Buenos Aires, lunes 7 de julio de 2014 • ISSN 1666-8987 • **Nº 13.519** • **AÑO** LII • ED 258

EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:
Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:
Gabriel Fernando Limodio
Daniel Alejandro Herrera
Nelson G. A. Cossari
Luis Alfredo Anaya

JURISPRUDENCIA

Bioética:

Amparo: creación de un registro con información de los centros de fertilidad y bancos de gametas; identidad de los donantes; padres de menores nacidas con técnicas de fertilidad; derecho a la identidad de todos los menores así concebidos; falta de legitimación colectiva; legitimación de la hija respecto de la que se desconoce la identidad de la donante de óvulos; procedencia parcial del amparo; dictado de actos administrativos; preservación de la identidad de la donante; acceso a la información; ámbito propio del Poder Legislativo.

NF ***Con nota a fallo***

1 – Iniciada por los accionantes la acción de amparo, por sí y en representación de sus hijas menores, contra el Poder Ejecutivo Nacional con el objeto de que, a través del Ministerio de Salud o el organismo que se considerara competente, se disponga la creación de un registro con toda la información que poseen los centros de fertilidad y bancos de gametas legalmente habilitados en el país sobre la identidad de los donantes de gametas, con la finalidad de que sus hijas y todas las personas nacidas en virtud de las técnicas de fertilización asistida con material heterólogo puedan, al cumplir la mayoría de edad, ejercer su derecho a conocer su identidad biológica, accediendo a esa información con la correspondiente autorización judicial, no se advierte la existencia de razones suficientes para reconocer a los demandantes la representación universal de todos los menores que se hallan en situaciones análogas, es decir, interesados en preservar y eventualmente obtener la información relativa a los donantes de los gametos con que han sido concebidos. Ello es así porque lo resuelto en el precedente "Halabi", con respecto a la legitimación del demandante y a los alcances "expansivos" de la cosa juzgada derivada de la sentencia respectiva, debe ser considerado como una solución de excepción cuya ponderación debe ser formulada caso por caso, ya que la interpretación contraria conduciría a concluir que cualquier persona que invocara la afectación de un derecho humano fundamental ocasionada por una omisión estatal quedaría mecánicamente legitimada para promover una verdadera acción colectiva, en nombre y representación de todos aquellos afectados de manera análoga, sin que en nuestro régimen procesal exista una reglamentación general de las acciones de clase.

2 – En la acción de amparo, iniciada por los actores por sí y en representación de sus hijas menores, contra el Poder Ejecutivo Nacional con el objeto de que, a través del Ministerio de Salud o el organismo que se considere competente, se disponga la creación de un registro con toda la información que poseen los centros de fertilidad y bancos de gametas legalmente habilitados en el país sobre la identidad de los donantes de gametas, con la finalidad de que sus hijas y todas las personas nacidas en virtud de las técnicas de fertilización asistida con material heterólogo puedan, al cumplir la mayoría de edad, ejercer su derecho a conocer su identidad biológica, accediendo a esa información con la correspondiente autorización judicial, no se advierte la existencia de razones suficientes para reconocer a los demandantes la representación universal de todos los menores que se hallan en situaciones análogas, es decir, interesados en preservar y eventualmente obtener la información relativa a los donantes de los gametos con que han sido concebidos. Los demandantes deben considerarse como legitimados solamente en la medida en que representan el interés de su hija menor, concebida por medio del referido procedimiento de fertilización asistida, respecto de quien se desconoce la identidad de la donante de óvulos, dado que –conforme manifestaran– ya conocen la identidad de la donante de los óvulos con los cuales se realizó el tratamiento de fertilidad a partir del cual fue concebida la mayor de sus hijas.

3 – En el art. 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce el derecho a la identidad, inclusive biológica, de conformidad con lo que se disponga al respecto en la legislación de cada Estado. Por tal razón, y a fines de garantizar la posibilidad de ejercicio efectivo del derecho reconocido en ese precepto, en las condiciones que establezca la legislación respectiva, corresponde hacer lugar de manera parcial a la demanda de amparo y, en consecuencia, ordenar al Estado

NF

Legitimación colectiva respecto del derecho a la identidad de los niños concebidos mediante fecundaciones heterólogas(1)

por Silvia Marrama(2)

"La humanidad le debe al niño lo mejor de sí"
(Declaración de los Derechos del Niño[3])

Sumario: 1. Introducción. – 2. Fecundación heteróloga. 2.1. *El favor filii recupera su preeminencia.* 2.2. *Igualdad ante la ley: fecundación heteróloga y adopción.* 2.3. *El derecho a la identidad obliga al Estado a adoptar medidas que lo garanticen.* – 3. Legitimación. Acciones de clase. *3.1. La legitimación de los Defensores de Menores.* – 4. Conclusión.

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: *¡Jaque a la fecundación artificial!*, por Jorge Scala, ED, 243-73; *La protección de la vida en la jurisprudencia reciente*, por Francisco Altamirano y Adriel Fernández Santander, ED, 243-92; *¿Qué es la fecundación heteróloga? ¿Cómo se pueden obtener los gametos (espermatozoide y óvulo)?*, por Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 245-1234; *¿Quién es madre? Discusión legal en Texas sobre alquiler de vientre y ovodonación*, por Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 250-1012; *Los riesgos de la ovodonación*, por Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 255-966; *Tutela de los derechos de los embriones. Análisis del Proyecto de Ley Nº 10.854 - 8280 de autoría del senador Melchiori*, por Silvia Marrama, ED, diario nº 13.488 del 22-5-14. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

1
Introducción

El fallo de la sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, que tengo el gusto de comentar, hace lugar parcialmente a la demanda de amparo promovida por los padres de dos hijas menores de edad, concebidas mediante técnicas de fecundación heteróloga, contra el Poder Ejecutivo Nacional, para que cree un registro de la información referida a la identidad de los donantes de los gametos, "con la finalidad de que sus hijas y todas las personas nacidas en virtud de las técnicas de fertilización asistida con material heterólogo puedan, al cumplir la mayoría de edad, ejercer su derecho a conocer su identidad biológica, accediendo a esa información con la correspondiente autorización judicial", ya que, "en virtud de que en nuestro país no se encuentra reglamentada la donación de material genético, los centros de fertilidad y los bancos de gametas no tienen la obligación de conservar la información relativa a los donantes de las gametas, motivo por el cual existe el riesgo cierto de que la referida información se pierda de manera definitiva". La sentencia ordena "al Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de que sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente

(1) CNCont.-adm. Fed., sala V, 29-4-14, "C. E. M. y otro c. EN-M. Salud s/amparo ley 16.986".

(2) Abogada. Doctora en Ciencias Jurídicas. Magíster en Desarrollo Humano. Profesora Superior en Abogacía. Especialista en Derecho Tributario.

La autora publica este trabajo en el marco del Programa de Proyectos para Investigadores Formados de la Universidad Católica de Santa Fe (Proyecto de Investigación: "La fecundación humana extracorpórea en el derecho argentino", aprobado por Resolución Nº 6944 del Consejo Superior de la Universidad Católica de Santa Fe).

(3) Adoptada en Ginebra, en 1924, por la Liga de las Naciones.

CONTENIDO

DOCTRINA

Legitimación colectiva respecto del derecho a la identidad de los niños concebidos mediante fecundaciones heterólogas, **por Silvia Marrama** 1

JURISPRUDENCIA

Federal

Bioética: Amparo: creación de un registro con información de los centros de fertilidad y bancos de gametas; identidad de los donantes; padres de menores nacidas con técnicas de fertilidad; derecho a la identidad de todos los menores así concebidos; falta de legitimación colectiva; legitimación de la hija respecto de la que se desconoce la identidad de la donante de óvulos; procedencia parcial del amparo; dictado de actos administrativos; preservación de la identidad de la donante; acceso a la información; ámbito propio del Poder Legislativo **(CNCont.-adm. Fed., sala V, abril 29-2014)** 1

Penal

Requerimiento de Elevación a Juicio: Requisitos: apartamiento del hecho del auto de procesamiento; nulidad. **Nulidad Procesal:** Requerimiento del Ministerio Público: admisión **(CNCrim. y Correc., sala VII, mayo 12-2014)** 7

FRANQUEO A PAGAR
CUENTA Nº 13.547
CORREO ARGENTINO
CASA CENTRAL

Nacional - Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios necesarios, mediante el dictado de actos administrativos de alcance particular o general para asegurar que el centro médico y/o el banco de gametas involucrado en el caso preserve la información relativa a la identidad del donante y la mantenga de forma reservada y sin dar acceso a ella; todo ello, en ejercicio de las atribuciones que las leyes les confieren para habilitar y reglamentar el funcionamiento de esa clase de instituciones, es decir, ya sea por una orden singular o bien mediante la toma de razón en una nómina general o la medida que estime más adecuada al respecto.

