quedado estéril tras haber tenido que hacer tratamiento de quimioterapia o rayos.

También pueden acceder a la donación de ovocitos aquellas mujeres que tras varios ciclos de fecundación in vitro con óvulos propios no han logrado embarazo.

Ser donante es un acto generoso de altruismo con otra mujer que no conoce y que desea ser madre. Es ayudar a otras personas a ser padres, que es la principal motivación.

## **5. Reproducción humana asistida.**

La reproducción humana asistida consiste en ayudar a la naturaleza a seguir su curso cuando esta no puede. ¿Se trata de un milagro? No, solo de una serie de técnicas que consiguen en muchos casos lo que parecía imposible: un embarazo.

Se estima que entre un quince a veinte por ciento de las parejas padecen problemas de infertilidad. La infertilidad ha sido considerada por la Organización Mundial de la Salud como una enfermedad y definida como la incapacidad para concebir un embarazo después de doce meses de relaciones sexuales sin protección o método anticonceptivo.<sup>23</sup>

La falta de descendencia constituye, sin lugar a dudas, un grave problema para la pareja estéril. La adopción permitió en muchas parejas mitigar aliviar los problemas derivados de la esterilidad. Paralelamente, los grandes avances de la biomedicina fueron reduciendo las situaciones de esterilidad hasta llegar a la fertilización asistida con todas sus variantes. La disyuntiva está planteada pero la competencia entre ambas alternativas es solo aparente, ya que no toda pareja infértil quiere o puede acudir a la fertilización asistida, en la que las probabilidades de éxito no están garantizadas, ni toda persona tiene un enfoque suficientemente generoso como para acoger en el seno de su familia un niño ajeno.

En los últimos tiempos, resulta notorio el acrecentamiento de familias que recurren a estas nuevas formas de procreación, en virtud de no poder concebir naturalmente y por la necesidad de tener un hijo de sangre, no adoptado, y concretar así el fin mismo, según algunos, de la institución matrimonial.

Al sancionarse la Ley 26862 con su decreto reglamentario 956/2013 donde se regula el acceso integral a los procedimientos y técnicas medico-asistenciales de reproducción medicamente asistida, prevalecen entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Carta Magna y Tratados Internacionales de rango

Constitucional (conforme art. 75 inc. 22), los derechos de toda persona a la paternidad / maternidad / y a formar una familia, en conexión con el derecho a la salud.

El derecho humano de acceso integral a los procedimientos de reproducción asistida reconocidos por la presente ley, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de todas las personas, conforme a la Constitución Nacional y fundamentos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En su artículo segundo la ley define a la reproducción medicamente asistida diciendo “que se entiende por reproducción medicamente asistida a 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.”

Dicha norma tiene por objeto garantizar a todas las personas sin distinción el acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción asistida.

Regula que la autoridad de aplicación de la presente ley será el Ministerio de Salud de la Nación, quien tendrá a su cargo la creación del registro único en el que deberán inscribirse todos los establecimientos habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida, dentro de estos quedan comprendidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones.

Los procedimientos y técnicas de reproducción asistida solo podrán realizarse en los establecimientos habilitados que determine a tal fin el Ministerio de Salud. Asimismo, éste deberá arbitrar los medios necesarios para que todas las personas mayores de edad que hayan explicitado su consentimiento informado tengan acceso igualitario a todos los beneficios de las prácticas reguladas. Dicho consentimiento y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad.

En los casos de técnicas de reproducción humana asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta el inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión.

Deberán cubrir la integridad de los tratamientos el sector público de salud, las obras sociales todas, las entidades de medicina prepaga, así como todos aquellos agentes que brinden servicios medico-asistenciales a sus afiliados cualquiera sea la forma jurídica que posean.

Una persona podrá acceder a un máximo por año de cuatro tratamientos de baja complejidad, esto es, la unión de un espermatozoide con un óvulo en el interior del aparato reproductor femenino, y a un máximo de tres tratamientos de alta complejidad, que son aquellas técnicas donde la unión de las gametas femenina y masculina tienen lugar fuera del sistema reproductor de la mujer.

Para el caso que la técnica que se utilice se requieran gametos donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud.

## **6. Técnicas de reproducción humana asistida.**

Se denominan técnicas de reproducción humana asistida a todas aquellas técnicas mediante las cuales se trata de aproximar en forma artificial a las gametas femeninas y masculinas con el objetivo de favorecer el embarazo.

Son los diferentes instrumentos que se han desarrollado con el avance científico para facilitar el proceso reproductivo, siendo posible dividirlos en dos grandes grupos de acuerdo a su menor o mayor complejidad.<sup>24</sup>

## **7. Técnicas de alta complejidad.**

### **7.1. Fecundación “in vitro”.**

El término *in vitro* refiere literalmente en vidrio y refleja que el proceso de fecundación se realiza en el laboratorio, fuera del cuerpo de la mujer.

El tratamiento comienza con una estimulación ovárica, para aumentar la probabilidad de embarazo. Luego los óvulos son aspirados por vía transvaginal. Una vez aspirados los ovocitos, se procede a su examen en laboratorio y se los clasifica por su madurez. Paralelamente el hombre entrega su muestra de semen y, en el laboratorio se seleccionan aquellos que presenten mayor movilidad. Los espermatozoides se colocan junto con cada ovocito en placas y son incubados a una temperatura igual a la del cuerpo humano. Luego de la inseminación en el término de dieciséis a dieciocho horas, se comprueba si han fertilizado. A las doce horas de la fertilización, el embrión se divide en dos células, luego continúa la división celular y al cabo de cuarenta y ocho a setenta y dos horas, los embriones están en condiciones de ser transferidos al útero de la mujer. Los embriones se colocan en un catéter que recorre el cuello uterino y se coloca el contenido en la cavidad uterina.

La experiencia médica ha permitido comprobar que la transferencia de un solo embrión, limita considerablemente la posibilidad de lograr un embarazo. Por esta razón, resulta conveniente la transferencia de dos o tres embriones.<sup>25</sup> Asimismo, esta técnica se puede llevar a cabo con óvulos propios de la pareja y semen de la pareja (F.I.V. propia u homologa), con óvulos propios y semen donado, con óvulos de donante y semen de la pareja (F.I.V. heterologa) y con óvulos y semen de donantes.

## **7.2. Inyección intracitoplasmática de espermatozoide.**

Los primeros pasos del procedimiento de un ICSI no difieren de aquellos que se llevan a cabo en una fertilización *in vitro* convencional. Luego de la obtención de ambas gametas, óvulos y espermatozoides, el tratamiento a realizarse en el laboratorio es diferente. En vez de incubar los espermatozoides con el ovulo, mediante la inyección Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), se introduce un solo espermatozoide

dentro del citoplasma de cada ovulo maduro mediante la utilización de una aguja de cristal muy delgada.<sup>26</sup>

La transferencia de embriones se realiza, generalmente entre cuarenta y ocho a setenta y dos horas posteriores. Se transfieren entre dos y tres embriones para reducir la posibilidad de embarazo múltiple.

## **8. Técnicas de baja complejidad.**

### **8.1. Estimulación ovárica.**

Es el procedimiento más sencillo. Consiste en estimular hormonalmente a la mujer durante el ciclo, con el fin de que esta produzca mayor cantidad de óvulos maduros y aumentar la posibilidad de un embarazo por el camino natural.

### **8.2. Inseminación artificial.**

Es una técnica sumamente sencilla que se define como el depósito de material genético de forma no natural en el tracto reproductivo de la mujer, ya sea en la vagina, en el cuello del útero o en el propio útero, en el momento próximo a la ovulación con el fin de conseguir un embarazo.

Inseminación artificial intravaginal: consiste en la colocación de las gametas masculinas en la parte superior de la vagina mediante una jeringa.

Inseminación artificial intracervical: se deposita el esperma, en contacto con la secreción cervical. Para tal fin se introduce una cantidad de material biológico masculino en el cuello del útero.

Inseminación artificial intrauterina: consiste en el depósito de semen en la cavidad uterina. En relación a los supra nombrados presenta una complejidad un poco mayor.

Otra distinción que se debe hacer es si se utiliza material genético propio de la pareja o material genético ajeno.

La fecundación homóloga es la más antigua y es la que se aplica a los cónyuges o parejas estables, porque el semen que se transfiere a la mujer es del esposo o pareja durante el periodo fértil de esta.

La fecundación heteróloga es una técnica que se utiliza para realizar la inseminación, semen de un donante anónimo que por lo general procede de un banco de semen. Lo mismo ocurre cuando es la mujer es la que no puede procrear utilizándose ovulo de donante anónima.

## **9. La llamada voluntad procreacional.**

En las técnicas de reproducción humana asistida estaríamos ante una filiación socioafectiva, donde el elemento volitivo ocupa un espacio de mayor envergadura que el componente genético.

Antes de la aparición de las técnicas de reproducción asistida, sólo existía la reproducción por medios naturales. Quien dejaba embarazada a la mujer necesariamente era el mismo ser que aportaba el material genético; además la mujer que gestaba al niño lo hacía siempre con ovulo propio. Es decir, lo biológico comprendía lo genético, siendo imposible disociarlos.

En general el elemento genético, el biológico y el volitivo coincidían en una misma persona. Decimos en general, porque puede ser que ese hombre no haya deseado tener ese niño; independientemente de su falta de voluntad, la paternidad se le atribuye en virtud de haber aportado el material biológico, siempre determinante.<sup>27</sup>

Hoy como consecuencia de las técnicas de reproducción humana asistidas, se presentan tres criterios muy diferenciados que dan lugar a tres verdades: la genética, la biológica y la voluntaria. Veremos cada una de las variables que pueden presentarse en el derecho filial.

Verdad genética: lo relevante es haber aportado el material genético.

Verdad biológica: el origen cuenta con un acto humano. La verdad biológica importa un plus con respecto de la verdad genética, dado que irroga un vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon.

Verdad voluntaria: la paternidad y/o maternidad se determina por el elemento volitivo: la voluntad procreacional.

Cuando se recurre a las técnicas de reproducción asistida, el aporte puede ser puramente genético. Como lo genético carece del plus antes señalado para lo biológico, lo volitivo adquiere gran relevancia. En definitiva, el elemento volitivo adquiere una gran importancia, de modo que cuando en una persona no coincide el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último, es decir, a la voluntad.

El elemento relevante en la filiación del niño nacido por reproducción humana asistida es la voluntad o decisión de que ese ser nazca no solo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos y/o genéticos, pueden ser sustituidos. Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja, casada o no y solo de ella. El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible y, por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. La aportación (importante, también imprescindible) de todos los demás protagonistas es, en cambio, fungible y no es verdadera causa eficiente del nacimiento en cuestión.<sup>28</sup>

En consecuencia, la filiación corresponde a quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido.

Gracias a los avances de la biomedicina, maternidad y paternidad dejan de considerarse una relación de filiación basada en un puro reduccionismo genético y/o biológico; por el contrario, se impone el establecimiento de una realidad no genética



sino socio-afectiva determinada por la aportación del elemento volitivo: la voluntad procreacional.

El concepto de filiación ha ganado nuevos contornos comenzándose a hablar de “voluntad procreacional” como acto jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos y no, solamente, de características genéticas.

Durante muchos años, la lucha en el derecho de la filiación se dirigió al triunfo de la verdad biológica; hoy, en cambio, la bandera que comparte el escenario es la voluntad. Las Técnicas de reproducción humana asistida provocaron una vuelta a la verdad voluntaria, en tanto, si bien es empleada por quienes no quieren renunciar a tener un hijo genéticamente propio, el elemento genético no es el que determina la filiación sino el volitivo.

## **10. Consentimiento informado.**

El consentimiento informado es “una manifestación del derecho a la libertad el paciente, al dar su conformidad con el tratamiento “ejercita” ese derecho, haciendo uso de la facultad de decidir libremente lo que concierne a su propia persona”.<sup>29</sup>

Analizando su naturaleza jurídica, el consentimiento informado es un acto jurídico conforme al artículo 944 del Código Civil, puesto que es un hecho humano, voluntario, ícito, que tiene por finalidad inmediata establecer entre el paciente y el médico relaciones, crear, modificar transferir, conservar o aniquilar derechos. Por el carácter voluntario del acto de consentir es esencialmente revocable hasta el momento de realizar la prestación médica.

Advertimos, que en la doctrina hay posturas encontradas sobre la naturaleza jurídica del consentimiento informado. Hay aquellas, que entienden que el consentimiento es el contrato de prestación médica, mientras que otros, postulan que el consentimiento informado es un acto jurídico que se vincula al contrato, pero que no se

asimilan. Por exceder a nuestro trabajo, no haremos un análisis más profundo de cada corriente en particular.

Hoy puede afirmarse que el consentimiento informado como acto jurídico, trasciende la esfera del ámbito civil, ingresando en el ámbito constitucional al ser entendido como un acto de ejercicio de derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional en instrumentos internacionales de alcance constitucional, como el derecho a la vida, a la integridad física, la libertad y la dignidad de la persona.<sup>30</sup>

Para el que consentimiento informado sea válido debe reunir una serie de caracteres, estos son: a) Aptitud para consentir, conforme las normas que regulan la capacidad en el Código Civil; b) Libertad del sujeto que decide: este requisito va de la mano al principio de autonomía, el que reconoce al paciente como sujeto autónomo y libre para decidir según su conciencia y en resguardo de su integridad física y psíquica; c) Información suficiente; d) Evaluación y comprensión de la información que recibe.

El médico debe dar al paciente una información completa, clara y precisa de la prestación médica a realizar. Con la reforma de la constitución en el año 1994 se incorporó el derecho a la información, adquiriendo éste a partir de ese momento rango constitucional. Traslado este derecho al ámbito de la medicina, comprende el deber del médico de dar clara información al paciente en todo lo atinente al tratamiento, como paso previo a la recepción de la conformidad.