4 – La omisión estatal de dictar actos administrativos de alcance particular o general, para asegurar que los centros médicos y/o los bancos de gametas preserven la información relativa a la identidad del donante y la mantenga de forma reservada y sin dar acceso a ella, no condice con la obligación estatal de garantizar y respetar los derechos reconocidos en el art. 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el art. 11 de la ley 26.061, por lo que cabe concluir que se dan los supuestos previstos en el art. 1º de la ley 16.986 para admitir la acción de amparo incoada por los padres de una menor a tales efectos.

5 – Lo relacionado con el modo de preservar y mantener la información relativa a la identidad del donante de óvulos, es decir, lo relativo a la creación de un registro formal de carácter general y lo relativo a la determinación de las condiciones y modalidades en las que concretamente la menor interesada podrá tener acceso a ella, constituye un asunto que es de resorte primario del legislador, y depende de la política legislativa que concretamente el Congreso Nacional adopte sobre la materia.

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

7 – Corresponde reconocer la legitimación colectiva de los amparistas, quienes por derecho propio y en representación de sus hijas iniciaron acción de amparo a fin de que se ordene la creación de un registro estatal con la información que posean los centros de fertilidad y bancos de esperma legalmente habilitados respecto de los donantes de óvulos y esperma, a efectos de que tales datos sean conservados para que sus hijas y todas las personas nacidas en virtud de tratamientos reproductivos con gametos de terceros tengan la posibilidad de acceder a esa información con la correspondiente autorización judicial al cumplir la mayoría de edad. Ello es así, pues persiguen la protección de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos en los términos establecidos por la Corte Suprema en el precedente "Halabi", dado que existe un hecho único que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos homogéneos, que está constituido por la ausencia de reglamentación específica que establezca la obligatoriedad de la conservación de la información relativa a los donantes de gametas; la pretensión procesal está enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho, el ejercicio de la acción individual no aparece plenamente justificado, ya que no tiene sentido exigir a cada una de las personas afectadas que promueva una demanda a tales efectos, y, finalmente, existe un fuerte interés estatal en la protección de los derechos involucrados, toda vez que la cuestión a resolver se vincula directamente con los derechos fundamentales de los niños nacidos a través de técnicas de fertilización con gametos de terceros, como son los derechos a la identidad y a la salud (del voto del doctor Gallegos Fedriani).

8 – La ausencia de regulación específica que determine la obligatoriedad de la conservación de la información relativa a los donantes de gametas implica un riesgo inminente de que se pierdan los datos en trato y, en consecuencia, las personas nacidas en virtud de técnicas de fertilización con gametos de terceros sufran una irremediable afectación de sus derechos fundamentales. En consecuencia, corresponde revocar la sentencia recurrida y ordenar al Poder Ejecutivo Nacional que cree un registro con la información que posean los centros de fertilidad y bancos de esperma del país legalmente habilitados respecto de los donantes de óvulos y esperma (del voto del doctor Gallegos Fedriani). M.M.F.L.

58.394 – CNCont. adm. Fed., sala V, abril 29-2014. – C., E. M. y otros c. EN-M. Salud s/amparo ley 16.986.

Buenos Aires, 29 de abril de 2014

Vistos y *Considerando:*

Los Sres. Jueces de Cámara, Dres. *Guillermo F. Treacy* y *Jorge F. Alemany*, dicen:

I. Que la Sra. E. M. C. y el Sr. M. B. Z., por derecho propio y en representación de sus dos hijas menores de edad, promovieron la presente acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional con el objeto de que, a través del Ministerio de Salud o el organismo que se considerara competente, se disponga la creación de un registro con toda la información que poseen los centros de fertilidad y bancos de gametas legalmente habilitados en el país sobre la identidad de los donantes de gametas, con la finalidad de que sus hijas y todas las personas nacidas en virtud de las técnicas de fertilización asistida con material heterólogo puedan, al cumplir la mayoría de edad, ejercer su derecho a conocer su identidad biológica, accediendo a esa información con la correspondiente autorización judicial.

Precisaron que tienen dos hijas concebidas a partir de técnicas de fertilización asistida con óvulos donados por terceros e indicaron que conocen la identidad de la donante de los óvulos con los que fue concebida la mayor de sus hijas, dado que se trataba de una amiga de la familia, pero que la menor de sus hijas fue concebida con óvulos donados y por medio del procedimiento practicado en el Centro Especializado en Reproducción (CER), por lo que desconocen la identidad de la donante.

Afirmaron que en virtud de que en nuestro país no se encuentra reglamentada la donación de material genético, los centros de fertilidad y los bancos de gametas no tienen la obligación de conservar la información relativa a los donantes de las gametas, motivo por el cual existe el riesgo cierto de que la referida información se pierda de manera definitiva.

establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal correspondiente a esta materia".

El resolutorio guarda íntima relación con el análisis de la legitimación de los amparistas y, en este aspecto, adhiero al voto del camarista Gallegos Fedriani, por las razones que expondré.

2
Fecundación heteróloga

2.1. El favor filii *recupera su preeminencia*

Atento a que el derecho a la identidad es el "conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad"([4]), "la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez"([5]).

Mientras que el legislador de finales de siglo XX buscó la primacía de la verdad material como medio idóneo para que el hijo no quedara desprotegido frente al hombre que, al haber conducido de manera causalmente suficiente para engendrar un niño, buscaba eludir sus responsabilidades([6]), al regular las técnicas de fecundación heteróloga ha vulnerado la igualdad ante la ley de los niños concebidos mediante ellas respecto de los concebidos en forma natural, privilegiando así el *favor genitoris* –entendido como la protección del deseo de quienes desean tener un hijo con gametos aportados en forma anónima– por encima del *favor filii*. De este modo, "se favorece, por encima de cualquier otra consideración, el ejercicio individual de la potestad de reproducirse aislada de la consideración sobre la conveniencia para el futuro ser. El legislador (...) atiende al deseo actual e inmediato de la persona adulta que solicita una infraestructura legal y científica para alcanzar su deseo de maternidad. Por ello arbitra los medios adecuados para favorecer la existencia de donaciones, las envuelve en el anonimato y favorece la investigación científica en este campo además de otorgar las garantías legales para poder recurrir a las TRHA (técnicas de reproducción humana asistida) sin cortapisas"([7]). Quienes sostienen esta postura amplia afirman que "la filiación por TRHA posee sus propios principios rectores; el principio de autorresponsabilidad por la procreación y el principio de anonimato del donante. Ambos principios dan por resultado que la filiación que se establece es meramente formal"([8]).

En consonancia con ello, la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida –y la casi totalidad de los centros que realizan las prácticas de fecundación artificial extracorpórea– niega a las personas concebidas extracorpóreamente mediante fecundación heteróloga su derecho fundamental a la identidad al establecer la donación anónima([9]) –a título gratuito u oneroso([10])– de gametos. Al respecto, la Comisión de Derecho de Familia de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil concluyó por 42 votos afirmativos (contra 3 negativos) que "debe prohibirse todo contrato que tenga por objeto manipular o suprimir aspectos de la identidad"([11]), contrato que quedaría abarcado por la sanción de nulidad del art. 953 del cód. civil([12]), sin perjuicio de la responsabilidad penal por la posible comisión de los delitos de supresión y suposición del estado civil y de la identidad([13]).

Sin embargo, "aunque la figura del anonimato del donante todavía prima como opción preferida por el legisla-

(4) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Gelman vs. Uruguay", *supra* nota 49, párr. 122, y caso "Contreras y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas", sentencia del 31-8-11, Serie C, Nº 232, párr. 113.

(5) Cfr. caso "Contreras y otros vs. El Salvador", *supra* nota 94, párr. 113.

(6) Cfr. Lledó Yagüe, Francisco, *Fecundación artificial y derecho*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 79.

(7) Ales Uría Acevedo, María de las Mercedes, *El derecho a la identidad en la filiación*, Valencia, 2012, Tirant Lo Blanch, págs. 163-164.

(8) Cfr. Morán de Vicenzi, Claudia, *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, Lima, Ara Editores, 2005. Cit. por Ales Uría Acevedo, María de las Mercedes, *El derecho a la identidad...*, cit., nota Nº 298.

(9) "Existe consenso en que cada centro debe guardar un registro confidencial de la naturaleza de los donantes, receptores y de los nacidos (...) *La identidad de los donantes no debe ser revelada*, ni a los futuros padres, ni a los nacidos de los procesos de donación. Es responsabilidad de los padres, si así lo desean, el instruir a sus hijos respecto de la adopción de gametos (...) Existen excepciones al requerimiento de anonimato, ello ocurre cuando los receptores de común acuerdo con un familiar deciden la donación y adopción de gametos de un familiar conocido. En estos casos el anonimato se refiere exclusivamente a los hijos y la decisión es enteramente de los padres y de su relación con el o los progenitores (...) *Donación anónima* (...) 1) Mujeres que están participando en un programa de reproducción asistida, que tienen menos de 36 años y como consecuencia de la estimulación ovárica, producen más ovocitos de los que ellas pueden o desean usar. Estas mujeres pueden optar por donar los ovocitos remanentes y se comprometen a que *jamás conocerán o intentarán identificar a la receptora*. Tampoco tendrán información del devenir de los ovocitos donados. Es decir, si al fecundarlos y transferir los embriones a la receptora, esta logró un embarazo. *El anonimato también queda establecido para la receptora*, quien a través de un documento escrito, se compromete a no tener acceso ni a buscar la identidad de la donante. 2) Mujeres que sin tener necesariamente problemas de fecundidad, desean donar ovocitos, ya sea en forma altruística *o comercial*. Estas mujeres son sometidas a los mismos procedimientos de estimulación hormonal y aspiración folicular de una mujer que está siendo tratada para reproducción asistida. Las mujeres que optan por esta alternativa, lo hacen en forma anónima, debiendo resguardar el anonimato de la donante y la receptora. En cualesquiera de estas condiciones, la información es conservada en forma confidencial por el centro donde se efectúa el tratamiento" (el resaltado me pertenece). Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, *Consenso Latinoamericano en aspectos ético-legales relativos a las técnicas de reproducción asistida*, Reñaca, 1995, en www.redlara.com/esp/publicacoes.asp.

(10) La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida avala la donación comercial –es decir, a título oneroso– de gametos. "Mujeres que sin tener necesariamente problemas de fecundidad, desean donar ovocitos, ya sea en forma altruística o comercial". Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, *Consenso Latinoamericano...*, cit. Cfr. Pérez, Elena, *La crisis dispara la "venta" de óvulos*, Santiago, 2-2-10, Diario ABC, en http://www.abc.es/20100202/galicia-galicia/crisis-dispara-venta-ovulos-20100202.html; Barón, Ana, *Por la crisis, en EE.UU. subió la venta de semen, pelos y sangre*, 15-12-08, diario Clarín, en http://edant.clarin.com/diario/2008/12/15/elmundo/i-01822541.htm.

(11) Comisión Nº 6 de Derecho de Familia, *Conclusiones*, XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 29-9-11.

(12) Marrama, Silvia, *Fecundación* in vitro *y derecho: nuevos desafíos jurídicos*, Paraná, Dictum, 2012, colección Doctrina, cap. VI.

(13) La acción típica es "hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil de otro" (cfr. arts. 138, 139 y 139 bis, CP).

Manifestaron que se encontraban en juego los derechos a la salud, a la procreación, a la protección de la familia y a la identidad y solicitaron el dictado de una medida cautelar, que fue rechazada por la juez de primera instancia a fs. 26/27.

II. Que a fs. 73/74 vta. la juez de primera instancia rechazó la acción de amparo, con fundamento en que *"... en la acción que da lugar al presente amparo no existe siquiera un texto legal cuyo apego a la Constitución Nacional pueda ponerse en duda. En razón de ello la acción intentada carece de la madurez necesaria para configurar un caso o controversia judicial y se asemeja a una opinión consultiva o una declaración genérica"*. Se agregó que el proyecto de la hoy sancionada Ley Nº 26.862 de reproducción médicamente asistida *"...deja la puerta abierta a fin de hacer viable el reclamo de autos por ante los organismos competentes"*. Impuso las costas en el orden causado.

III. Que, contra ese pronunciamiento, la parte actora apeló y fundó su recurso a fs. 79/93.

En cuanto aquí interesa, los demandantes argumentan que el derecho de las personas nacidas en virtud de técnicas de fertilización asistida con material heterólogo a conocer su verdadera identidad debe prevalecer frente al derecho al anonimato del donante de gametas.

Manifiestan que en la Ley Nº 16.986 no se establece como requisito para la procedencia de la acción de amparo la existencia de una ley que lesione los derechos constitucionales, como lo consideró la juez *a quo*.

Por otro lado, sostienen que el proyecto que dio lugar a la Ley Nº 26.862, de reproducción médicamente asistida, no regula lo relativo al registro de la información acerca de la identidad de los donantes de gametas. En tal sentido, expresa que el 19 de noviembre de 2012 la Diputada Victoria Donda presentó un proyecto de ley por medio del cual se garantiza a las personas nacidas como consecuencia de técnicas de reproducción humana asistida con donación de gametas el acceso a la información respecto de la identidad de los donantes (expte. 8182-D-2012, trámite parlamentario 169), pero que no existe certeza de que ese proyecto pueda llegar a convertirse en ley.

Afirman que el derecho a la identidad de sus hijas no se encuentra condicionado a la aprobación de una ley, puesto que está consagrado en la Constitución Nacional y tutelado por el artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Finalmente, sostienen que la sentencia apelada resulta discriminatoria, dado que no reconoce a sus hijas el derecho a conocer su identidad biológica, que sí está reconocido en la Ley Nº 24.779 para los niños adoptados.

IV. Que, por su parte, a fs. 101/106 la Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales de la Capital Federal apeló el pronunciamiento de fs. 73/74 vta. por el que se rechazó la acción de amparo.

Sostiene que no resulta razonable supeditar el derecho de toda persona concebida en virtud de técnicas de fertilización asistida con material heterólogo a conocer su realidad biológica, al hecho de tener que realizar arduas investigaciones y averiguaciones en los centros de fertilidad y bancos de gametas, al alcanzar la mayoría de edad; máxime si se considera que la Ley Nº 24.779 de adopción incorporó al Código Civil el artículo 328, que resguarda el derecho de la persona adoptada a conocer su realidad biológica luego de cumplidos los 18 años.

En ese orden de ideas, expresa que si bien la referida ley de adopción no dispuso la creación de un registro como el que se pretende en el caso de autos, el espíritu de esa norma se endereza a la tutela del derecho a la identidad de las personas adoptadas. Al respecto, afirma que la pretensión de autos armoniza con la "lógica" y el "sustento científico" que se siguió con el dictado de la Ley Nº 23.511, que creó el Banco Nacional de Datos Genéticos en el que se almacena información genética a los fines de facilitar la recuperación de la identidad de niños apropiados durante la última dictadura militar.

Dice que a las personas nacidas por aplicación de un tratamiento reproductivo con gametos heterólogos les asiste el derecho a la identidad consagrado en el artículo 8º de la Convención sobre Derechos del Niño y el artículo 11 de la Ley Nº 26.061, por lo que el Estado Nacional no puede desconocerlo con sustento en disposiciones del derecho interno, por aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En ese sentido, considera que la autoridad pública no puede dejar librado al arbitrio de los centros de fertilidad y bancos de esperma el destino de la información vinculada a la identidad biológica de una gran cantidad de niños.

Considera que existe una amenaza inminente a los derechos de los niños debido a que los bancos de gametas y centros de fertilidad podrían perder la información de los donantes, ante la falta de obligación de conservarla.

Agrega que en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por el Decreto Nº 191/11 se regulan los derechos de las personas nacidas a través de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero, y se prevé la posibilidad de que esas personas accedan a la identidad del respectivo donante bajo ciertas condiciones; es decir, razones debidamente fundadas y evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local (artículo 564).

En síntesis, afirma que la información sobre los donantes debe ser protegida hasta tanto se legisle al respecto.

V. Que llegadas las actuaciones a esta instancia, se confirió traslado de los fundamentos de los recursos a la parte demandada, quien los contestó a fs. 119/120; asimismo, se dio intervención al Sr. Fiscal General, que dictaminó a fs. 122 y vta.