En el ámbito de la procreación humana asistida, la información que se le brinde a los pacientes debe contener todo lo relativo a la técnica que se va a emplear, si la misma es invasiva, duración del tratamiento, si requiere anestesia o no y de qué tipo, que partes del cuerpo afecta, los riesgos del procedimiento, cuidados especiales, consecuencias en la integridad y salud de la mujer durante y después del tratamiento. Si bien la pareja voluntariamente acude a un centro de fertilidad para solucionar su problema, no corresponde colocar al equipo médico como titular del poder de crear una

nueva vida, sino en igualdad de condiciones con sus pacientes, quienes deben ser asistidos teniendo en consideración su estado anímico, ansiedad y vulnerabilidad ante la problemática que les toca transitar.

Es obvio, que toda información debe estar adaptada a las posibilidades de comprensión de los pacientes, la que debe ser cabalmente comprendida por los mismos.

El Proyecto de Declaración Internacional sobre Datos Genéticos de la UNESCO en su artículo 8 de la Sección C, exige el consentimiento previo, libre y explícito de la persona. El mismo principio aparece en la Convención de Oviedo, primer instrumento jurídico internacional europeo de carácter vinculante, que exige el consentimiento informado para toda intervención biomédica.<sup>31</sup>

### **11. Filiación. Determinación de la filiación.**

La determinación de la filiación implica definir jurídicamente quién es la madre y/o padre de una persona.<sup>32</sup>

Puede clasificarse en tres tipos según su origen: a) Es legal: cuando la ley en base a ciertos supuestos de hecho la establece. Así, por ejemplo, cuando el artículo 242 del Código Civil dispone que la maternidad se determina por el parto y la identidad del nacido o cuando el artículo 243 reza que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución; b) Es voluntaria: cuando la determinación proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento, expreso o tácito, del hijo, finalmente, c) Es judicial: la determinación que resulta de la sentencia que declara la paternidad o maternidad no reconocida, en base a las pruebas relativas de nexo biológico.<sup>33</sup>

### **12. Filiación matrimonial. Determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial con semen del marido.**

Cuando un matrimonio acude a un centro especializado en tratamientos de reproducción asistida, es movido por el deseo de tener un hijo biológico cuya gestación

no se concreta por la vía de la procreación natural y la necesidad de trasladar el amor a ese hijo.

Al ser una inseminación homóloga, no trae aparejado mayores problemas de filiación ya que se resuelve conforme lo dispuesto para la procreación natural. En consecuencia, para la determinación de la maternidad es de aplicación lo dispuesto por el artículo 242 del Código Civil, con lo que la maternidad queda establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido y para la determinación de la paternidad la presunción contenida en el artículo 243 del mismo cuerpo legal, quedando establecida la misma si el hijo nace después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución.

“Si el marido pretendiera impugnar la paternidad sosteniendo la imposibilidad de acceso carnal con su mujer durante el periodo de la concepción, ésta sería desestimada probando la realización de la inseminación artificial, o aún, mediante prueba biológica que establezca el vínculo del niño con el marido de la madre.”<sup>34</sup>

### **12.1. Determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial, en mujer casada con semen de dador anónimo.**

En la relación que se desarrolla entre el equipo médico y el matrimonio, se presenta la particularidad de que intervienen elementos ajenos a los sujetos intervinientes, como el material genético del tercero dador. Este último no forma parte de la relación; puesto que carece de todo interés en la formación de la nueva vida aunque aporte sus células.

Dicho material genético contribuirá en la adjudicación de la vida. Esa nueva vida es deseada por el matrimonio, que, al formular su consentimiento informado, manifiesta la voluntad procreacional hacia ese hijo que solo comparte información genética de uno solo de ellos.

En este caso estamos ante un supuesto de falta de concordancia entre la paternidad legal (presumida por la ley) y paternidad genética. La verdad biológica y la voluntad procreacional no se encuentran en la misma persona.

### **13. Inseminación artificial con consentimiento del marido.**

El criterio dominante es negar al marido legitimación para impugnar la paternidad. Para fundamentar esta postura se parte de dos teorías:

La teoría de la voluntad procreacional: en el caso de la inseminación heteróloga, aunque el semen sea proporcionado por un extraño, también encontramos la voluntad procreacional, porque el marido que consiente el procedimiento asume las consecuencias jurídicas del mismo y, por eso la calidad jurídica de padre.

La doctrina de los actos propios: sostiene que si el consentimiento del marido no fue revocado hasta que la inseminación se practicó, éste no podrá desconocer la paternidad del hijo que dé a luz su mujer. Ello por diversas razones: en primer lugar, porque ni la inseminación artificial ni el consentimiento del marido, constituyen objetivamente un acto ilícito aún cuando pueda ser discutible, en el supuesto, su valoración moral o ética. En segundo lugar: porque el marido que luego de consentir en la inseminación heteróloga planteara el desconocimiento del hijo, obraría deslealmente contrariando una conducta anterior, contradictoria con su posterior pretensión impugnatoria. Siendo así se estaría ante un típico supuesto en que corresponde aplicar la doctrina de los actos propio, que desarrolla un auténtico principio general del derecho con sustento en la buena fe.<sup>35</sup>

### **14. Inseminación artificial sin consentimiento del marido.**

Procede la impugnación de la paternidad por parte del marido de la madre ya que no existe aquí vínculo biológico ni voluntad de asumir la paternidad.<sup>36</sup>

Si el marido impugna la paternidad con éxito, se producirá un desplazamiento del estado de familia, pasando el hijo a quedar emplazado como hijo extramatrimonial de la madre.

La filiación por naturaleza reconoce su origen en un acto sexual, acto de la vida humana que es la causa de la procreación de quien participa en ese acto; la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida no tiene ese antecedente. Además, en una técnica de reproducción asistida heteróloga, el elemento genético no es aportado por la misma persona que presta el elemento volitivo.

Estas dos diferencias, conducen a una tercera: mientras en la filiación por naturaleza el vínculo jurídico se funda en el elemento biológico (que comprende el genético), en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida el vínculo tiene razón de ser en el elemento volitivo.<sup>37</sup>

## **15. Conclusiones.**

La fertilización heteróloga trajo aparejado, en el campo del Derecho, diferentes inconvenientes al haber una división entre el elemento genético y el volitivo. Ya que la maternidad o paternidad de quien nace a través de estas técnicas no dependerá de la coincidencia de los datos genéticos con el progenitor, sino que serán padres quienes tengan la voluntad procreacional de serlo, es decir, quienes hayan prestado el consentimiento para que el embarazo se produzca, mas allá de quien produjo el aporte genético.

La aparición de las técnicas de reproducción humana asistida han traído consigo un nuevo elemento, la voluntad procreacional, que desplaza y es independiente del dato genético.

Elegir el procedimiento más conveniente se convierte en un derecho en este gran avance de la medicina reproductiva.

Cuando las personas que quieren concebir deben someterse a los tratamientos de reproducción asistida, aparecen los miedos, incertidumbre, la espera interminable y al conocer que el embrión ha fecundado no lo comunican sino tiempo después porque esa inseguridad persiste y sufren a diario ver si ese embarazo continúa y no hay deseo más grande que ese logro llegue a término y completar la felicidad con el bebe nacido en sus brazos.

Las técnicas de reproducción asistida ayudan a muchas parejas a recrear su hogar, con la felicidad de una descendencia que nunca hubieran podido tener. El progreso biotecnológico ha mejorado el éxito de la fertilidad y disminuido los riesgos.

Todos estos avances deben mirarse con optimismo, con fe, con esperanza en un mundo mejor, y con respeto pero no con miedo. Tal vez, los diferentes y apasionantes temas que se mueven dentro del marco de la fecundación asistida, sean temas desconocidos y que por tanto generen miedo, nada mas ni nada menos que el “miedo a lo desconocido.”

Hay que hacer honor a los que se animan a emplear las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Es por esto que celebramos la sanción de la Ley Nacional 26.862 de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas medico-asistenciales de reproducción medicamente asistida”, y la adhesión de la Provincia de Santa Fe mediante la ley 13357 las cuales regulan el acceso de las personas a las técnicas de reproducción asistida con el fin de poder formar la tan ansiada familia.

## **Capítulo III**

### **Aspectos psicológicos de las personas nacidas por donación de gametos**

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Vivencia de la infertilidad. 3. Secreto-apertura en la reproducción asistida con gametas donadas. 4. ¿Por qué determinadas personas optan por el secreto y otras por la apertura?. 5. Vivenciando la incertidumbre. 6. ¿Lo cuento o no lo cuento?. 7. El papel del deseo. 8. Conclusiones.



## **1. Introducción.**

La Medicina Reproductiva ha sido el instrumento válido para aquellas parejas que, teniendo un problema de infertilidad y que no puedan tener hijos en forma natural, tengan que recurrir al uso de gametas donadas.

Esta alternativa para formar una familia tiene implicancias no solo médicas sino también psicológicas, sociales y legales.

Uno de los problemas fundamentales con que estas parejas se encuentran es la de informar o no al niño acerca de su origen genético.

Este aspecto es relevante dado los efectos que tiene en lo social, lo emocional, en la salud del niño y futuro adulto.

## **2. Vivencia de la infertilidad.**

Cuando una pareja se enfrenta al diagnóstico médico de infertilidad trae aparejado un deterioro y malestar psicológico muy significativo.

Aunque la infertilidad siempre existió, solo pocos imaginan que les pueda tocar vivir a ellos mismos esta experiencia.

También existen diferentes variables que inciden en el impacto y en las consecuencias de la infertilidad:

Las mujeres encuentran mayores dificultades para aceptar el que una pareja sin hijos también es una familia y se obsesionan más con el embarazo y el posible alumbramiento de un bebé.

Un potente estresor en la pareja es la idea de que conforme se incrementa la edad, la fertilidad natural disminuye y, por tanto, las posibilidades de engendrar un hijo se reducen.

La presencia de otros hijos en la vida de la pareja atenúa las reacciones negativas consecuentes del diagnóstico de infertilidad, aunque el malestar aumenta en los casos en que alguno de ellos no es el padre o la madre biológico de esos hijos.

El tipo de infertilidad también regula el impacto emocional que experimentan las parejas. Los hombres se muestran más afectados cuando el diagnóstico es por causa masculina mientras que en las mujeres no depende tanto de la causa de la enfermedad. Sin lugar a dudas, el mayor impacto lo produce una infertilidad de causa desconocida.

Como vemos, la infertilidad es una experiencia que va mucho más allá del terreno físico, es un camino que involucra pérdidas, tristezas y gran dolor en el alma.

Atravesarla se convierte en una crisis emocional muy fuerte que conlleva alteraciones cognitivas y comportamentales que afectan a quienes la transitan durante el tiempo que están tratando de formar su familia.

Se pone en juego la comunicación de la pareja, la sexualidad, los recursos económicos, físicos, sociales y psicológicos, sin la menor garantía de lograr el ansiado hijo.

Las alteraciones psicológicas más frecuentes que afectan a las pacientes entre otras, son las siguientes: vergüenza, culpa, tendencia al aislamiento, sentimientos de injusticia, enojo, pena, desesperanza, impotencia, depresión, estrés, ansiedad, por citar algunos de los más importantes que acompañan la sintomatología.

Además, los pensamientos de desvalorización personal son algo común de ver en parejas con problemas de infertilidad. Estos aparecen bajo la forma de autoestima pobre, sentimientos de inferioridad o de incompletud y una mala autoimagen. También es frecuente la aparición de complicaciones con respecto a la sexualidad y la relación de pareja, al estado de ánimo, la concentración y la ansiedad.<sup>38</sup>

“(...) la infertilidad es una situación traumática y una crisis psicológica de envergadura, en la que han de enfrentarse al reconocimiento de incapacidades en un

terreno estrechamente unido al sentimiento de valía de uno mismo (...) en las que el/los "hijos" deseados pero no logrados suelen ser vividos como una pérdida irreparable de sí mismos" <sup>39</sup>

Nos parece importante resaltar que la infertilidad no es una cuestión individual, independientemente de quien la padezca, sino que es de la pareja.

Tal vez sea la primera batalla que ambos enfrentan en forma conjunta y hasta tal vez uno haya sido el apoyo del otro pero en esta crisis ambos son parte del problema, creo que debemos rescatarlo del discurso médico que siempre tiende a focalizarlo en el paciente que está tratando.

Ambos comparten las emociones, los miedos y las incertidumbres aunque los enfrentan con diferentes modalidades, propias de las diferencias de sus sexos, cada uno con sus bagajes históricos y sus personalidades.

Si el hecho de aceptar no poder tener hijos naturalmente es un proceso doloroso, más aún lo será la propuesta médica de recurrir a gametas donadas.

Existe un procesamiento psicológico muy complejo con reacciones y fluctuaciones emocionales muy diversas acompañadas de alto grado de sufrimiento en la pareja.

Si bien es cierto que esta manera de formar una familia es la solución para muchas parejas, también los hace replantear su deseo de ser padres, o sea, en ocasiones la decisión de optar por gametas donadas los hace pensar por la pérdida del aporte genético y la repercusión que sobre ellos tiene, las creencias sobre la o él donante, si le revelaran o no la verdad al niño, si se lo comunicaran a su entorno, entre otras. Como vemos, los procedimientos con donación de gametos, también presentan una gama de complejidades que nada tiene que ver con los aspectos médicos para quienes las realizan.

### **3. Secreto-apertura en la reproducción asistida con gametas donadas.**

Los médicos, actuando como mediadores entre los donantes y los pacientes receptores de gametos, están limitados por el principio de confidencialidad y generalmente favorecen el secreto.

Cuando las parejas receptoras consultan a sus médicos sobre si les dicen o no la verdad de su origen a sus niños reciben como respuestas un rotundo, no y también se les aconseja no comentar a sus allegados sobre el procedimiento. De ésta manera se acepta el secreto de la identidad del donante, al menos inicialmente. Lo que resulta en estos niños es ser ignorados, no solo en su concepción sino también de su origen genético, a menos que sus padres decidan compartir la información acerca de cómo ellos vinieron al mundo.