VI. Que, en primer término, cabe señalar que el Poder Judicial de la Nación solo interviene en el conocimiento y decisión de "causas" (artículo 116 de la Constitución Nacional), y que la legitimación procesal constituye un presupuesto necesario para que exista causa o controversia (Fallos: 326:2998 y 3007, entre otros). Al respecto, es dable recordar que, tras la reforma de 1994, la Constitución Nacional ha ampliado el universo de los sujetos legitimados para deducir la acción de amparo, tradicionalmente limitada a los particulares que fueran titulares de un derecho subjetivo individual. Si bien en determinados casos los derechos de contenido extrapatrimonial, relativos a la integridad, la salud, o la vida de las personas, han sido caracterizados "de incidencia colectiva" (Fallos: 329:4593 y sus citas), en el

---

dor para favorecer estas TRHA (técnicas de reproducción humana asistida), el estudio de las más recientes modificaciones en el Derecho comparado y la actividad de algunos grupos muestran un incipiente cambio de rumbo hacia la apertura en materia de secreto en torno a la progenitura biológica"([14]).

El mismo cambio de rumbo se registra en las sentencias judiciales, y es un claro ejemplo la que comento, que se enrola en la flamante y tuitiva tendencia jurisprudencial internacional.

En el ámbito académico, claras voces se escucharon, respecto de la fecundación heteróloga, en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, cuya Comisión de Derecho de Familia concluyó que "Los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica)"([15]), en consonancia con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño([16]).

De este modo, el *favor filii* recupera su preeminencia jurídica respecto del *favor genitoris*.

Más allá de lo expuesto, cabe denunciar que la violación del derecho a la identidad de los embriones fecundados por técnicas extracorpóreas es más frecuente de lo que se piensa y excede el problema del anonimato de los aportantes de gametos en las fecundaciones heterólogas, ya que también se configura por errores([17]) cometidos –y muchas veces no advertidos– en la transferencia embrionaria y por fraudes([18]) en la identidad del paciente, errores y fraudes que también se producen en las fecundaciones homólogas([19]).

2.2. Igualdad ante la ley: fecundación heteróloga y adopción

El destacado dictamen de la Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales de la Capital Federal claramente reconoce el derecho de igualdad ante la ley de los niños, cualquiera sea la fuente de su filiación, al decir que "no resulta razonable supeditar el derecho de toda persona concebida en virtud de técnicas de fertilización asistida con material heterólogo a conocer su realidad biológica, al hecho de tener que realizar arduas investigaciones y averiguaciones en los centros de fertilidad y bancos de gametas, al alcanzar la mayoría de edad; máxime si se considera que la ley 24.779 de adopción incorporó al Código Civil el artículo 328, que resguarda el derecho de la persona adoptada a conocer su realidad biológica luego de cumplidos los 18 años", y que "la pretensión de autos armoniza con la 'lógica' y el 'sustento científico' que se siguió con el dictado de la ley 23.511, que creó el Banco Nacional de Datos Genéticos en el que se almacena información genética a los

(14) Ales Uría Acevedo, María de las Mercedes, *El derecho a la identidad...*, cit., pág. 161.

(15) Comisión Nº 6 de Derecho de Familia, *Conclusiones*, cit.

(16) La Convención sobre los Derechos del Niño consagra el "derecho a la identidad" en los arts. 7º y 8º. En concordancia con ello, el art. 11 de la ley 26.061 dispone: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley". Este derecho subjetivo puede ejercerse acudiendo al Banco Nacional de Datos Genéticos, creado por la ley 23.511, que brinda asistencia técnica para esclarecer genéticamente vínculos biológicos cuestionados en sede judicial o en el ámbito particular.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto, entre otras, en la causa "Müller, Jorge" (CS, *in re* "Müller, Jorge", 13-11-90). En este caso, la mayoría del Tribunal dejó sin efecto la resolución por la que se ordenaba que a un menor de edad le fuera extraída sangre a fin de que se le realizara un examen de histocompatibilidad genética con personas que podrían ser sus abuelos biológicos. El fundamento de la mayoría se basó en que, a la luz de las circunstancias comprobadas del expediente, la adopción realizada en beneficio del menor de quien se quería efectuar la prueba sanguínea no se encontraba afectada por ningún vicio ni, menos aún, por ningún delito dentro de los que pudieran quedar involucrados los adoptantes, que se oponían a la realización de dicha prueba. El voto de Petracchi examina si la negativa del padre adoptivo a la realización de la prueba importa un adecuado ejercicio de la representación que ejerce, de modo tal que su voluntad pueda ser considerada vinculante para su representado. Considera que entre las garantías implícitas del art. 33 de la CN debe incluirse el "derecho de toda persona a conocer su *identidad de origen*": "Poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico lo trasciende (...) La dignidad de la persona está en juego, porque es la específica verdad personal, es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por proyectos de vida, elegidos desde la libertad (...) [Es que la persona] tiene la titularidad de un derecho, que es propiamente de ser ella misma, esto es, tener una propia verdad individual" (Rabbi Baldi Cabanillas, Renato, *Los derechos constitucionales como "derechos naturales": el punto de vista de la Corte Suprema durante el último decenio*, JA, 1999-IV-1200.). Puede compararse este precedente con el resuelto por la Corte en septiembre de 2003 (Cfr. CS, *in re* "Vázquez Ferra s/incidente de apelación", 30-9-03, JA, 2003-IV-434; LL, 2004-A-101).

(17) "Una mujer británica perdió la posibilidad de tener a su segundo hijo a través de técnicas de reproducción asistida al descubrir que su último embrión había sido implantado por error en otra paciente", *Por error médico se implantó el último embrión de una mujer en tratamiento de fertilidad a otra paciente*, en Revista on line ReproducciónAsistida.org, 10-8-09, http://www.reproduccionasistida.org. "En Italia, una pareja de piel blanca que se sometió a reproducción asistida sufrió el error al usarse una probeta de otra pareja africana y tuvo gemelos de piel negra. Por el error la pareja demandó a la clínica de fertilidad", *Una pareja de piel blanca demanda a una clínica de reproducción asistida tras tener gemelos de piel negra*, en Revista on line Reproducción Asistida.org, 4-8-09, http://www.reproduccionasistida.org.

(18) Durante el encuentro anual de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología, que se reunió en Praga, República Checa, del 18 al 21 de junio de 2006, se presentó el informe del Comité Internacional para la Supervisión de las Tecnologías de Reproducción Asistida (ICMART), que incluye datos de 52 países y cubre dos tercios de todos los tratamientos de fertilización *in vitro* del mundo. El Dr. Luca Sabatini, del Centro de Medicina Reproductiva del Hospital St. Bartholomew de Londres, afirmó que la investigación ha demostrado que en muchas clínicas del Reino Unido no existen suficientes salvaguardas para comprobar apropiadamente la identidad de los pacientes. El equipo del Hospital St. Bartholomew hizo una encuesta en las 70 clínicas del Reino Unido que tienen licencias. De estas respondieron 45, y se informó que se había dado el caso, o se sospechaba, de fraude en la identidad del paciente en el *37%*. Cfr. *Tres millones de niños probeta: Preocupación por las implicaciones éticas*, en Boletín electrónico Zenit, 11-7-06, www.zenit.org.

(19) Más allá de los fraudes que puedan producirse, el Dr. Chiesa explica que *toda fecundación artificial homóloga tiene una esencia inexorablemente heteróloga*: "Cuando la generación artificial se realiza con gametos de terceros, ya existe una cuestionable disociación de la paternidad, pero la misma también tiene lugar si el material genético es de una misma pareja, puesto que el padre principal del efecto (el que verdaderamente genera y da forma) sigue siendo el científico que, con su acción, sustituye al acto conyugal. Es decir, sea que se trate de una fecundación *in vitro* homóloga o heteróloga, la heterología siempre estará presente en la intervención del científico, aunque es justo reconocer que lo estará con mayor fuerza en los casos de donación de gametos" (Cfr. Chiesa, Pedro J. M., *El principio de causalidad en la imputación jurídica de la paternidad y de la maternidad de personas humanas cuyo origen es artificial,* Ponencia presentada en la Comisión Nº 6 de Derecho de Familia, de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 29-9-11).

presente caso no se advierte la existencia de razones suficientes para reconocer a los demandantes la representación universal de todos los menores que se hallan en situaciones análogas, es decir, interesados en preservar y eventualmente obtener la información relativa a los donantes de los gametos con que han sido concebidos. Ello es así porque lo resuelto en Fallos 332:111 con respecto a la legitimación del demandante y a los alcances "expansivos" de la cosa juzgada derivada de la sentencia respectiva debe ser considerado como una solución de excepción cuya ponderación debe ser formulada caso por caso, ya que la interpretación contraria conduciría a concluir que cualquier persona que invocara la afectación de un derecho humano fundamental ocasionada por una omisión estatal quedaría mecánicamente legitimada para promover una verdadera acción colectiva, en nombre y representación de todos aquellos afectados de manera análoga, sin que en nuestro régimen procesal exista una reglamentación general de las acciones de clase.