Pero sea cual sea la intención no debemos olvidar, que el secreto dentro de una familia es perjudicial, tanto física como emocionalmente.

En la era de la genética, las implicancias médicas del secreto y del anonimato del donante pueden conducir a diferentes problemas, por ejemplo: la imposibilidad de obtener información, tal vez para salvar su vida, cuando una enfermedad hereditaria se presenta, especialmente en enfermedades ligadas a genes recesivos, entre otros.

Desde el punto de vista psicológico, los secretos afectan la relación de la pareja y la de ellos con sus hijos. Se puede observar como en ambas relaciones se obstruye la comunicación, se mella la confianza, crean miedos, ansiedades y tensión sobre la posibilidad de una revelación no anticipada.

#### **4. ¿Por qué determinadas personas optan por el secreto y otras por la apertura?**

Dentro de los principales motivos dados por los que optan por el secreto encontramos:

- Necesidad de ocultar la esterilidad
- Miedo a provocar problemas psicológicos o de identidad al niño.

- Miedo a que el niño no quiera al miembro de la pareja que no aportó el gameto.
- Miedo acerca de la respuesta del niño.
- Miedo a que la familia y los amigos rechacen su elección.
- Miedo a que el entorno dañe, rechace o discrimine al niño.
- Lo consideran innecesario.

Además quienes están a favor de la privacidad (secreto) argumentan que:

- La donación de semen se ha utilizado durante décadas y la posición adoptada fue la privacidad. Esas familias parecen haberse adaptado exitosamente a la situación.
- Todas las familias tienen secretos; muchas veces los padres se ven obligados a ocultar cosas a sus hijos, y si los secretos fueran letales, estaríamos todos mal.
- Los niños no sentirán nada diferente si son criados con amor sobre todo si los padres no tienen conflictos con el hecho de haber usado gametos donados.
- Los datos médicos de el/la donante (cuando están disponibles a los receptores) pueden ser incorporados a la historia médica del niño y de la familia, asegurando información médica precisa.

Desde una perspectiva opuesta a la anterior, están los padres que optan por la apertura.

Siendo los motivos esgrimidos, entre otros:

- Esconderlo sería aceptar que la donación de gametos es vergonzante.
- Reforzaría el estigma asociado con la infertilidad y la donación de gametos.
- El secreto es potencialmente dañino para la relación padre/ madre - hijo.
- El hijo tiene derecho a saberlo.
- El deseo de privacidad de los padres debería no anteponerse a las necesidades del hijo.
- Deseo de ser honestos con su hijo.

Estas personas argumentan que:

- Todas las personas tienen derecho a conocer la verdad acerca de su origen genético.
- Los secretos tienen efectos perniciosos tanto en el funcionamiento familiar como en el niño.
- La experiencia en adopción ha demostrado los efectos adversos del secreto sobre el origen.
- A través de señales sutiles el niño percibirá que hay algo diferente respecto de él. Esto afectará su identidad y sus relaciones familiares.
- Los datos médicos de la/el donante son importantes pues: 1° el secreto limita la información recibida por los padres, y posteriormente, aquella con la que cuente la persona concebida mediante donación de gametos, y 2° puede cometerse el error de reemplazar los datos médicos del donante por los datos del padre/ madre de crianza.<sup>40</sup>

Dentro de la literatura psicológica de adopción y donación de gametos, varios autores sostienen lo beneficioso de la apertura hacia el niño, desde el principio, como la mejor manera de construir un vínculo saludable y seguro en las relaciones familiares.<sup>41</sup>

Otros autores sostienen que no se ha demostrado lo perjudicial del no dar información de este tema al niño.<sup>42</sup>

¿Qué ha pasado con aquellas personas nacidas por donación de semen que se enteraron inusualmente de sus orígenes? Lo hicieron luego de un desacuerdo familiar, divorcio o por un padre sustituto. Algunos por iniciativa de los padres cuando el padre social contrajo una enfermedad hereditaria severa o murió.

Otros porque ellos mismos preguntaron cuando algo en las relaciones familiares les llamaba la atención (generalmente sentían al padre distante).

Las reacciones de todos se podrían resumir en: rabia; resentimiento por las mentiras y el engaño; pérdida del sentido de sí mismos y de su identidad; deseaban haberlo sabido antes; querían tener información del donante; rabia y frustración de que

el sistema fue montado intencionalmente para engañarlos y hacerles imposible el saberlo nunca. <sup>43</sup>

## **5. Vivenciando la incertidumbre.**

En la manera en que la pareja receptora de óvulos o espermatozoides maneje el proceso de donación, va a influir positiva o negativamente la experiencia de la paternidad. Está comprobado que si la decisión de recurrir a la donación de gametos es tomada con seguridad por los padres, los problemas que tendrán con sus hijos serán los mismos que pueden tener otros padres.

Las parejas suelen tener expectativas con respecto al futuro y estas se transforman en miedos que se materializan en forma de pensamientos que a modo de ejemplo citaremos los más frecuentes:

- Mi pareja no aceptará a nuestro hijo como propio y lo abandonará en un futuro...
- Le tengo que contar a mi hijo acerca de su origen genético? A qué edad? De qué manera?
- Lo tienen que saber mis familiares y amigos?
- La gente se va a dar cuenta de que no somos parecidos y van a hacer comentarios...
- Mi hijo no va a parecerse a mí (física e intelectualmente)...
- Mi hijo me rechazará...
- Lo sentiré como propio? <sup>44</sup>

## **6. ¿Lo cuento o no lo cuento?**

Esta es una de las grandes preguntas que los pacientes se hacen. En ProMamás, creemos que la apertura de las familias a contarle al niño con naturalidad la manera en cómo ha sido concebido, es fundamental a la hora de construir un vínculo sano. ¿Por qué?

-Porque todos los niños tienen derecho a conocer su origen genético, cualquiera sea...

-Porque quienes mejor pueden decírselo son sus propios padres. Enterarse por terceros suele ser devastador, no por enterarse de tener un origen genético distinto de ellos, sino porque al mismo tiempo se enteran de la mentira, y de que otros sabían algo tan importante y ellos no.

-Porque los secretos derivan en mentiras, y las mentiras generan malestar y enojo.

-Porque la honestidad construye relaciones familiares sanas.

-Porque comenzar cuando el niño es pequeño facilita las cosas y evita que el niño se entere de una manera estresante o traumática.

-Porque en caso de enfermedad, se puede brindar a los médicos una historia médica confiable, que permitirá un mejor diagnóstico y tratamiento.

-Porque conocer el origen genético no causa que el niño rechace a sus padres.

-Porque el ocultar el origen genético no implica que los niños no perciban algo. El secreto, lejos de ser una manera de proteger, mella la confianza y la honestidad en la familia, causando un daño psicológico.<sup>45</sup>

## **7. El papel del deseo...**

El recorrido suele ser largo, y las parejas llegan a esta decisión luego de haber asumido muchas pérdidas, sobre todo la pérdida de la conexión genética, y de haber resignado muchos deseos (el de concebir hijos de manera natural, el de tener hijos a una determinada edad, el de tener hijos biológicos con gametos propios, etc.).

Hace poco, una paciente me preguntó: ¿Qué es tener un gran deseo de ser madre? Yo le respondí que estaba preguntando algo muy difícil de contestar, porque el deseo es algo muy personal...

La paternidad/ maternidad es, entre otras cosas, el deseo de dar amor, de cuidar, de adquirir responsabilidades, de compartir un proyecto, de educar, de trascender, de ampliar la familia que ya forma esa pareja...

El niño nace gracias a ese deseo. En ese deseo está el origen de ese bebé... El



donante sólo aporta un gameto. Esa célula se convertirá en persona si y sólo si la pareja desea a ese hijo.

Más que el parentesco biológico, lo que determina la salud psicológica de un niño es la sensibilidad y capacidad de respuesta de los padres. En otras palabras, es la calidad de la relación del niño con los padres sociales que lo educan, los que conoce como Papá y Mamá, lo que más importa.”<sup>46</sup>

En un estudio realizado en la Universidad de Londres por la Dra. Susan Golombok y su equipo de psicólogos, se compararon 41 familias con un hijo concebido por FIV y 45 con un hijo concebido con donación, con dos grupos control de familias (43 con un hijo concebido naturalmente y 55 con un hijo adoptado en la primera infancia). Los niños tenían edades comprendidas entre 4 y 8 años, había más o menos el mismo número de niños y niñas en cada grupo y las familias eran lo más parecidas posibles en cuanto a edad de los padres, número de hijos en la familia y clase social.

Los resultados de la comparación indicaron que la calidad del cuidado parental en las familias con un hijo concebido por reproducción asistida, incluso cuando se había utilizado donación, era superior a la mostrada por familias con un hijo concebido naturalmente. Lo que sugiere que lo más importante para el buen funcionamiento de una familia es un deseo intenso de ser padre o madre.

La carga genética que tiene un ser humano no determina sus gustos, sus formas de pensar, de sentir, de actuar y de amar. Estas características, que son las que finalmente constituyen a un ser humano, sólo se obtienen con la interacción paterno-filial, con la transmisión de valores y con la educación que le demos a nuestros hijos.

En una relación afectiva lo mejor es no tener secretos, por lo que nuestra sugerencia es contarle al niño el motivo de su origen. Actualmente, la investigación científica en este campo sugiere no mantener en secreto la donación de gametos.

Debemos tener en cuenta que el hecho de ocultar información crea una distancia entre quien no sabe y quien no quiere contar y que adoptar una postura de sinceridad con el niño favorecerá la relación padres-hijos. Hemos de tener presente que el amor, el cuidado, los valores y las costumbres no se transmiten genéticamente.

Las técnicas de reproducción asistida y la donación de gametas no están solamente relacionadas con la fertilidad sino también con la posibilidad de formar una familia. “La investigación científica demuestra resultados positivos acerca del bienestar físico y emocional de estos niños así como las buenas relaciones sociales y familiares excepto en los casos en los que el procedimiento se mantiene en secreto para el niño.”

Durante muchos años se pensó que los padres debían informarle al hijo como había sido concebido; actualmente se piensa que al contarle al niño los padres hablen de cómo ellos decidieron formar su familia incluyendo al hijo en su definición, así se referirán a la donación como el medio que les permitió sortear sus obstáculos para lograr un embarazo.<sup>47</sup>

No debemos olvidar que el anonimato permite mantener el secreto de la familia y enmascarar la infertilidad de la pareja y por lo tanto muchas de ellas mantienen una cultura del secreto que implica que el que tiene un secreto ostenta un poder sobre otros, que obstaculiza el desarrollo psíquico normal en un niño e influye en patologías futuras, que inhibe la posibilidad de evaluar el impacto emocional y su repercusión, que requiere de una gran carga emocional y un desgaste de energía psíquica por largo tiempo.<sup>48</sup>

Al referirse a la apertura de la información sostiene que todo ser humano tiene derecho a saber la verdad sobre su origen para construir su identidad, implica asumir la realidad que les toca vivir y que todo vínculo debe basarse en la confianza, afecto y transparencia. Lo que genera una patología es la negación, el no reconocimiento de una historia y el vacío de la palabra.

Tanto el secreto como la apertura de información son elecciones difíciles y repercuten sobre la pareja y el niño; y cada pareja hará su elección particular sin desconocer las implicancias y repercusiones de cada una de ellas.

Poder armar una historia que tenga pasado, presente y futuro y no olvidarla y negarla, son los cimientos para una construcción saludable que permita el crecimiento, desarrollo y autonomía del nuevo ser.<sup>49</sup> Si bien la conducta de los responsables de los tratamientos médicos con gametas donadas era desde sus comienzos a favor del anonimato entre donantes y receptores, reforzando la confidencialidad y privacidad entre ellos, fue solamente por preservar la identidad de los donantes por temor a que estos dejaran de donar y que los bancos quedaran sin material para sus intervenciones.<sup>50</sup>

Actualmente, si bien muchos de los profesionales médicos siguen sosteniendo el anonimato, muchos de ellos han variado su postura.<sup>51</sup> Desde el punto de vista de los profesionales de la salud mental proponen un cambio con respecto de la apertura y su opuesto, la retención de la información. La intención es considerar el bienestar de la familia en su conjunto y prevenir efectos indeseables a largo plazo en el desarrollo del niño. El trabajo se centra en cómo toman estas parejas la decisión de revelarles el origen a sus hijos, cuales son los contextos adecuados, a que edad y como deben hacerlo, diferentes edades y momentos evolutivos de los niños, como resolver el problema del anonimato de los donantes.<sup>52</sup> Además de existir bibliografía disponible de diversos autores expertos en el tema que ayudan a los padres en este proceso y libros de cuentos para niños pequeños que explican los distintos tipos de familia que hay en la actualidad y como se conforman desde lo biológico y social.

Las técnicas de fertilidad asistida, como la donación de esperma y la ovodonación, se han vuelto más frecuentes en los últimos años y nos encontramos en un momento de transición. Educar a la sociedad y trabajar sobre las mejores maneras de concientizar acerca de la importancia del entorno en donde un niño crece, poniendo

énfasis en su crianza y no en la forma de concepción, es el camino que los responsables han de seguir para lograr mejoras y avances en materia de calidad de vida.

## **8. CONCLUSIONES.**

Los avances en las tecnologías de la reproducción asistida han dado lugar a la existencia de familias que en épocas anteriores hubiera sido inconcebibles.

La creación de estos nuevos tipos de familias ha suscitado interrogantes importantes respecto a las consecuencias psicológicas, sociales y legales para los padres y los niños involucrados.

Es un hecho establecido que los niños que tienen lazos afectivos sólidos con sus padres tienen mejor autoestima, son más sociables y presentan un riesgo menor de sufrir problemas emocionales a medida que crecen y que esto depende de la calidad de la interacción del vínculo entre padre/madre-hijo y que más que el parentesco biológico, lo que determina la salud psíquica de un niño, es la calidad de la relación del mismo con sus padres.