VII. Que, en el *sub examine*, y tal como ya se ha expresado, los amparistas, por derecho propio y en representación de sus dos hijas menores de edad, persiguen que el Poder Ejecutivo Nacional cree un registro con toda la información que poseen los centros de fertilidad y bancos de gametas del país legalmente habilitados respecto de los donantes de las gametas, a efectos de preservar esa información para que sus hijas y todas las personas nacidas en virtud de técnicas de fertilización asistida con material heterólogo, puedan ejercer su derecho a la identidad al cumplir la mayoría de edad, accediendo a esa información con la correspondiente autorización judicial. Sin embargo, y por las razones expresadas en el considerando precedente, cabe señalar que los demandantes deben considerarse como legitimados solamente en la medida en que representan el interés de su hija menor, concebida por medio del referido procedimiento de fertilización asistida, respecto de quien se desconoce la identidad de la donante de óvulos. En tal sentido, han manifestado que ya conocen la identidad de la donante de los óvulos con los cuales se realizó el tratamiento de fertilidad, a partir del cual fue concebida la mayor de sus hijas (v. fs. 2 vta.).

VIII. Que en el artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que constituye uno de los tratados internacionales a los que se refiere el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, se establece, en cuanto al caso interesa, que "[l]os Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre, y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas". Ese texto ha sido interpretado, de manera concordante con el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido de que el derecho del niño a la identidad se refiere tanto a la identidad en el sentido legal como a la verdadera o genuina, es decir, a conocer su identidad biológica (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Contreras vs. El Salvador", sentencia del 31 de agosto de 2011, apartados 112 y 113 –ver corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232%20_esp1.doc–; en el apartado 214 de la demanda interpuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ese litigio se pone de manifiesto que el texto definitivo del artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño tuvo origen en la propuesta alternativa presentada por la delegación argentina, acerca de la necesidad de incorporar el derecho a la identidad, tal como se expone en la nota al pie de página Nº 157 del apartado 214 de ese documento –ver www.cidh.org/demandas/12.517_ElSalvador_ESP.pdf–; en el mismo sentido se pronunció la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso "Godelli vs. Italia", del 25 de septiembre de 2012, en cuanto al alcance del derecho a conocer la identidad en sentido biológico).

IX. Que en el caso corresponde distinguir dos aspectos de la pretensión formulada por los demandantes: el primer aspecto se refiere al derecho a la conservación de la información obtenida por el centro médico que intervino en el procedimiento de fertilización asistida acerca de la identidad de la donante de los óvulos, y el segundo aspecto se refiere al derecho de una de las hijas de los coactores a tener acceso a esa información, y a las condiciones y modalidades bajo las cuales eventualmente podrá hacerlo en el futuro.

Con respecto al primer aspecto, tal como se ha señalado, en el artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce el derecho a la identidad, inclusive biológica, de conformidad con lo que se disponga al respecto en la legislación de cada Estado. Por tal razón, y a fines de garantizar la *posibilidad* de ejercicio efectivo del derecho reconocido en ese precepto, en las condiciones que establezca la legislación respectiva, corresponde hacer lugar de manera parcial a la demanda de amparo y, en consecuencia, ordenar al Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios necesarios, mediante el dictado de actos administrativos de alcance particular o general, para asegurar que el centro médico y/o el banco de gametas involucrado en el caso preserve la información relativa a la identidad del donante, y la mantenga de forma reservada y sin dar acceso a ella. Todo ello, en ejercicio de las atribuciones que las leyes les confieren para habilitar y reglamentar el funcionamiento de esa clase de instituciones; es decir, ya sea por una orden singular o bien mediante la toma de razón en una nómina general o la medida que estime más adecuada al respecto.

Es que la omisión estatal de obrar en tal sentido no condice con la obligación estatal de garantizar y respetar los derechos reconocidos en el artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 11 de la Ley Nº 26.061, por lo que, en las condiciones ya expuestas en los considerandos precedentes, cabe concluir que en la especie se dan los supuestos previstos en el artículo 1º de la Ley Nº 16.986 para admitir la acción de amparo.

---

fines de facilitar la recuperación de la identidad de niños apropiados durante la última dictadura militar".

2.3. El derecho a la identidad obliga al Estado a adoptar medidas que lo garanticen

Los camaristas Treacy y Alemany sostienen –citando el caso "Contreras"(20)– que "el derecho del niño a la identidad se refiere tanto a la identidad en el sentido legal como a la verdadera o genuina, es decir, a conocer su identidad biológica", y que en el apart. 214 de la demanda interpuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ese litigio se pone de manifiesto que el texto definitivo del art. 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño tuvo origen en la propuesta alternativa presentada por la delegación argentina, acerca de la necesidad de incorporar el derecho a la identidad(21).

Como corolario de lo expuesto en los acápites anteriores, el derecho de toda persona a la identidad no sólo abarca la exclusión de la injerencia estatal como aspecto negativo, sino también una serie de exigencias positivas entre las que se incluye la facultad de demandar que los poderes públicos adopten medidas necesarias para conocer efectivamente aspectos fundamentales de la propia vida personal y familiar(22), tal como sucede en el caso bajo análisis, máxime cuando es el Estado argentino quien –mediante la ley 26.862(23)– ha posibilitado la violación de este derecho primordial(24), en abierta contradicción con la promoción de la incorporación del derecho a la identidad en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En efecto, "las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad"(25).

Por ello, el destacable dictamen de la Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales de la Capital Federal afirma: "El Estado Nacional no puede desconocerlo con sustento en disposiciones del derecho interno, por aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En ese sentido, considera que la autoridad pública no puede dejar librado al arbitrio de los centros de fertilidad y bancos de esperma el destino de la información vinculada a la identidad biológica de una gran cantidad de niños. Considera que existe una amenaza inminente a los derechos de los niños debido a que los bancos de gametas y centros de fertilidad podrían perder la información de los donantes, ante la falta de obligación de conservarla".

Los camaristas que conforman la mayoría entienden que la pretensión formulada por los demandantes tiene dos aspectos: "el primer aspecto se refiere al derecho a la conservación de la información obtenida por el centro médico que intervino en el procedimiento de fertilización asistida acerca de la identidad de la donante de los óvulos, y el segundo aspecto se refiere al derecho de una de las hijas de los coactores a tener acceso a esa información, y a las condiciones y modalidades bajo las cuales eventualmente podrá hacerlo en el futuro".

Con respecto al primer aspecto, entiende la mayoría de la Sala que el art. 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho a la identidad, inclusive biológica, de conformidad con lo que se disponga en la legislación de cada Estado. "Por tal razón, y a fines de garantizar la *posibilidad* de ejercicio efectivo del derecho reconocido en ese precepto, en las condiciones que establezca la legislación respectiva, corresponde hacer lugar de manera parcial a la demanda de amparo y, en consecuencia, ordenar al Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios necesarios, mediante el dictado de actos administrativos de alcance particular o general, para asegurar que el centro médico y/o el banco de gametas involucrado en el caso preserve la información relativa a la identidad del donante, y la mantenga de forma reservada y sin dar acceso a ella".

Pero, con relación al segundo aspecto, relacionado con el modo de preservar y mantener esa información, entiende que lo relativo a la creación de un registro formal de carácter general y la determinación de las condiciones y modalidades en las que concretamente la menor interesada podrá tener acceso a ella constituye un asunto que es de resorte primario del legislador, y depende de la política legislativa que el Congreso Nacional adopte sobre la materia.

Sin embargo, el voto de la mayoría deja la puerta abierta a que, "ante una eventual alegación de inconstitucionalidad por parte de las personas debidamente legitimadas a tal efecto, corresponda examinar de manera concreta la compatibilidad y la coherencia de la regulación legislativa ya sancionada con los preceptos de rango superior inherentes a la materia en debate".

Por último, tanto el dictamen de la Defensoría Pública como el voto de la mayoría se fundan en que el art. 564 del proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación(26), prevé el acceso de las personas concebidas con gametos de un tercero a la identidad del respectivo donante bajo ciertas condiciones, por razones debidamente fundadas y evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

En efecto, el art. 558 establece: "Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surte los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación". Y el Título V "Filiación", en su Capítulo II "Reglas relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida" regula en su art. 560 el consentimiento informado de las personas que se someten a las técnicas; art. 561, la voluntad procreacional como fuente de filiación –pese a haberlo desaconsejado las Jornadas Nacionales de Derecho Civil(27)–; art. 562, la gestación por sustitución, vulgarmente denominada "alquiler de vientres", y art. 563, la filiación *post mortem*; y el

(20) Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Contreras vs. El Salvador", sentencia del 31-8-11, aparts. 112 y 113, ver corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232%20_esp1.doc.

(21) Tal como se expone en la nota al pie de página Nº 157 del apart. 214 de ese documento –ver www.cidh.org/demandas/12.517_ElSalvador_ESP.pdf–; en el mismo sentido se pronunció la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso "Godelli vs. Italia", del 25-9-12, en cuanto al alcance del derecho a conocer la identidad en sentido biológico.

(22) De Verda y Beamonte, José R., *Libertad de procreación y libertad de investigación*, LL, 2005-I-1510.

(23) Marrama, Silvia, *Interpretación armónica, análisis crítico y propuestas de reforma de la ley nacional 26.862*, ED, 255-673.

(24) Marrama, Silvia, *Tutela de los derechos de los embriones. Análisis del Proyecto de Ley Nº 10854 - 8280 de autoría del Senador Melchiori*, ED, diario nº 13.488 del 22-5-14.

(25) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso "Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas", cit. en Sentencia de 27-4-12.

(26) Redactado por la Comisión de Reformas designada por el decreto 191/11.

(27) La voluntad procreacional no es fuente autónoma suficiente para fundar el estado de familia. Conclusiones Comisión Nº 6: "Incidencia de la ley 26.618 en el derecho de familia", XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 29-9-11.

Sin embargo, con relación al segundo aspecto cabe advertir que lo relacionado con el modo de preservar y mantener esa información, es decir, lo relativo a la creación de un registro formal de carácter general y lo relativo a la determinación de las condiciones y modalidades en las que concretamente la menor interesada podrá tener acceso a ella constituye un asunto que es de resorte primario del legislador; y depende de la política legislativa que concretamente el Congreso Nacional adopte sobre la materia.

Al respecto, cabe recordar que no es posible sustituir al poder legislador en las funciones que le son propias y ejerce de acuerdo con las mayorías exigidas por la Constitución Nacional; ni corresponde a los jueces reemplazar la voluntad de los legisladores en lo relativo al acierto y conveniencia de la política legislativa sancionada en ejercicio de sus competencias constitucionales (cf. Fallos: 277:25; 300:700; 335:1315). Todo ello, sin perjuicio de que, ante una eventual alegación de inconstitucionalidad por parte de las personas debidamente legitimadas a tal efecto, corresponda examinar de manera concreta la compatibilidad y la coherencia de la regulación legislativa ya sancionada con los preceptos de rango superior inherentes a la materia en debate.

X. Que, en el orden de ideas ya expuesto cabe destacar que en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación aprobado recientemente por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación se establece: *"Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento"* (artículo 563). Por otro lado, se dispone: *"Contenido de la información. A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local"* (artículo 564). Además, se prevé: *"Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. (...) Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena"* (artículo 575).

En los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación del designado por el Decreto Nº 191/11 relativo a la cuestión en estudio, cuyo texto no fue modificado sustancialmente en el proyecto aprobado por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación en lo que respecta al tema bajo análisis, se estableció que *"La reforma regula otra cuestión que se deriva del uso de gametos de terceros como es el derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos a través de estas técnicas; doctrina y jurisprudencia derivan el derecho a conocer los orígenes de la noción de identidad, como un derecho humano, de considerable peso en la historia argentina. Si bien el Anteproyecto establece la regla del anonimato, prevé supuestos de apertura o flexibilización de dicho carácter. En efecto, se reconoce el derecho de las personas nacidas de este modo a obtener información médica sobre los donantes en caso de riesgo para la salud, sin necesidad de intervención judicial. La identidad del donante, en cambio, puede ser develada cuando se invocan otras razones debidamente fundadas, que deben ser evaluadas por la autoridad judicial (no ya administrativa) en atención a los intereses en juego. De este modo, la reforma adopta una postura intermedia, frente a un panorama dispar en el derecho comparado. Se sigue de cerca la legislación española (Ley nº 14/2006) pero se abre la posibilidad de abandonar el anonimato frente a razones fundadas que deben ser valoradas judicialmente"*.

XI. Que, en ese mismo orden de ideas, corresponde poner de relieve que en la legislación comparada existen diferentes posturas en relación con la materia objeto de este amparo. Así, en las regulaciones de Reino Unido, Holanda, Australia, Nueva Zelanda, Finlandia, Noruega y Suecia se privilegia el derecho del niño a conocer su origen. Por su parte, en Bulgaria, Bélgica e Islandia se permite que la elección sea llevada adelante por los donantes o receptores. Portugal y Brasil siguen una posición intermedia, en virtud de la cual se permite conocer la identidad del donante en determinadas circunstancias. En cambio, en las legislaciones de Francia, Dinamarca y Rusia se mantiene el anonimato del donante (cf. De la Torre, Natalia y otros, "Técnicas de reproducción humana asistida", en Herrera, Marisa [directora], *Teoría y práctica del derecho de familia hoy*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, págs. 492/493). Por tanto, y tal como se ha expresado, lo relacionado con la creación de un registro general, y la determinación de las condiciones y modalidades de acceso quedan librados a las decisiones de política legislativa que oportunamente se adopten al respecto (cf. Lloveras, Nora - Orlandi, Olga - Faraoni, Fabián Eduardo, "El derecho a la identidad y el emplazamiento filiatario en las prácticas de procreación asistida",

---

art. 564, el derecho a la información de las personas nacidas mediante aporte de gametos de terceros.

Este último artículo del capítulo dice: "Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede: a) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local; b) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud".

El proyecto –Expte. Nº 57/12–, fue aprobado con modificaciones por el Senado el 28 de noviembre de 2013, mediante una votación a libro cerrado, con supresión de las disposiciones de los arts. 562 y 563 sobre gestación por sustitución y filiación *post mortem*, y con modificación del art. 564 (que se desdobla en los arts. 563 y 564) *in fine*, como sigue: "obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud"; es decir, se utiliza, a mi juicio, un criterio más amplio que el riesgo para la salud, que es el de la relevancia para la salud. Si bien considero que el criterio se ha ampliado, resulta aún insuficiente, ya que no tendrían que existir restricciones de acceso a la información como ejercicio del derecho a la identidad.

Los camaristas Treacy y Alemany transcriben, asimismo, los fundamentos del Anteproyecto redactado por la Comisión designada por el decreto 191/11, que establecen: "La reforma regula otra cuestión que se deriva del uso de gametos de terceros como es el derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos a través de estas técnicas; doctrina y jurisprudencia derivan el derecho a conocer los orígenes de la noción de identidad, como un derecho humano, de considerable peso en la historia argentina. Si bien el Anteproyecto establece la regla del anonimato, prevé supuestos de apertura o flexibilización de dicho carácter. En efecto, se reconoce el derecho de las personas nacidas de este modo a obtener información médica sobre los donantes en caso de riesgo para la salud, sin necesidad de intervención judicial. La identidad del donante, en cambio, puede ser develada cuando se invocan otras razones debidamente fundadas, que deben ser evaluadas por la autoridad judicial (no ya administrativa) en atención a los intereses en juego. De este modo, la reforma adopta una postura intermedia, frente a un panorama dispar en el derecho comparado. Se sigue de cerca la legislación española (Ley nº 14/2006) pero se abre la posibilidad de abandonar el anonimato frente a razones fundadas que deben ser valoradas judicialmente".

3
Legitimación. Acciones de clase

La divergencia entre el voto de la mayoría y la disidencia radica en la legitimación de los amparistas para representar a todos los menores que se hallan en la misma situación que sus hijas.