Así como, el anonimato de los donantes, el secreto sobre el origen del niño, puede minar las relaciones familiares, separando los que saben (los padres) de los que no saben (el niño).

A veces cuando los padres toman la decisión de mantener el secreto, basan sus argumentos en los cuidados y la protección del niño. Sin embargo no tienen en cuenta que están cubriendo con una mentira para sustituir sus propias carencias, para negar lo inadmisiblemente que les resulta la dificultad biológica de engendrar.

Por lo anteriormente expuesto concluimos que siempre se respeta el mejor interés del niño y que éste debe ser supremo, dogma fundamental de las leyes de familia occidentales, el derecho a la autonomía de sus padres queda en segundo plano.

## **Capítulo IV**

### **Así fue como llegaste**

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Diferencias con la adopción. 3. Identidad personal. 4. La importancia de saber. Derecho a la verdad biológica. Interés superior del niño. Derecho a la identidad. 5. Antecedentes y marco normativo. 6. La existencia de los diferentes sistemas en cuanto a la donación. 7. Como y cuando hablar con el niño. 8. Conclusiones.



## **1. Introducción.**

Una temática fundamental que involucra el uso de las técnicas de procreación humana asistida heteróloga se refiere al anonimato o no de los donantes que aportan el material genético utilizado.

En las técnicas de reproducción asistida heteróloga, se produce una disociación entre el elemento genético y el elemento volitivo. El donante de una de las gametas es un tercero, pero ese tercero no tiene la intención de crear un vínculo filial con el niño que nazca, sino solamente de aportar uno de los elementos sea óvulo o espermatozoide. El donante carece de voluntad procreacional.

Este acto de donación no es tampoco idóneo en si mismo para el nacimiento de una persona, pues faltan otros elementos, sin los cuales una persona no puede llegar a existir. De manera que, de ninguna forma, el tercero está haciendo entrega de una persona, sino solo de material genético.

La regulación en este tema es fundamental, ya que tiene incidencia sobre los derechos de todas las partes involucradas en el tratamiento, en especial, el derecho a la identidad de los niños nacidos a través de estas técnicas.

Una de las cuestiones centrales es si esos niños o niñas tienen un derecho a conocer sus orígenes, como ya está reconocido en el campo de la filiación adoptiva. Cuestión ésta que no solo involucra el derecho a la identidad, sino que también se relaciona íntimamente con el derecho a la salud, por cuanto la historia médica de los antepasados de una persona es relevante para su desarrollo, máxime si en un futuro el niño padece alguna enfermedad donde el donante podría tener un papel relevante para salvarle la vida.

Cada familia es libre de elegir una postura acerca de esta situación: contarle al niño desde pequeño, esperar a que sea mayor o no revelárselo nunca. Esta es una decisión propia de cada familia y no hay una opción buena o mala: depende del contexto de la familia, la aceptación del entorno social y cultural y de la propia aceptación de los pacientes frente a esta técnica de reproducción asistida que les ha permitido tener un hijo.

Se supone que el efecto psicológico es menor que en un caso de adopción, ya que no hay aquí un rechazo o una pérdida de sus progenitores, sino que viene de la generosidad de un donante para ayudar a sus padres a concebir un hijo. Este niño nunca ha tenido otros parientes u otra historia previa y por tanto pesan menos las dudas acerca de su origen. Es cierto que genéticamente, hay una diferencia, una incógnita una parte de misterio.

Hoy en día hay libros de cuentos que intentan ayudar a los padres a contarles a los sus niños desde una temprana edad, la donación de oocitos y esperma para que puedan éstos entender por qué sus padres necesitaron ayuda para concebirlos.

En nuestros días, la información para explicar la donación de ovocitos y esperma está bastante desarrollada; se han perdido tabúes y prejuicios a cerca del tema y esto facilita la comunicación con la familia y los hijos. De hecho, todas las técnicas de reproducción humana asistida permiten hoy a numerosas familias ser felices.

## **2. Diferencias con la adopción.**

Las técnicas de reproducción humana asistida y el instituto de la adopción se asemejan porque en los dos el vinculo se determina por el elemento volitivo, pero se diferencian porque en las primeras esa voluntad debe ser expresada previamente a la gestación, a través del consentimiento libre e informado requeridos. En la adopción en cambio, la voluntad se presta respecto de una persona ya nacida. Dicho de otra manera, mientras en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida el niño



nace y existe como consecuencia de esa voluntad, en la adopción la voluntad se expresa y el vínculo surge con posterioridad al nacimiento de la criatura.

La adopción fue incorporada al ordenamiento jurídico hace ya muchos años. Justamente fue en el marco de la adopción en la que el derecho a conocer los orígenes ha tenido un gran desarrollo, ya que aquí se produce una separación entre el vínculo creado entre el niño y los adoptantes y el derecho a conocer los orígenes que lo unen a su familia biológica.

En la adopción existe un vínculo biológico anterior entre el adoptado y su familia de origen; el niño pudo haber tenido una historia previa más o menos larga con su familia de origen, pudo haber vivido algunos años con sus padres biológicos o algún familiar, haber tenido hermanos con quien mantiene un lazo afectivo, varias pudieron haber sido las causas para que la adopción haya sido la mejor opción para ese chico, y el vínculo con los adoptantes surge con posterioridad.

En la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, no se da esta “historia” previa, el vínculo con los padres surge en el momento en que se da comienzo a una nueva vida. El vínculo en la adopción es más firme, más profundo, carga con un plus que no está presente cuando se trata de reproducción asistida con donante anónimo, que solo se desprende de su material genético.

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 (quienes son los padres) y la dinámica (historia de ese niño); en definitiva son los orígenes biológicos (bio-vida); en la segunda, en cambio, afecta solo la identidad estática y está circunscripta a un solo dato, el genético; por eso, con mayor precisión se habla del “derecho a la información”.

La doctrina y la legislación comparada hablan de información no identificatoria, es decir, aquella que permite conocer simples datos genéticos sobre el donante, y la

información identificatoria, que permite conocer el nombre y apellido del donante; de cualquier modo, esta identificación no lleva al derecho a establecer vínculos de filiación; estas técnicas no generan vínculo jurídico con el donante porque los niños que nacen de técnicas de reproducción asistida ya tienen un vínculo jurídico: el que une al niño con quienes prestaron la correspondiente voluntad procreacional.<sup>53</sup>

Mientras en la filiación por adopción se trata de conocer el origen biológico (bio-vida), en la filiación derivada de la reproducción asistida el derecho a conocer refiere al origen genérico, esto es, a los datos del dador del material genético.

El niño nacido mediante técnicas de reproducción asistida no debería ser privado del derecho de conocer su origen genético, y debiera tener la posibilidad de acceder a esa información que de alguna manera se vincula con su persona, su dignidad, su identidad, además no debería ser discriminado respecto de otros niños que no han nacido por estas técnicas.

El vínculo genético entre los padres y el niño falta en la adopción. Esta situación no se presenta siempre en la filiación derivada por técnicas de reproducción asistida a las que se recurren, justamente, para tener el hijo genéticamente propio, al menos uno de los dos que recurre a estas técnicas, o el que recurre si es una mujer sola, está o puede estar genéticamente vinculado con el niño que nace por efecto de la práctica médica. Las personas que tienen el deseo de ser padres no tienen la obligación moral de pensar en la adopción como una primera opción; en cualquier caso, es una decisión libre de cada pareja. Además, cabe recordar las innumerables complicaciones que padecen para adoptar incluso aquellas parejas que cumplen con las expectativas sociales, como estar casados o en pareja estable, encontrarse en condiciones económicas, sociales y ambientales buenas, entre otras, lo que los lleva a optar también por las técnicas de reproducción humana asistida como opción para formar una familia.

### **3. Identidad personal.**

La identidad personal ha sido caracterizada como el derecho de cada uno a ser uno mismo, de distinguirse y de ser distinto, sobre la base de sus propios atributos y cualidades personales. Configura un derecho personalísimo. La identidad personal, en suma, “es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro.”<sup>54</sup>

La identidad tiene una doble faz: una faz estática que abarcaría por un lado todo lo que hace a la realidad biológica de la persona, diríamos, su identidad filiatoria o genética. Pero a su vez, también comprende los caracteres físicos de la persona y sus atributos: como el nombre, la fecha de nacimiento, la voz, la propia imagen, las huellas digitales, o sea, todo lo que corresponde a sus rasgos externos, por lo que también se la denomina faz física.

La faz dinámica de la identidad personal, que es la que se proyecta socialmente, es la que está en constante movimiento y tiene una clara connotación cultural por abarcar un conjunto de creencias, pensamientos, ideologías, opiniones y acciones del sujeto. Es la perspectiva histórico-existencial de la persona y de allí que se la denomine identidad espiritual.

De allí que en el desarrollo de la personalidad que luego habrá de manifestarse no es indiferente que la relación parental esté constituida a partir de lazos de sangre, de la adopción, o bien fruto del aporte de gametos a partir de la donación. Por tanto, en la tutela de las raíces de la persona no solo exhibe el perfil estático (el parentesco) sino que comprende también el dinámico, constituido por las proyecciones que una realidad biológica determinada genera en el plano íntimo.

La identidad en definitiva, abarca un proceso de pleno dinamismo, una evolución continua que tiene origen en la concepción misma del ser humano. Todo el desarrollo, tanto físico, moral, intelectual, psicológico, cultural, social, espiritual, forma parte de las alternativas en que está comprometido el proyecto individual de cada uno.

#### **4. La importancia de saber. Derecho a la verdad biológica. Interés superior del niño. Derecho a la identidad.**

El dato biológico –identidad estática- de la persona se completa con connotaciones adquiridas por éste como ser social –identidad dinámica- es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho en su doble aspecto.

El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad, y en caso de contraposición entre ambos derechos el primero debe prevalecer. Sostenemos la vacuidad de acudir al argumento de la intimidad familiar: engendrar un hijo es una acción privada autorreferente solo en cuanto a la decisión procreativa originaria.<sup>55</sup>

De ahí en más, una vez concebido el hijo, ninguna intimidad o privacidad, ni del padre, ni de la madre, ni de ambos de común acuerdo, puede alegarse para frustrar los derechos del hijo. Y entre sus derechos, con rango constitucional se halla el de conocer su verdad biológica. Más allá de lo jurídico, de lo legal, de lo biológico y de lo correcto, el único perjudicado por el ocultamiento de la verdad es el niño.

También el derecho a la identidad, la protección del interés superior del niño y el principio de la verdad biológica del derecho de filiación, abonan la tesis de que el niño que ha nacido como resultado de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida con aporte de gametos ya sean masculinos o femeninos, tiene la derecho de conocer al menos los datos de quienes han sido sus progenitores genéticos.

Nuevamente el interés que pudiera existir en el aportante de gametos en mantener su anonimato o el de los padres del niño de que no se altere la estabilidad de la relación con su hijo, no pueden pesar más, que el derecho a la identidad de la persona así concebida.

A la luz de los derechos humanos, el derecho a la identidad lo tiene todo ser humano como algo inherente a su propia condición, por tratarse de un sujeto único, irrepetible e histórico. Porque el derecho a la identidad es el más próximo a los derechos con respecto del derecho a la vida.

El derecho a la identidad, articula el derecho a la libertad, al respeto a la integridad física, psíquica y moral de las personas, a la seguridad social, a tener un nombre, a la protección de la familia y al derecho a la verdad. Por todo esto, el derecho a la identidad está ligado al núcleo esencial de lo que son los derechos humanos: el respeto a la dignidad de todas las personas, ¿Cómo podría respetarse la vida digna si no se respeta su identidad?.<sup>56</sup>

Pareciera que no hay desacuerdo en que cuando aparece un conflicto donde se vea implicado un menor de edad o niños, el interés de estos debe ser considerado con particular relevancia.

## **5. Antecedentes y marco normativo.**

El auge de la implementación de las técnicas de reproducción humana asistida en la sociedad moderna, a través, de distintos procedimientos biomédicos, con el fin de superar la esterilidad tanto masculina como femenina, o cualquier otra deficiencia que impida la concepción, ha dejado en evidencia la necesidad de avanzar hacia la adopción de un marco jurídico amplio, destinado a regular las relaciones entre los diferentes derechos fundamentales de rango constitucional.

Hay que observar las tensiones que, como consecuencia del uso de estos métodos científicos, han nacido entre el derecho a la identidad del niño, concebido mediante fecundación asistida heteróloga, concretado en la facultad de saber y conocer su origen, y el derecho a la autonomía del donante del material genético, en la garantía de su anonimato a ese fin y la imposibilidad posterior de adjudicarle derechos y obligaciones propios del derecho de familia.

Frente a la ausencia de un marco normativo especial, corresponde proponer una solución a la determinación del vínculo cuando media material genético de dador/a y agregando respecto de la fecundación heteróloga que siendo conscientes que estas últimas están presentes en nuestra realidad social, debemos establecer como determinar un vínculo filial siguiendo un criterio justo.<sup>57</sup>

La Convención sobre los Derechos del Niño (nota 8), ratificada por la República Argentina a través de la ley 23849, afirma en su artículo 7 que “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 de conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.” El punto dos del mismo artículo prescribe que: “Los estados parte velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”. Esto importa la garantía de recepción en nuestro derecho interno del derecho a la identidad, entre otros previstos en la convención.

Su artículo 8 prescribe que “1. 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”; y siempre que: “2. Cuando el niño sea privado ilegalmente de algunos 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.”

Dichas normas gozan de jerarquía constitucional luego de la reforma de nuestra carta magna en el año 1994, merced de lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22 de la misma.

En todo lo relativo al derecho a la identidad para nosotros los argentinos es un tema muy sensible dado el contexto nacional vivido entre los años 1976 a 1983 período

de vigencia de la última dictadura militar. Entre los crímenes más aberrantes perpetrados por el terrorismo de estado imperante en ese momento se encontraba la sustracción de niños nacidos en cautiverio en centros de detención, los que eran separados de sus madres en los primeros momentos de sus vidas, para darlos a familias adoptivas.

Difícilmente se pueda imaginar un atentado mayor al derecho a la identidad que el ocultamiento a estos, hoy jóvenes, de su realidad biológica y social de sus antecesores.

## **6. La existencia de los diferentes sistemas en cuanto a la donación.**

Actualmente existen tres tipos de sistemas: 1) Sistema abierto: es aquel donde los donantes y receptores se conocen o se encuentran y el futuro niño no solo tiene la posibilidad de acceder a los registros identificatorios cuando llegue a la mayoría de edad, sino que también tiene la posibilidad de conocer a la persona que dono la gameta. 2) Sistema semiabierto: es el que a través del mismo, los donantes son anónimos, pero se otorga información no identificatoria al hijo a los 18 años. 3) Sistema cerrado: Sistema que fue utilizado desde los orígenes de estos tratamientos y sigue teniendo muchos adeptos al día de hoy.

En la actualidad y por el momento, también tiene vigencia el anonimato recíproco, esto es, ni el donante sabe a quién dona y el receptor/a tampoco conoce de quien recibe las gametas.

En cuanto a la donación de gametos, la practica medica en Argentina está a favor del anonimato de los donantes, refuerza la confidencialidad y privacidad de los pacientes, y considera que la información al niño es responsabilidad de los padres.

La práctica psicológica actual, tiene una vista más amplia y propone un cambio de foco en cuanto a la donación de gametas respecto de la apertura y revelación de la identidad al niño.

## **7. Cómo y cuándo hablar con el niño.**

Lo ideal es que el relato sobre los orígenes acompañe la vida familiar desde el embarazo mismo. Si se habla naturalmente desde el comienzo de la búsqueda del niño, de los momentos del embarazo, del tratamiento o de la donación de gametas, se puede ir cambiando el relato y reajustando con el paso del tiempo en función del desarrollo del niño y de su capacidad para comprender.

Esto, por diferentes motivos, no siempre se da así, y ocurre que muchos padres toman la tarea de hablar con el niño cuando ya no es tan bebé.

Citando a una la reconocida Psicóloga la Dra. Urdapilleta “La historia será contada muchas veces”, es decir, no se trata de contar sino de un proceso continuo de diálogo, donde nosotros explicamos a nuestros hijos como fueron concebidos, escuchamos sus inquietudes y respondemos sus preguntas.

Es fundamental comprender que no hay recetas: cada familia deberá encontrar la mejor forma para ellos de contar la verdad, los niños son muy sensibles para captar inconsistencias o mensajes falsos, si nosotros no estamos cómodos y seguros con lo que vamos a decir mejor pensarlo otra vez y buscar una nueva forma. Recuerden que siempre es más fácil empezar por el amor, el deseo de tenerlos, lo mucho que los buscamos y lo felices que estamos de estar juntos.

La forma de hacerlo es a la más temprana edad posible, muchos lo hacen desde que son bebés, cuando los abrazan o los acarician, transmitiéndoles todo su amor y el deseo enorme que los ayudo a recorrer el camino hasta lograr el embarazo, gracias a la donación.

Más adelante, cerca de los 3 años es frecuente que los niños pregunten de donde vienen los bebés, esa pregunta incluye el deseo de saber cómo nacieron ellos, es el momento de hablar de “las semillitas/células de hombre y una mujer” necesarias para formar un embrión, “la panza de la mamá” donde los bebés crecen y la forma en que



nacen. Toda esta información puede ser acompañada por fotos, recuerdos y anécdotas de su propio embarazo y nacimiento. Al hablar de las semillitas o células, es el momento de mencionar que una de esas células tenía un problema y que gracias a que otra persona (el o la donante, no olvidarse de mencionar y usar la palabra donante) nos dio la célula que necesitábamos, papá y mamá pudieron formar el embrión que creció en la panza para transformarse en el, nuestro hijo.

El lenguaje debe ser simple, el tiempo corto ya que su capacidad de atención es breve, los ejemplos lo más concreto que podamos.

Cuando los menores crecen, entre los cinco y siete años es el mejor momento para usar los libritos específicos para este tema ya que los niños disfrutan los cuentos y el momento de leer con papá o mamá.

Al acercarse la pubertad entre los ocho y los diez años de algún modo y en algún momento los niños empiezan a recibir información sobre la sexualidad (no ya la reproducción). Es un momento para estar atentos y acompañarlos, hablando de estos temas con claridad y mostrándonos disponibles para el dialogo. Es posible volver a hablar sobre la donación, ahora desde una perspectiva diferente.

La pubertad y la adolescencia no son los mejores momentos para hablar por primera vez, tampoco para que el adulto traiga el tema sino que es conveniente esperar y escuchar lo que dicen los chicos. Es el momento del desarrollo de la autonomía y generalmente es un periodo complejo, con actitudes de rebeldía y crítica a los padres. Por lo tanto muchas cosas que hemos hecho o hacemos (entre ellas la donación) podrán ser motivo de crítica y discusión. Una actitud firme y serena es lo que más ayuda. <sup>58</sup>

## **8. Conclusiones.**

El derecho al origen y el derecho a la verdad forman parte del derecho a la identidad y afirmamos que ambos derechos son elementos suficientes para que la

persona pueda construir su historia, sin necesidad de que la misma acceda al nombre del ocasional donante.

No hay historia anterior relevante a la entrega o dación de un gameto, que se constituya como dato fundamental en la identidad del nacido mediante de técnicas de reproducción humana asistida. No hay por parte del dador un deseo, ni un historia de amor ni de abandono, no hay voluntad de ser padre. Padre es aquel quien cumple la función y es reconocido como tal. Solo hay una donación de material genético.

El único camino que nos daría armas legales para proteger los derechos de los niños, de los donantes y de los padres es el de igualar los derechos de los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida heterólogas con los derechos de los niños adoptados a conocer su identidad genética.

## Capítulo V

### Derecho comparado

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Países que han eliminado la figura del anonimato del donante consagrando plenamente el derecho a conocer el propio origen genético. 3. Países que mantienen y conservan la figura del anonimato, adoptando una solución prohibitiva. 4. Países que prevén el sistema de la doble ventanilla que permite optar entre la donación anónima o no anónima. 5. Países que prevén el anonimato como principio pero con la posibilidad de conocer la identidad del donante en determinadas circunstancias. Anonimato relativo. 6. Conclusiones.

## **1. Introducción.**

En la legislación comparada hay diversas formas de regular esta materia. En los dos extremos encontramos aquellas que privilegian completamente la identidad del donante, y por otro lado, aquellas que aseguran el derecho de los niños a conocer sus orígenes.

No debe ser anónima: Esta posición es adoptada, entre otras, por las normas del Reino Unido, Holanda, Australia, Nueva Zelanda, Finlandia, Noruega, Suecia, se privilegia el derecho del niño a conocer sus orígenes.

Doble ventanilla: Este sistema que adoptan las legislaciones de Bulgaria, Bélgica e Islandia permite que la elección sea llevada adelante por los donantes o receptores, es decir, que la decisión escapa al niño y es tomada por los padres previo a su nacimiento.

Anonimato relativo: Esta posición intermedia que permite conocer la identidad del donante en determinadas circunstancias. En este sentido se inclinan las legislaciones de Portugal y Brasil. Las directivas del Consejo de Medicina de Brasil de 2010, por ejemplo, admiten la donación anónima, pudiendo ella ser revelada solo en situaciones graves de peligro a la salud para ser proporcionada en forma única y exclusiva a los profesionales del sistema de salud.

Mantienen el anonimato del donante: Las legislaciones de Francia, Dinamarca y Rusia, por citar algunas.

## **2. Países que han eliminado la figura del anonimato del donante consagrando plenamente el derecho a conocer el propio origen genético.**

Alemania: Ley alemana de protección embrionaria (*Embryonen-schutzgesetz*), prohíbe la donación de óvulos, aunque nada dice respecto de la donación de semen. En cuanto al derecho a conocer el origen, dice que todo ser humano tiene derecho a la información necesaria para la identificación del padre genético, es decir, el donante de esperma, a la edad de dieciocho años.

Australia: En 1995 el Estado de Victoria en Australia decidió que las informaciones nominativas del donante pudiesen ser comunicadas cuando el niño alcanzara la mayoría de edad.

Austria: La ley de medicina reproductiva (*Fortpflanzungs-medizingesetz*), no autoriza la donación de ovocitos ni embriones, y solo permite el uso de gametos de las parejas sometidas a las técnicas de reproducción asistida (art. 3.1), salvo que el hombre sea estéril (art. 3.2). En este caso, se autoriza la donación de semen pero solo para ser utilizado mediante inseminación artificial (no fecundación in vitro). En los casos en que se permite donación de semen –esterilidad y solo para inseminación- se permite a los hijos obtener los datos identificativos del donante del esperma que hizo posible su nacimiento. El nacido de gametos donados tiene derecho a indagar sobre la identidad de su progenitor genético a partir de los catorce años. Además, conforme al art. 20.2 de la ley federal sobre reproducción asistida, en casos médicos excepcionales, el guardador o representante del niño también puede acceder a esta información.

Finlandia: Ley del 15 de octubre de 2006 (1237/2006). La autoridad nacional de asuntos médicos legales mantendrá un registro de las donaciones de gametos (semen y óvulos) o embriones que se hayan efectuado para tratamientos de fertilización asistida. Se permite al niño conocer la identidad de su donante una vez alcanzada la mayoría de edad. Toda persona nacida mediante una donación de gametos o embriones, al cumplir la edad de dieciocho años, tiene derecho a obtener del proveedor de servicios una copia

del consentimiento para el tratamiento y el código del donante que figura en ella, pudiendo así conocer la identidad del donante.

Noruega: Ley noruega sobre el uso médico de la biotecnología. Solo se autoriza la donación de esperma. A partir de los dieciocho años, se puede obtener información relativa al donante de esperma, siendo asistido para ello por un registro de donantes, creado por el departamento de salud.

Nueva Zelanda: Desde 2004 ya no hay anonimato de donantes de gametos. Además, se creó un registro para el establecimiento voluntario de contactos entre donantes, receptores e hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida a fin de responder, en la medida de lo posible, a las demandas de información relativas a los casos de donaciones previstas en la ley.

Países Bajos: Después de quince años de debates, las donaciones ya no son anónimas desde junio de 2004: al adoptar en 2002 una ley sobre las informaciones relativas a los donantes de gametos, este país ha abandonado finalmente el sistema de la “doble ventanilla”, que permitía a los donantes la posibilidad de develar o no su identidad. Se permite el acceso a información genérica desde los doce años y a la identidad del donante a los dieciséis años.

Reino Unido: *Human Fertilisation and Embryology y Regulations* 2004 N° 1511. La ley permite la donación de semen y óvulos. Antes del año 2005, los mayores de dieciséis años tienen derecho de acceder a este tipo de información referida al estado civil, raza, apariencia física, etnia, historia médica, religión, si tiene hijos, etc. Al cumplir dieciocho años tienen derecho a acceder a la información identificatoria como ser, el nombre, fecha de nacimiento, y última dirección registrada del donante. El levantamiento del anonimato ha incrementado el número donaciones intrafamiliares.

Suecia: Ley N° 1140 de 20 de diciembre de 1984. Permite donación de semen y óvulos. Cuando el nacido de fecundación asistida heteróloga alcance la “madurez

suficiente”, puede consultar el registro de donación del hospital, con el asesoramiento de la Comisión Asesora de la Seguridad Social.

Suiza: Ley y Constitución. Ley Federal sobre procreación medicamente asistida de enero de 2001. La ley solo permite la donación de semen. La donación de óvulos, embriones y la maternidad subrogada están prohibidas. A la mayoría de edad (18 años), el nacido de semen donado puede obtener los datos relativos a la identidad del donante y de su aspecto físico. El derecho a conocer los orígenes está plasmado expresamente en la Constitución (art. 119).

### **3. Países que mantienen y conservan la figura del anonimato, adoptando una solución prohibitiva.**

Brasil: Resolución del Consejo Federal de medicina Nro. 1957 del 15/12/2010. Solo permite acceder a la información médica. El artículo IV sobre “Donación de gametos o embriones” expresa: “2. Los dadores no deben conocer la identidad de los receptores y viceversa. 3. Obligatoriamente será mantenido el silencio sobre la identidad de los dadores de gametos y embriones, también de los receptores. En situaciones especiales la información sobre los dadores, por motivos médicos, puede ser brindada exclusivamente a los médicos, resguardándose la identidad del dador.

Dinamarca: Conforme a la ley 535, en Dinamarca se mantiene el anonimato del donante.

Francia: Ley 94-654 de 29 de julio de 1994. En un inicio, el anonimato solo concernía a las donaciones de esperma, después de ovocitos agrupadas bajo la etiqueta de “donación de gametos”, y se ha extendido en 2004 a la donación de embriones. El artículo 311-19 y el 311-20 del Código Civil Francés, incorporados por la ley 94-654, del 29 de julio de 1994, niegan al nacido la posibilidad de conocer la identidad de su progenitor genético. Por otro lado, el Código de Salud Pública de Francia establece: Artículo L.1211-5 (principio general): el donante no debe ser informado acerca de la

identidad del receptor, y el receptor no debe ser informado acerca de la identidad del donante. Ninguna información que haga posible la identificación del donante o de un elemento o producto de su cuerpo o del individuo que recibe la donación podrá ser divulgada. Artículo L.1273-3: la divulgación de información que haga posible la identificación del donante o de la pareja receptora será penalizada con dos años de cárcel y una multa.

Grecia: Ley 3089/2002. Solo permite acceder a información médica. Artículo 1460: La identidad del donante en la reproducción asistida no es revelada a las personas que deseen tener un niño. La información médica sin identificación relativa al donante es confidencial. El acceso a esta información solo se permite al niño a los fines médicos por razones relacionadas con su salud. La identidad del niño como la de los padres no se da a conocer al donante.