El voto de la mayoría sostiene que los demandantes deben considerarse como legitimados solamente en la medida en que representan el interés de su hija menor, concebida por medio del referido procedimiento de fertilización asistida, respecto de quien se desconoce la identidad de la donante de óvulos, ya que en autos han manifestado que conocen la identidad de la donante de los óvulos con los cuales se realizó el tratamiento a partir del cual fue concebida la mayor de sus hijas.

Afirma, sin fundarlo: "Si bien en determinados casos los derechos de contenido extrapatrimonial, relativos a la integridad, la salud, o la vida de las personas, han sido caracterizados 'de incidencia colectiva' (Fallos: 329:4593 y sus citas), en el presente caso no se advierte la existencia de razones suficientes para reconocer a los demandantes la representación universal de todos los menores que se hallan en situaciones análogas, es decir, interesados en preservar y eventualmente obtener la información relativa a los donantes de los gametos con que han sido concebidos (...) la legitimación del demandante y a los alcances 'expansivos' de la cosa juzgada derivada de la sentencia respectiva debe ser considerado como una solución de excepción cuya ponderación deber ser formulada caso por caso, ya que la interpretación contraria conduciría a concluir que cualquier persona que invocara la afectación de un derecho humano fundamental ocasionada por una omisión estatal quedaría mecánicamente legitimada para promover una verdadera acción colectiva, en nombre y representación de todos aquellos afectados de manera análoga, sin que en nuestro régimen procesal exista una reglamentación general de las acciones de clase".

Por su parte, Gallegos Fedriani entiende que "corresponde reconocer la legitimación colectiva de los amparistas, puesto que persiguen la protección de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos en los términos establecidos por la Corte Suprema en el precedente 'Halabi' (Fallos: 332:111)".

El caso citado es el primer fallo en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió la procedencia de las acciones de clase, y distinguió, a los fines de establecer la legitimación procesal, tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En tal sentido, Quiroga Lavié sostiene: "Los derechos colectivos, o de incidencia colectiva como los llama la Constitución, no son solamente aquellos cuyo objeto o situación de ventaja merecedora de protección resulta común a un grupo indeterminado de personas, e indivisible en su materialidad, como es el caso del medio ambiente. También alcanza su tutela a derechos individuales divisibles y mensurables, en relación con el objeto materia de su prestación, cuando resultan equivalentes entre sí y la afectación que han sufrido ha sido producida por un acto administrativo único aplicable de un sector o grupo indeterminado de personas([28]).

Además: "No deben soslayarse los fines en miras de los cuales se pretende la implementación y regulación de este instituto. Al respecto, este tipo de procesos amplía las herramientas procesales, permitiendo acumular una multiplicidad de procesos en sólo uno, lo que se traduce en mayor economía procesal, mayor desconcentración de los tribunales y disminución del riesgo de la existencia de sentencias contradictorias. Por lo expuesto, si la implementación de este tipo de acciones resulta beneficiosa tanto para la administración de justicia como para los contendientes, resulta irrazonable limitar su procedencia a los supuestos en los cuales se encuentren en discusión derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (...) en el campo de los Procesos Colectivos, cuando un legitimado colectivo entabla una acción de este tipo, con el objeto de que luego de un proceso los efectos de la sentencia se extiendan a otros sujetos que se encuentran en una posición similar pero que no necesariamente fueron parte en ese proceso, actúa por nombre propio, pero en defensa de un interés compartido o ajeno"([29]).

Como se advierte de la lectura de los párrafos precedentes, asistía razón a los amparistas en cuanto a la legitima-

(28) Quiroga Lavié, Humberto, *El amparo colectivo,* Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 132.

(29) Vergara, Nicolás D., *Acciones de clase: análisis de los proyectos de ley en el Congreso de la Nación de la República Argentina*, EDLA, 2012-A-1167.

en Lloveras, Nora - Herrera Marisa [directoras], *El derecho de familia en Latinoamérica*, Buenos Aires, Nuevo Enfoque Jurídico, 2010, págs. 667/695; Durán Rivacoba, Ramón, *Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre la reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma*, Revista Ius et Praxis, Año 16, Nº 1, 2010, págs. 3/54; Corral Talciani, Hernán, *Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos*, Revista Ius et Praxis, Año 16, Nº 2, 2010, págs. 57/88).

XII. Que en cuanto a las costas, corresponde imponer las de ambas instancias en el orden causado, en virtud del carácter novedoso y complejo de las cuestiones controvertidas en la causa (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por todo lo expuesto, corresponde: Admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto; dejar sin efecto la sentencia apelada; hacer lugar, también en parte, a la demanda de amparo; y ordenar al Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de que sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal correspondiente a esta materia. Con costas por su orden en ambas instancias. Así votamos.

El Sr. Juez de Cámara, Dr. *Pablo Gallegos Fedriani*, dice:

I. Que en cuanto al relato de los hechos me remito a lo expuesto en los considerandos I a V del voto que antecede.

II. Que, en primer lugar, cabe poner de resalto que la pretensión de los coactores se limita a que se ordene la creación de un registro estatal con la información que posean los centros de fertilidad y bancos de esperma legalmente habilitados respecto de los donantes de óvulos y esperma, a efectos de que tales datos sean conservados para que sus hijas y todas las personas nacidas en virtud de tratamientos reproductivos con gametos de terceros tengan la posibilidad de acceder a esa información con la correspondiente autorización judicial al cumplir la mayoría de edad.

III. Que, sentado ello, corresponde reconocer la legitimación colectiva de los amparistas, puesto que persiguen la protección de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos en los términos establecidos por la Corte Suprema en el precedente "Halabi" (Fallos: 332:111).

Ello es así, dado que, por un lado, existe un hecho único que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos homogéneos, que está constituido por la ausencia de reglamentación específica que establezca la obligatoriedad de la conservación de la información relativa a los donantes de gametas.

Por su parte, la pretensión procesal está enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho, dado que los actores pretenden que se resguarde toda la información de los donantes de gametas que posean los centros de fertilidad y bancos de esperma.

Además, el ejercicio de la acción individual no aparece plenamente justificado, ya que no tiene sentido exigir

---

ción que afirmaban. "Ello es así [sostiene el camarista que vota en minoría], dado que, por un lado, existe un hecho único que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos homogéneos, que está constituido por la ausencia de reglamentación específica que establezca la obligatoriedad de la conservación de la información relativa a los donantes de gametas. Por su parte, la pretensión procesal está enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho, dado que los actores pretenden que se resguarde toda la información de los donantes de gametas que posean los centros de fertilidad y bancos de esperma", por cuanto la posibilidad de violación del derecho a la identidad de los embriones se vincula íntimamente con problemas filiatorios y de consanguinidad(30).

3.1. La legitimación de los Defensores de Menores

Si bien, a mi juicio, también podría haber excitado la jurisdicción en este caso el Ministerio Público Pupilar(31) –quien hubiese actuado por nombre propio, pero en defensa de un interés ajeno (cfr. art. 43, CN), solución que adoptó el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica(32)–, los proyectos de ley sobre la materia, en su mayoría, atribuyen legitimación para iniciar acciones de clase sólo a los afectados directos por el hecho dañoso. Esa restricción en la legitimación merecerá, en caso de convertirse en ley, la tacha de inconstitucionalidad(33). La legitimación de los Defensores de Menores se funda en el art. 59 del cód. civil, que establece la representación promiscua del Ministerio de Menores, so pena de nulidad de todo acto o juicio en el cual no hubieren participado.

La reforma constitucional de 1994 constituye un significativo avance al considerar el derecho de defensa no solamente como una garantía dogmática –cfr. art. 18, CN–, sino como una garantía orgánica(34), ya que se ha instituido un órgano de la máxima jerarquía normativa, el Ministerio Público de la Defensa(35), creado exclusivamente para proteger a las personas frente a las eventuales violaciones de sus garantías constitucionales. Del enunciado del art. 120 de la CN surge claramente la función "requirente" o "postulante" del Ministerio, ya sea como fiscal, como defensor público de pobres, ausentes e incapaces, o como órgano colectivo tutelar de la persona y de los bienes de aquellos. El Defensor de Menores no es, pues, un mero funcionario de control del proceso, ni un simple colaborador del juez, o puramente órgano de consulta de los Tribunales en materia civil, de familia o de menores. La ley mencionada le exige una participación activa en la protección y defensa de los más débiles y vulnerables de la comunidad. El Ministerio de Menores puede, por lo tanto, promover acciones por sí mismo(36), asumiendo la condición de parte, además de su rol tradicional de intervención ante la existencia de intereses de un menor comprometidos en el proceso.