Italia: Ley italiana N° 40 sobre procreación asistida, del 19 de febrero de 2004. Se prohíbe cualquier supuesto de fecundación heteróloga (art. 4.3), estableciendo sanciones de hasta 600.000 euros para quien viole esta prohibición (art. 12).

Rusia: Orden N° 67 del Ministerio de Salud. La donación de gametos y de embriones esta oficialmente permitida y puede ser realizada a nivel comercial. La donación comercial fue permitida por la ley federal sobre transplantes de órganos y tejidos humanos (22.12.1992 N° 4179-1). El anonimato del donante está garantizado mediante el artículo 35 de la ley de protección de la salud de los ciudadanos rusos (22-07-1993 N° 5487-I) que establece que la personalidad del donante constituye secreto médico.

Ucrania: Regulado por Orden N° 771 del Ministerio de Salud de Ucrania. Se prevé la donación de ovocitos y semen. La ley no contiene especificaciones sobre anonimato de donante pero en la práctica todas las donaciones de esperma son anónimas.



#### **4. Países que prevén el sistema de doble ventanilla que permite optar entre la donación anónima o no anónima.**

Bélgica: En Bélgica la ley del 6 de julio de 2007 instauro el sistema de la “doble ventanilla” permitiendo optar por la donación anónima o la donación no anónima.

Bulgaria: Ley N° 28 del 20 de junio de 2007 sobre reproducción asistida. La donación debe ser anónima o proveniente de parientes (hermana, prima). Cuando la donación es anónima, la información relativa a la identidad del donante constituye secreto médico. Esta información es mantenida en los registros oficiales por un período de treinta años, y no puede ser revelada a los receptores ni a ningún tercero, salvo en los casos excepcionales establecidos por la ley.

Islandia: En 1996, mediante la ley 55/1996, de 29 de mayo, Islandia adopta un sistema de “doble ventanilla” autorizando, junto a las donaciones anónimas de gametos, las donaciones procedentes de donantes que hayan dado su visto bueno para que su identidad sea comunicada al niño.

#### **5. Países que prevén el anonimato como principio pero con la posibilidad de conocer la identidad del donante en determinadas circunstancias. Anonimato relativo.**

España: Ley 14/2006 del 26 de mayo sobre Reproducción Humana Asistida. Se prevé el anonimato: Primera parte del artículo 5.5. “la donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. 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.”. Se permite de manera excepcional levantar el anonimato al expresar la

ultima parte del artículo 5.5: Solo 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 implicara en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.”

Portugal: Ley portuguesa 32/2006 de 26 de julio, sobre procreación medicamente asistida. Los individuos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, usando gametos o embriones donados, pueden obtener información, a través de las autoridades de la salud, acerca de sus datos genéticos, mas no podrán obtener información relativa a la identidad del donante. Sin embargo, los individuos pueden obtener información del Concejo Nacional de Reproducción Asistida cuando se trate de limitaciones legales para contraer un futuro matrimonio, aunque la identidad del donante seguirá permaneciendo anónima, salvo en los casos en los que el propio donante manifieste su consentimiento.

Puede ser obtenida la información relativa a la identidad del donante cuando existan importantes razones y mediante sentencia judicial.

República Checa: Ley N° 227/2006 Coll sobre salud pública I. Se está obligado a mantener el anonimato del donante y de la pareja infértil, como así el anonimato del donante y del niño nacido de la reproducción asistida. Se prevé la responsabilidad de mantener el anonimato del donante y de la pareja infértil y de los donantes y del niño por los médicos que intervienen. A pedido de a) la mujer o el hombre de la pareja estéril antes de comenzar el procedimiento de reproducción asistida o de b) un representante legal del niño nacido de la reproducción asistida o la persona adulta nacida de la reproducción asistida; el médico de la institución de salud deberá proporcionar información que tenga un impacto directo sobre el desarrollo del estado de salud del

niño o persona nacida de reproducción asistida, en particular información sobre las características genéticas.<sup>59</sup>

## **6. Conclusiones.**

A modo de síntesis podemos esbozar algunos de los argumentos esgrimidos a favor y en contra del anonimato de la donación de gametos.

-Argumentos a favor de la donación anónima

-Desde un punto de vista psicológico.

El anonimato fortalece la relación parental de la pareja receptora respecto del hijo, impidiendo toda relación del hijo con el donante.

El conocimiento del donante puede llevar a resultados contrarios a la protección integral de los hijos.

Su finalidad sería evitar la eventualidad de remordimientos de conciencia en el donante o en el receptor, y en concreto, que alguien abuse de la situación por chantaje utilizando los sentimientos de las personas intervinientes.

-Desde un punto de vista médico

Se garantiza la protección del secreto profesional.

-Desde un punto de vista jurídico.

Las declaraciones constitucionales sobre investigación de paternidad son un instrumento para la protección de los niños, permitiendo así la reclamación de la paternidad de su progenitor en determinados supuestos en los que históricamente no era posible. No pensó el legislador en las técnicas de reproducción asistida, sino que se redactó en atención exclusiva a las formas naturales de procreación.

Se considera como medio para evitar que el donante ejercite una eventual acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

El derecho a conocer los orígenes no se considera un derecho fundamental frente al derecho del donante en la conservación de su identidad.

- Desde un punto de vista práctico

Mantener el anonimato en la donación permite que haya más donantes dispuestos a proveer material genético.

-Argumentos en contra de la donación anónima

-Desde el punto de vista psicológico

Se considera una contradicción que el hijo pueda conocer características genéticas, y no la identidad del donante. La reacción de algunos que sepan que han nacido de inseminación artificial con intervención de donante será conocer su origen, y negarle ese derecho puede provocar graves problemas psicológicos.

El interés del niño - desde este punto de vista psicológico- no obliga a revelarle su origen pero si obliga a no impedirle acceder a el.

La necesidad que el hijo tiene de veracidad y sinceridad acerca de su origen biológico.

La prohibición de conocer la raíz genética puede producir malestar individual y social.

-Desde un punto de vista médico.

La finalidad de conocer al donante es que el nacido pueda obtener información médica habitualmente incompleta dado que la persistencia del anonimato genera la imposibilidad de averiguar sobre características relevantes del donante.

En la medida en que no se trata de un paciente, no existe secreto profesional médico respecto del donante.

-Desde un punto de vista práctico.

El derecho a conocer los orígenes no impide que haya donaciones. La experiencia en países que han modificado su regulación al respecto demuestra que se modifica el perfil del donante.

-Desde un punto de vista jurídico.

No parece justo negar a ciertos seres humanos el derecho a conocer quién es su padre biológico. Un anonimato absoluto discrimina a los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida respecto de los nacidos por procreación natural.

El anonimato no es sino una construcción ad hoc que en vez de defender los intereses de la persona más directamente implicada –el hijo y su derecho a la intimidad– lo que busca fundamentalmente es la realización de las apetencias y la eliminación de las responsabilidades de las restantes personas implicadas en la operación que podría llevar a la instrumentalización del hijo, que puede ver cercenado su derecho a conocer quien fue su progenitor biológico o a contar con este dato para la defensa de sus intereses morales y materiales.

El derecho a conocer la propia identidad se considera un derecho fundamental.

La investigación de la paternidad es un derecho de los interesados, no existiendo deberes de información de oficio. La prohibición a priori puede afectar casos en los que ambas partes desean conocer la situación del otro.<sup>60</sup>

## **Capítulo VI**

### **Trabajo de campo. Entrevista**

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Entrevista a la Dra. Viviana Ventura, Jefa de Servicio de Medicina Reproductiva del Grupo Gamma.



## **1. Introducción.**

En el presente capítulo introduciremos a los efectos de reafirmar, enriquecernos, ilustrarnos y adquirir más conocimientos sobre algunos temas referidos a la fecundación humana asistida, desde un punto de vista médico. Para ello nada mejor que recurrir a la Ciencia Médica.

Reproduciremos, entonces, la entrevista personal realizada a la Dra. Viviana Ventura, Jefa de Servicio de Medicina Reproductiva de Grupo Gamma de la ciudad de Rosario.

## **2. Entrevista a la Dra. Viviana Ventura, Jefa de Servicio de Medicina Reproductiva de Grupo Gamma.**

Pregunta: ¿Cuál es la diferencia entre la infertilidad y la esterilidad?. ¿Y se puede dar tanto en los hombres como en las mujeres?.

Respuesta: Infertilidad significa la imposibilidad de llevar a término un embarazo; hay pacientes que embarazan y no pueden llegar a sus nueve meses. La esterilidad es la paciente que no puede concebir, no puede quedar embarazada. Pero ahí tenemos que abrir dos opciones: La esterilidad primaria, la que nunca logró un embarazo y la secundaria que es la paciente que en alguna oportunidad quedó embarazada, tiene un hijo a término sano y después empieza la búsqueda de embarazo y no lo logra.

Con respecto a hombres y mujeres el porcentual hoy en día es prácticamente igual, es cincuenta y cincuenta y mucho más factor masculino por eso las parejas se



estudian en simultáneo, nunca se estudian ni se focaliza el estudio de alguien en el hombre o en la mujer por separado hay que estudiarlos a los dos en paralelo.

Pregunta: ¿Qué es, en fertilización asistida, el consentimiento informado?.

Respuesta: Es un instrumento médico-legal que nosotros tenemos, por supuesto confeccionado con asesoramiento con abogados, en los cuales informamos los riesgos, las complicaciones de estos tratamientos, los impactos a futuro, para que el paciente sepa a lo que se enfrenta y que lo acepte y fundamentalmente en partes muy complejas como es criopreservación de gametas, como donación de gametas, en las cuales tiene que estar obviamente el consentimiento de la pareja para poder hacerlo.

Pregunta: Y se firma y lo guardan en el centro?

Respuesta: Y lo guarda el centro.

Pregunta: En cualquiera de las técnicas que se practican en el centro, las células que no son óptimas para la transferencia, ¿Qué se hace con ellas?.

Respuesta: Bueno, acá hay que separar dos cosas: una es la gameta pura, el ovocito y el espermatozoide que uno podría tirarlos o criopreservarlos porque es una célula. Otra cosa, es el estatus de embrión. Nosotros no podemos disponer del embrión y, en general, esperamos cultivos prolongados. Una vez inyectadas las gametas uno tiene un compás de espera reglamentario, más allá del cual si uno lo lleva a cultivo prolongado el mismo embrión frena su proceso de crecimiento, pero si el embrión está en etapa activa de crecimiento y nosotros ya transferimos dos embriones a esa pareja hay que guardarlos criopreservados, o sea, nosotros no podemos tirar a la basura ningún embrión y, aparte, acá la pareja decide sobre el futuro de sus embriones. Entonces, si la pareja decide criopreservar se criopreservará, si la pareja decide que eso lo quiere descartar hay que hacer lo que la pareja diga. Lo descarta la pareja y firma un consentimiento que se deja asentado que ellos accedieron a eso, al descarte de los embriones.

Pregunta: ¿Y con el excedente de embriones?.

Respuesta: Bueno hay un excedente. Nosotros lo que aconsejamos como centro es criopreservar, primero porque a futuro la pareja no tiene que volver a someterse a todo lo que significa un tratamiento de fertilización in vitro y, por otro lado, porque obviamente, nosotros, desde el punto de vista filosófico aconsejamos la criopreservación del embrión.

Pregunta: ¿Qué postura tiene Ud como profesional de la medicina reproductiva sobre informarle al niño a cerca del secreto o la apertura, sobre su origen genético?.

Respuesta: Yo personalmente y lo que piensa el servicio y le recomendamos a la pareja, es la apertura; por supuesto que sin identificar el donante puntalmente porque nosotros también al donante le aseguramos una protección de identidad, pero si hay que comentarle su origen, es decir, todo lo que esa pareja pasó para llegar a ese destino y que me parece maravillo, sigo insistiendo que la maternidad ni la paternidad no es una célula, que es un hecho muchísimo más trascendente, entonces mi recomendación a mis pacientes es la apertura con respecto a esto.

Pregunta: ¿Y los pacientes le preguntan a Ud si tienen que informarle a su hijo?.

Respuesta: Sí, me lo preguntan yo en esto me apoyo muchísimo, le respeto su terapeuta y si, no lo tienen, les recomiendo a la psicóloga de nuestro equipo para que hagan una interconsulta y que también lo charlemos con apoyatura psicológica.

Pregunta: Ellos están a favor, en contra o a veces en dudas?.

Respuesta: Hay de todo, hay gente que quiere mantener el secreto incluso a su familia, incluso a su hijo y bueno, nosotros tenemos que respetar la postura.

Pregunta: ¿Cuál es el promedio de edad de las pacientes que van a ovodonacion o donación de semen?.

Respuesta: En general el corte por centro, el criterio nuestro es por encima de los 42 años nosotros aconsejamos la ovodonacion, pero bueno, no siempre se da esto en

forma reglamentaria, no es una imposición. Hay parejas y tenemos mujeres de cuarenta y cinco o cuarenta y cuatro años que no están convencidas de la ovodonacion y a pesar de los riesgos genéticos que nosotros se los comentamos hacen tratamiento de fertilización in vitro, con resultados obviamente muy malos, pero bueno, la verdad que el límite de corte debería ser a los cuarenta y dos años.

Pregunta: ¿Para la ovodonacion?

Respuesta: si, de cuarenta y dos para arriba todo el mundo a ovodonacion.

Pregunta: ¿Y para abajo puede ser in vitro?.

Respuesta: Claro, con óvulos propios.

Pregunta: ¿De cuarenta y dos para arriba con óvulos propios sería un embarazo natural y muy riesgoso en qué sentido?

Respuesta: Puede ser in vitro o embarazo natural, pero muy riesgoso desde el punto de vista genético, por los casos de patologías genéticas que hay. Nuestros ovocitos envejecen y tenemos muchas posibilidades de tener un embrión que no esté en condiciones genéricamente hablando, y aparte porque son bajas respondedoras, las estimulaciones ováricas no responden y porque está demostrado en las tasas de embarazos que después de los cuarenta se vienen a pique, vamos a recomendar y asesorar en mejores tasas de embarazo en las ovodonaciones.

Pregunta: ¿Cuál es el porcentaje aproximado de pacientes de ovodonacion y donación de semen?.

Respuesta: de pacientes que donan?.

Respuesta: Si

Respuesta: muy bajas, muy bajas. Acá hay dos grupos poblacionales: hay pacientes que se estimulan en el centro y que se sobre estimulan, les extraemos muchísimos ovocitos, les extraemos treinta óvulos por ejemplo porque son jóvenes, entonces responden muy bien. Entonces ahí hay dos opciones: uno les ofrece: donación

y la otra opción ahora la tenemos es congelar sus óvulos, en general ahí es una rareza la paciente que dona. A pesar de estar pasando por la patología no tenemos muchas pacientes que se sobre estimulen y donen.

Pregunta: ¿Y qué hacen con esos treinta óvulos que le sobran?.

Respuesta: Se eligen los que están maduros, se inyecta una parte y al resto se los guarda congelados; se guardan óvulos, se los guardan pero no los donan, son muy reticentes a la donación.

Pregunta: ¿Y los hombres?

Respuesta: Y los hombres más todavía. Nosotros compramos muestras de semen a un centro nacional porque nosotros no contamos con un reclutamiento de hombres para donación de semen acá en nuestro centro.

Pregunta: ¿Respecto a las diferentes técnicas de donación de gametas, que porcentaje de embarazo hay, que tiene el centro?

Respuesta: Y la ovodonacion en una mujer de cuarenta y dos años es una tasa embarazo que llega al cincuenta por ciento, versus una tasa de embarazo en forma personal por encima de los cuarenta y dos años que raramente excede el cinco por ciento.

Acotación: Excelente!!.

Respuesta: Claro, es decir, siempre en ovodonacion bien indicada va a tener una tasa de embarazo brillante porque la paciente por algo no quedaba embarazada, lo motiva un factor ovocitario.

Pregunta: ¿Y hasta qué edad?

Respuesta: Hasta los cincuenta años, la paciente puede recepcionar hasta los cincuenta años.

Pregunta: ¿Y quedan embarazadas?

Respuesta: Sí. El endometrio se puede preparar a cualquier edad, eso es lo que tiene, es decir, nuestro útero lo podemos preparar a los setenta años, transferir embriones y la paciente queda embarazada. No nos pasa eso con nuestros ovarios pobres, que envejecen al compás nuestro.

Pregunta: ¿El centro tiene un seguimiento de los niños nacidos por donación de gametos?

Respuesta: Sí, aparte porque tenemos que hacer un registro a nivel latinoamericano, de los nacidos tanto nacidos, por donación de gametos como nacidos en el centro y tenemos hacer seguimiento de nacido vivo, peso, complicaciones obstétricas.

Pregunta: ¿Nacen sanos?.

Respuesta: En general sí. Sí, son niños normales como cualquier otro, no tenemos tasas aumentadas de ningún tipo de patología.

Pregunta: En el centro se utiliza la maternidad subrogada?.

Respuesta: No, no tenemos maternidad subrogada todavía.

Pregunta: Pero por qué el centro no la utiliza?.

Respuesta: Todavía no está aceptada a nivel legal, entonces nosotros no lo hacemos, hasta que no tengamos un aval legal no lo vamos a hacer. Es muy complejo el tipo de consentimiento, de contrato, que hay que generar con la pareja para lograrlo. Es una lástima, y estoy muy de acuerdo con esto. Hay pacientes oncológicas que han perdido su útero, hay pacientes que han nacido con malformaciones congénitas que se lo merecen. No estoy de acuerdo con alguna frivolidad en relación a la maternidad subrogada, pero si, en determinadas patologías, es necesario.

Pregunta: Y se les hace tratamiento a las parejas lesbianas?.

Respuesta: Si, tenemos muchas parejas homosexuales, homosexuales mujeres porque al no tener maternidad subrogada no podemos trabajar con los homosexuales

varones pero si tenemos lesbianas y que una de ellas aporta el óvulo y van a donación de semen, embaraza la otra y a veces hasta nos plantean la situación inversa, que en un próximo hijo quieren obtener el óvulo de la otra para ser inyectada con semen y que geste la otra.

Pregunta: ¿Y por qué la que dona el óvulo no se embaraza ella?.

Respuesta: Porque parece que comparten mas el vínculo.

Acotación: O sea, que dona una se embaraza la otra y luego viceversa si tienen otro hijo.

Respuesta: El tema es el aspecto costos con todo esto: es decir, es mucho más sencillo hacer una inseminación con semen de donante, preparar a una e inseminar a esa misma, nosotros les proponemos las dos cosas que ellas elijan

Pregunta: ¿Ellas generalmente van a ovodonacion?.

Respuesta: No, no, tenemos parejas lesbianas muy jóvenes, que pueden hacer una inseminación o acceden a la fertilización in vitro precisamente por este manejo que quieren tener, que el óvulo sea de su pareja y que geste la que no aportó el óvulo, entonces ahí no queda otra que la fertilización in vitro.

Pregunta: ¿Y hoy en día que se utiliza más, la fertilización in vitro o el ICSI?.

Respuesta: Como técnica en si el ICSI.

Pregunta: ¿Y es más efectivo el ICSI que la fertilización in vitro?

Respuesta: Es depende el caso, estamos muy acostumbrados. Hay toda una vuelta a nivel mundial de volver a la fertilización in vitro, pero en general también depende el caso, es decir, hay pacientes que tienen muy poca cantidad de gametas, uno no se anima a FIV dejarlos en cultivo y esperar, en realidad si extraigo tres ovocitos de una paciente me aseguro la fertilización con el ICSI. Tendríamos que hacer una vuelta, me parece que sería beneficioso como un método como para hacer diagnóstico porque la fertilización in vitro es poner en cultivo el semen con los ovocitos.

Pregunta: Es un ovocito con muchos espermatozoides?.

Respuesta: Es un ovocito con muchos espermatozoides y dejar la fertilización normal.

Pregunta: Eso vendría a ser lo más parecido a la natural?

Respuesta: tal cual, tal cual, pero bueno para eso tengo que tener muchos óvulos y no siempre los tengo.

Pregunta: Entonces, cuando hay poquitos, es mejor el ICSI y se garantiza uno y se transfiere adentro del útero?

Respuesta: Si, no más de dos embriones por paciente.

Pregunta: ¿En cualquier tratamiento no más de dos?.

Respuesta: Esta estandarizado, excepto que me quede uno, bueno no me queda otra que transferir uno.

Pregunta: Pensé que eran entre dos o tres.

Respuesta: Son dos, en general tratamos que sean dos, a veces casos muy puntuales, en que hay un tercero que viene muy rezagado y uno en vez de esperarlo y dejarlo en cultivo prolongado o congelar algo que no va a servir a futuro lo que uno transfiere son los tres, pero en casos muy puntuales. Nuestro Límite de corte son dos embriones por paciente para evitar los embarazos múltiples que es el objetivo a nivel mundial.

## **Capítulo VII**

### **Conclusiones y Propuesta sobre el derecho a la identidad de las personas nacidas por donación de gametos**

**SUMARIO:** 1. Conclusiones. 2. Propuesta.



## **1. Conclusiones.**

Argentina se convierte en el primer país de América Latina que garantiza el acceso ilimitado de sus ciudadanos a un nuevo tipo de derecho, el de la fertilidad asistida.

El Estado repara de este modo una situación donde se reflejaba la desigualdad social, ya que hasta la vigencia de la Ley N° 26862 sancionada en 5 de junio de 2013, sólo una parte de la población de nivel económico y social altos podían afrontar los onerosos tratamientos médicos para acceder a la posibilidad de concretar el sueño de dar vida.

Para su dictado, la Ley tuvo como fundamentos los que han quedado reflejados en el artículo 7° de la misma, que reza: Beneficiarios: “Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción medicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la Ley 26529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es irrevocable hasta antes de producirse la implantación en la mujer.”

Podemos por lo tanto resumir los fundamentos tenidos en cuenta para el dictado de la ley en estas expresiones “intención de ampliar derechos, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud, en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural.”

Existen diferencias culturales relacionadas con el vasto territorio que ocupa Argentina. Es un país predominantemente católico. La Iglesia y las

Instituciones Católicas están ampliamente arraigadas y han gravitado en la consideración del concepto de persona humana y estatuto del embrión durante la elaboración de los aspectos legislativos en la materia. Esta situación ha generado disidencias entre los distintos sectores de la sociedad y la cultura.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), una de cada cuatro parejas en el mundo en desarrollo tiene problemas para tener hijos. Un estudio publicado por el organismo en 2012 reveló que en todo el planeta hay unas 48.5 millones de parejas que no logran concebir después de cinco años.

Este problema creciente se da en un contexto de marcado descenso de la población debido a la caída en la tasa de natalidad en todo el mundo.

Las cifras de la Organización de Naciones Unidas (ONU) muestran que mientras que en 1950 una mujer tenía en promedio cinco hijos, en 2010 esa cifra cayó a la mitad, principalmente por cambios culturales y un retraso en la edad para procrear.

En las regiones más desarrolladas la tasa de fecundidad ya cayó por debajo de la necesaria para mantener la población, algo que también ha empezado a ocurrir en algunos países latinoamericanos.

Sin dejar de tener en cuenta los diferentes aspectos mencionados en este trabajo el desafío que nos plantea la fertilidad asistida es construir recursos para pensar lo impensable, lo inédito, aquello que no tiene precedentes en la historia porque no se asemeja a nada que haya existido y más allá de las objeciones fundamentadas en cuestiones práctico-sanitarias, ideológicas o religiosas, el establecimiento de un marco regulatorio que posibilite a cientos de mujeres que se encuentran en situación de infertilidad a acceder a las técnicas de fertilización asistida responde a una necesidad social característica de los tiempos actuales.

Por lo tanto, es absolutamente lógico que un Estado orientado a la ampliación de derechos, como se ha visto en los últimos años a partir de las conquistas en materia de

derechos civiles, sociales y económicos claves para el bienestar de la ciudadanía, contemple, con los recursos humanos y de infraestructura necesarios, a los tratamientos de fecundación artificial como una opción posible para las personas que los necesitan.

En consecuencia, vemos que, con relación a la fecundación asistida, la legislación vigente en la República Argentina es insuficiente y contiene un vacío legal, el referido a la filiación de los niños nacidos por donación de gametas y el derecho a su información genética, dado que la misma únicamente ha logrado cubrir jurídicamente los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

A la fecha de éste trabajo existe un Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación con la incorporación de Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida y también incluye el Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida.

Pero no menciona en ninguna de sus normas el derecho de toda persona a conocer su modo de concepción.

Así pues, afirmamos que a este respecto, persiste un vacío legal que debe ser inexorablemente solucionado para que todas las partes intervinientes se encuentren protegidas en sus derechos.

Por lo expuesto a continuación desarrollaremos una propuesta diferente al referido Proyecto, respecto al derecho a la información genética de las personas concebidas con donación de gametas a efectos de llenar el vacío legal imperante en nuestro país.

Atento lo mencionado supra hemos de expresar que nuestra postura es similar, en cuanto a la ideología, a la plasmada en el Proyecto, siempre refiriéndonos al derecho de información genética de las personas concebidas por donación de gametas.

En el Proyecto se habilita –artículo 564 del texto- a que las personas nacidas a través de estas técnicas puedan conocer la identidad del donante por razones fundadas y evaluadas por los jueces y obtener datos médicos del donante cuando haya riesgo para la salud.

Empero el Proyecto (y ninguna otra norma en nuestro sistema jurídico) contempla el derecho de toda persona a conocer si fue concebida mediante fertilización asistida.

Esta propuesta diferente de las normas en potencia apunta a que, por disposición legal, las personas puedan conocer acabadamente todos sus datos biológicos, en particular, su modo de concepción.

Así pues, nuestra propuesta consiste en agregar, en la próxima legislación referida a la materia, un artículo redactado de la manera que seguidamente expreso:

## **2. Propuesta.**

Artículo.....: Toda persona tiene derecho a conocer su identidad genética y su modo de concepción. Podrá acceder a esta información, incluida la médica previo juicio sumarísimo y con autorización judicial, debiendo los jueces en todos los casos mantener el anonimato del donante.

- 
- <sup>1</sup> CONVECIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. En línea. Citado 20/07/2009. Disponible en Internet: [www.oas.org](http://www.oas.org). Última consulta el 20/11/09
- <sup>2</sup> CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA ARGENTINA. Ed. La ley. Buenos Aires 2000
- <sup>3</sup> CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA. Ed. La ley. Buenos Aires 2002
- <sup>4</sup> PACTO SAN JOSE DE COSTA RICA En línea. Citado 27 de junio de 2009. Disponible en Internet. [www.oas.org](http://www.oas.org). Última consulta 28/06/09.
- <sup>5</sup> Ley 23511 de la Creación del Banco Nacional de Datos Genéticos. En línea. Citado 11/07/09. Disponible en Internet: [www.espaciosjuridicos.com.ar](http://www.espaciosjuridicos.com.ar). Última consulta 23/07/09.
- <sup>6</sup> CONVENCION DE DERECHOS DEL NIÑO. En línea. Citado 22/07/2009. Disponible en Internet: [www.unicef.org](http://www.unicef.org). Última consulta el 22/07/09.
- <sup>7</sup> CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA. Ed. Fundación Ross. Rosario. 1995
- <sup>8</sup> DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. En línea. Citado 20/07/2009. Disponible en Internet: [www.fmmeducación.com.ar](http://www.fmmeducación.com.ar). Última consulta el 21/07/09.
- <sup>9</sup> DECLARACION UNIVERSAL SOBRE EL GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS. En línea. Citado 17/07/2009. Disponible en Internet: [www.fortunecity.com](http://www.fortunecity.com). Última consulta el 17/07/09.
- <sup>10</sup> Op. Cita nota 4.
- <sup>11</sup> Nicholson, Roberto. Algunas consideraciones acerca de los aspectos éticos de la fertilización asistida. Ginecología y Reproducción. Diciembre 1994, Vol. IV. Págs. 106 a 107.
- <sup>12</sup> Andorno, Roberto. Fecundación Asistida: consideraciones éticas, legales y religiosas. Ginecología y Reproducción. Diciembre 1994, Vol. IV: pags. 145 a 147.
- <sup>13</sup> Código Civil. Ob. Cit.
- <sup>14</sup> Código Penal. Ob. Cit.
- <sup>15</sup> Código Civil. Ob. Cit.
- <sup>16</sup> Ibidem.
- <sup>17</sup> Levy, Lea Mónica. Reproducción humana asistida. Ginecología y Reproducción. Diciembre 1994, Vol. IV. Pags. 151 a 153.
- <sup>18</sup> Op. Cit. Nota 6. CONVENCION DE DERECHOS DEL NIÑO. Ob. Cit.
- <sup>19</sup> Luna, Florencia, Problemas en torno a las nuevas formas de de procrear, en Decisiones de vida y muerte. Ed. sudamericana. Pág. 229. Buenos Aires, 1999.
- <sup>20</sup> Vidal Martínez, Jaime, La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos. en LL, 1986-D-1013.
- <sup>21</sup> Krasnow, Adriana Noemí, "Filiación", Rosario: La Ley 2006. Pág. 141.
- <sup>22</sup> Iñigo de Quidiellio, Delia; Levy, Lea. "Reproducción Humana Asistida". "Enciclopedia de Derecho de Familia". T III, pág. 552. Universidad de Buenos Aires 1994; y Levy, Lea. "Maternidad Asistida" en "Por una Maternidad sin Riesgo". Buenos Aires: editorial F.E.I.M. y Unicef Argentina. Buenos Aires 1992.
- <sup>23</sup> Rossi, Agustín. Pte. Bloque de Diputados FpV. Democratizar el acceso a la fertilización asistida. Diario Página 12, 2012 junio 28; Secc. Sociedad (col. 1).
- <sup>24</sup> Krasnow Adriana Noemí. Ob. Cit. Pág. 141.
- <sup>25</sup> Ibidem. Pags. 144-145.
- <sup>26</sup> Halitus, Instituto Medico. En línea. Citado 20-01-14. Disponible en internet: [www.halitus.com](http://www.halitus.com) Última consulta el 20-01-14.
- <sup>27</sup> Lamm, Eleonora. El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación. Tesis doctoral defendida el 22-01-11 en la Universidad de Barcelona.
- <sup>28</sup> Rivero Hernandez; Francisco. La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial. Ponencia al II Congreso Mundial Vasco. Vitoria 28-09 a 2-10-1987. Otro La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Madrid: Ed. Trivium, 1988. Pág. 146.
- <sup>29</sup> Tobías, José. El consentimiento del paciente en el acto médico. En ED, 93-803.
- <sup>30</sup> Krasnow Adriana Noemí. Ob. Cit. Pág. 161.
- <sup>31</sup> Ibidem. Pág. 163.

- 
- <sup>32</sup> Herrera, Marisa. Teoría y práctica del derecho de familia hoy. 1 edición. Buenos Aires, Eudeba 2012. Pág 345.
- <sup>33</sup> Bossert, Gustavo-Zannoni Eduardo. Manual de derecho de familia. 6° edición actualizada. 2° reimpresión. Buenos Aires. Astrea 2007. Pág. 441.
- <sup>34</sup> Ibidem. Pág. 470.
- <sup>35</sup> Krasnow Adriana Noemí. Ob. Cit. Págs. 219-220.
- <sup>36</sup> Dutto, Ricardo J. Manual doctrinal y jurisprudencial de familia. Rosario: Juris 2005. Pág. 479.
- <sup>37</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída. Herrera, Marisa. Lamm, Eleonora. Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. En línea. Citado 15-01-14. Disponible en internet: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar) Última consulta 15-01-14.
- <sup>38</sup> Llavona Uribelarea L. El impacto psicológico de la infertilidad. Papeles del Psicólogo. 2008, N° 29 Vol. 2. Págs. 158-66.
- <sup>39</sup> Ávila Espada A, Moreno-Rosset C. La intervención psicológica en infertilidad: orientaciones para un protocolo de actuación clínica. Papeles del Psicólogo. 2008, N° 29 Vol. 2. Págs. 186-96.
- <sup>40</sup> Urdapilleta, Leticia. Derecho a la identidad en personas nacidas por donación de gametas. Aspectos Legales y Psicológicos. Reproducción Humana. 2004. N° 2 Vol. 4. Págs. 21-29.
- <sup>41</sup> Baran and Pannor, 1993; Daniels, 1997; Mc Whinnie, 2001; The Society for the Protection of Unborn Children, 2002; McGee et al., 2001.
- <sup>42</sup> Golombok et al., 1996; Nachtigall et al., 1997; Shenfield y Steele, 1997; Golombok et al., 2002.
- <sup>43</sup> Urdapilleta Leticia. Ob. Cit. Págs. 21-29
- <sup>44</sup> Aspectos psicológicos de la donación de gametos. Psic. María Cecilia Meiga del Centro de atención Pro Mamás. En línea. Citado 25-01-14. Disponible en internet: [www.promamas.com.ar](http://www.promamas.com.ar). Última consulta 25-01-14.
- <sup>45</sup> Ibidem.
- <sup>46</sup> Ibidem.
- <sup>47</sup> Lic. Ken Daniels. Nuevas ideas en el manejo de familias ART con donación de gametas. Revista de Medicina Reproductiva. N° 2 Vol. 4. Agosto, 2001.
- <sup>48</sup> Psic. Miriam Girolami, Jornadas Interdisciplinarias de Derecho de Familia y de las Personas – Identidad de los Niños Nacidos por TRA – Paraná, mayo 2013.
- <sup>49</sup> Psic. Girolami, Miriam. XIII Congreso de Medicina Reproductiva – Familias Formadas con Donación de Gametas. Buenos Aires, noviembre 2009 .
- <sup>50</sup> Urdapilleta, Leticia. Construcción de familias con la asistencia de gametas.- Revista de derecho de familia. N° 41. 2004.
- <sup>51</sup> Skoog Svaberg et al.,2008; Wincott & Crawshaw, 2006.
- <sup>52</sup> Daniels, et al.; 1995; Mac Dougall et al, 2007; Shehab et al, 2008.
- <sup>53</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída- Herrera, Marisa- Lamm, Eleonora. Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico. La ley 09-10-12.
- <sup>54</sup> Mizrahi, Mauricio. Identidad filiatoria y pruebas biológicas. 1ªedición 2004. 1º reimpresión 2006. Astrea. Buenos Aires. Pág. 55.
- <sup>55</sup> El derecho a la identidad de los nacidos por donación. En línea. Citado 22-01-14. Disponible en internet [www.ccyen.congreso.gov.ar](http://www.ccyen.congreso.gov.ar). Última consulta 22-01-14.
- <sup>56</sup> Conadi 2007. Pág 130. Secretaria de derechos humanos. Ministerio de justicia y derechos humanos. Diponible en internet: [www.conadi.jus.gov.ar](http://www.conadi.jus.gov.ar) Última consulta 20-01-14.
- <sup>57</sup> Krasnow, Adriana N. El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida. La Ley 2007-F, 1224.
- <sup>58</sup> Cómo y cuándo hablar con los hijos sobre donación. En línea. Citado en 20-01-14. Disponible en internet. [www.concebir.org.ar](http://www.concebir.org.ar). Última consulta 20-01-14.
- <sup>59</sup> Herrera, Marisa. Ob. Cit. Págs. 493 – 500.
- <sup>60</sup> Ibidem Págs. 501 – 502.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **a) General**

BOSSERT, Gustavo A. – ZANNONI, Eduardo A. Manual de Derecho de Familia. 6ta. Edición actualizada. 2da. Reimpresión. Buenos Aires: Astrea; 2007.

CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA ARGENTINA. 3ra. Edición. LexisNexis – Abeledo Perrot; Buenos Aires 2005.

CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA. 15ta. Edición. Buenos Aires: A-Z Editora; 1999.

DUTTO, Ricardo A. Manual Doctrinal y Jurisprudencial de Familia. 1ra. Edición. Rosario: Juris; 2005.

HERRERA, Marisa. Teoría y Práctica del Derecho de Familia Hoy. 1ra. Edición. Buenos Aires: Eudeba; 2012.

---

**b) Específica**

KIPER, Jorge. La Justicia en la Sociedad que se Avecina. Tomo I. La Fecundación Asistida. 1ra Edición. Editorial Losada. Buenos Aires; 1996.

KRASNOW, Adriana N. Filiación. Determinación de la Maternidad y Paternidad Acciones de Filiación Procreación Asistida. 1ra. Edición. Buenos Aires: La Ley; 2005.

MICHEL TORT. El Deseo Frío. Ediciones Nueva Visión; Buenos Aires; 1994.

MIZRAHI, Mauricio L. Identidad Filiatoria y Pruebas Biológicas. 1ra. Reimpresión Astrea. Buenos Aires; 2006.

RAMOS, Rodolfo. Fecundación Asistida y Derecho. 1ra. Edición. Rosario: Juris; 1992.

REPRODUCCION HUMANA. REVISTA DE LA FEDERACION LATINOAMERICANA DE SOCIEDADES DE ESTERILIDAD Y FERTILIDAD Volumen 4. N° 2. Julio, 2004.

REVISTA DE MEDICINA REPRODUCTIVA. ASOCIACION CEGYR. Volumen 6. N° 1. Buenos Aires: abril, 2003.



---

## INDICE

1. Resumen.....	1
2. Estado de la cuestión.....	2
3. Marco teórico .....	2
4. Introducción .....	4

### Capítulo I

#### EN BUSCA DE LA IDENTIDAD PERDIDA

1. Introducción .....	7
2. Fertilización asistida de alta complejidad con avocitos donados .....	8
3. Doctrina de los derechos biológicos .....	9
4. El derecho a la identidad genética es un derecho biológico esencial reconocido a las personas desde la concepción .....	11
5. Legislación local .....	11
6. Legislación internacional .....	13
7. El anonimato del donante de gametos en una fertilización asistida solo engendra niños ignorados .....	14
8. Algunas consideraciones acerca de los aspectos éticos de la fertilización asistida .....	14
9. Aspecto jurídicos y sociales de la fertilización asistida .....	17
10. El derecho a la identidad como derecho personalísimo .....	19
11. Una respuesta legal pendiente.....	19
12. La necesidad de adecuar el derecho de familia .....	20
13. Los avances científicos ponen en vilo a la moral y al derecho .....	20
14. Conclusiones .....	22

### Capítulo II

---

## **CAMINO PARA FORMALIZAR UN DESEO**

1. Introducción .....	24
2. Breve reseña histórica de las técnicas de reproducción asistida .....	25
3. Donación de esperma .....	28
4. Donación de óvulos .....	29
5. Reproducción humana asistida .....	30
6. Técnicas de reproducción humana asistida .....	33
7. Técnicas de alta complejidad .....	33
7.1. Fecundación in vitro .....	33
7.2. Inyección intrasitoplasmática de espermatozoide .....	34
8. Técnicas de baja complejidad .....	35
8.1. Estimulación ovárica .....	35
8.2. Inseminación artificial .....	35
9. La llamada voluntad procreacional .....	36
10. Consentimiento informado .....	38
11. Filiación. Determinación de la filiación .....	40
12. Filiación matrimonial. Determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial con semen del marido .....	40
12.1. Determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial, en mujer casada con semen de dador anónimo .....	41
13. Inseminación artificial con consentimiento del marido .....	42
14. Inseminación artificial sin consentimiento del marido .....	42
15. Conclusiones .....	43

### **Capítulo III**

## **ASPECTOS PSICOLOGICOS DE LAS PERSONAS NACIDAS POR DONACIÓN DE GAMETOS**

1. Introducción .....	45
2. Vivencias de la infertilidad .....	45
3. Secreto-apertura en la reproducción asistida con gametas donadas .....	47
4. ¿Por qué determinadas personas optan por el secreto y otras por la apertura? .....	48
5. Vivenciando la incertidumbre .....	50
6. ¿Lo cuanto o no lo cuento? .....	51
7. El papel del deseo... ..	52
8. Conclusiones .....	55

### **Capítulo IV**

---

## **ASI FUE COMO LLEGASTE**

1. Introducción .....	57
2. Diferencias con la adopción.....	58
3. Identidad personal .....	60
4. La importancia de saber. Derecho a la verdad biológica. Interés superior del niño. Derecho a la identidad.....	61
5. Antecedentes y marco normativo .....	63
6. La existencia de los diferentes sistemas en cuanto a la donación.....	65
7. Como y cuándo hablar con el niño.....	65
8. Conclusiones .....	67

### **Capítulo V**

## **DERECHO COMPARADO**

1. Introducción .....	69
2. Países que han eliminado la figura del anonimato del donante consagrando plenamente el derecho a conocer el propio origen genético .....	69
3. Países que mantienen y conservan la figura del anonimato, adoptando una solución prohibitiva .....	72
4. Países que prevén el sistema de doble ventanilla que permite optar entre la donación anónima o no anónima.....	73
5. Países que prevén el anonimato como principio pero con la posibilidad de conocer la identidad del donante en determinadas circunstancias. Anonimato relativo.....	74
6. Conclusiones .....	75

### **Capítulo VI**

## **TRABAJO DE CAMPO. ENTREVISTA**

1. Introducción .....	79
-----------------------	----

---

2. Entrevista a la Dra. Viviana Ventura, Jefa de Servicio de Medicina Reproductiva de Grapo Gamma .....	79
---	----

## Capítulo VII

### **CONCLUSIONES Y PROPUESTA SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS NACIDAS POR DONACION DE GAMETOS**

1. Conclusiones .....	87
2. Propuesta .....	90
Citas Bibliográficas .....	91
Bibliografía General.....	93
Bibliografía Especifica .....	94