Es más, considero que los Defensores de Menores no sólo están facultados sino obligados a interponer una acción de amparo ante el grave riesgo de violación del derecho a la identidad de los niños concebidos en forma heterólogа, en virtud, v.gr, de lo dispuesto por los arts. 1º, 30 y 31 de la ley nacional 26.061(37) (el art. 30 establece la obligación de los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados, y de todo agente o funcionario público de comunicar a la autoridad competente la vulneración de los derechos de las niñas, los niños o adolescentes, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión), y de la obligación de denuncia de delitos de acción pública –tales como la supresión y suposición del estado civil y de la identidad(38)– que pesa sobre todo funcionario público, entre otras normas, en particular, cuando se trata, como en el caso de marras, de "asegurar a los niños (...) la efectiva vigencia y operatividad de los derechos (...) a la identidad" (art. 10, ley 9861 de la Provincia de Entre Ríos).

Por otra parte, en el ámbito provincial y según lo dispone el art. 56 de la Constitución de Entre Ríos, "todo habitante de la Provincia, las personas jurídicas reconocidas en la defensa de derechos o intereses de incidencia colectiva", quedan habilitados "cuando exista una afectación o el riesgo de una lesión a derechos difusos o de titularidad colectiva", reconocidos en ella.

4
Conclusión

En 1924 la Liga de las Naciones afirmaba: "La humanidad le debe al niño lo mejor de sí"(39). Desde entonces, el derecho internacional ha evolucionado hasta reconocerlo como sujeto de derecho, y no sólo como objetivamente merecedor de protección jurídica(40). El reconocimiento de los niños como sujetos de derecho impone al Estado argentino –en sus tres Poderes– la obligación internacional de aplicar los tratados que protegen sus derechos fundamentales, so pena de responder internacionalmente(41). Respecto de "las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad"(42).

El fallo que comentamos resguarda el derecho a la identidad de una niña y, desde esa perspectiva, es muy loable, ya que su presupuesto es el reconocimiento de tal derecho para las personas concebidas mediante técnicas heterólogas.

Pero quedan miles de niños argentinos crioconservados e, incluso, nacidos cuyo derecho a la identidad no se encuentra efectivamente asegurado por este fallo, y a quienes debemos "lo mejor de nosotros mismos" como país, lo cual, en el plano jurídico, implica la máxima y efectiva protección de sus derechos fundamentales por parte del Estado.

VOCES: BIOÉTICA - PERSONA - MENORES - NACIMIENTO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS HUMANOS - PODER JUDICIAL - AMPARO - SALUD PÚBLICA - ORGANISMOS INTERNACIONALES - TECNOLOGÍA - PODER LEGISLATIVO - DERECHO CIVIL - LEY - CONTRATOS - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - FAMILIA - PATRIA POTESTAD - ORDEN PÚBLICO

(30) *Polémica: un solo donante de esperma tuvo 150 hijos. Lo descubrió la mamá de uno de ellos en EE.UU.*, en diario Clarín del 7-9-11, http://www.clarin.com/sociedad/salud/Polemica-solo-donante-esperma-hijos_0_550145067.html.

(31) La representación legal de las personas por nacer se estructura con un espíritu tuitivo, y dicho aserto encuentra su máxima expresión con la implementación por nuestro sistema legal de un organismo perteneciente a la esfera del Poder Judicial, llamado para concretar acciones de contralor y resguardo del incapaz de obrar. Al decir de Palacio: "Le corresponde la misión de velar por la persona, bienes, y derechos de los menores y demás incapaces, sea mediante la intervención en los asuntos judiciales concernientes a esas cuestiones, sea a través del asesoramiento y vigilancia que con respecto a ellas desempeñan en el ámbito extrajudicial". Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil. Sujetos del Proceso*, 5ª reimp., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, t. II, págs. 588 y 589.

(32) Vergara, Nicolás D., *Acciones de clase: análisis...*, cit.

(33) Ídem.

(34) "Un avance significativo de la reforma constitucional fue jerarquizar el Ministerio Público de la Defensa, creando el cargo de Defensor General de la Nación. Hoy podemos afirmar que luego de la reforma constitucional de 1994 se ha terminado de configurar la garantía del derecho de defensa en juicio que establece el artículo 18 de la Constitución. A partir de la reforma no solamente es inviolable, sino que existe un órgano independiente con jerarquía constitucional, el Ministerio Público de la Defensa, que está para asegurar esa inviolabilidad". Cfr. Gilardenghi, Aníbal, *La Defensa Pública Oficial en Argentina*, ponencia presentada en el Primer encuentro de la Defensa Pública Oficial Argentina, desarrollado en Córdoba, 2003.

(35) La Constitución Nacional, reformada en 1994, en su art. 120 define al Ministerio Público como "un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República", lo cual se ve precisado por la sanción de la Ley Orgánica Nacional del Ministerio Público 24.946, y su correlativa provincial 9544.

(36) Así lo establece expresamente la ley 9544 de la Provincia de Entre Ríos en su art. 1º, que dispone: "El Ministerio Público tendrá independencia orgánica, funcional y tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad". Por otra parte, el art. 5º establece como funciones propias del Ministerio Público las siguientes: "g) velar por la observancia de la Constitución Nacional, las leyes de la República, la Constitución de Entre Ríos y las leyes dictadas con arreglo a la misma; h) velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal; i) promover o intervenir en cualesquiera causas o asuntos y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores". Y respecto de los Defensores Públicos de Menores e Incapaces, la Ley Orgánica Provincial del Ministerio Público, antes citada, establece en su art. 40 como deberes y atribuciones: "a) Intervenir en los términos del art. 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los menores (...) c) Promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores (...) e) Requerir a las autoridades judiciales la adopción de medidas tendientes a mejorar la situación de los menores (...) cuando tomen conocimiento de malos tratos, deficiencias u omisiones en la atención que deben dispensarles sus padres (...) f) Peticionar a las autoridades judiciales la aplicación de las medidas pertinentes para la protección integral de los menores e incapaces expuestos por cualquier causa a riesgos inminentes y graves para su salud física o moral (...) t) Preservar los derechos de los incapaces en los marcos previstos por (...) todo orden normativo vigente o que se dictare, en defensa y preservación de los derechos fundamentales de los incapaces (...) u) Cumplir con la obligación de agotar los recursos legales contra las resoluciones adversas a sus asistidos, salvo que consideren que la modificación de lo resuelto puede afectar en mayor grado el interés de su representado".

(37) Y por los arts. 23 y 71 de la ley 9861 de la Provincia de Entre Ríos.

(38) Cfr. arts. 138, 139 y 139 bis, CP.

(39) Adoptada en Ginebra, en 1924, por la Liga de las Naciones.

(40) Cfr. Ales Uría Acevedo, María de las Mercedes, *El derecho a la identidad...*, cit., págs. 48-49.

(41) Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 11/90, parág. 23, cit. en consid. 15, "Portal de Belén s/amparo", CS, 5-3-02.

(42) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso "Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas", cit.

a cada una de las personas afectadas que promueva una demanda peticionando el resguardo de los datos de los donantes de las gametas utilizadas en el procedimiento de fertilización asistida a partir del cual fue concebida.

Finalmente, se observa que existe un fuerte interés estatal en la protección de los derechos involucrados, toda vez que la cuestión a resolver se vincula directamente con los derechos fundamentales de los niños nacidos a través de técnicas de fertilización con gametos de terceros, como son los derechos a la identidad y a la salud, que se encuentran consagrados en los artículos 8º, inciso 1º, y 24 de la Convención sobre Derechos del Niño y los artículos 11 y 14 de la Ley de Proteccion Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes Nº 26.061.

IV. Que, tal como lo alegan los recurrentes, en nuestro sistema jurídico no existe una regulación específica respecto de la preservación y conservación de la información vinculada a los donantes de gametas ni se encuentra reglamentada la donación de material genético.

En tal sentido, cabe señalar que el proyecto de ley presentado por la Diputada Victoria Donda y tramitado en el expediente Nº 8182-D-2012 –trámite parlamentario 169 (19/11/2012)–, en el que, en lo que aquí interesa, se disponía la implementación de un registro con la información de las personas que brindaron el material genético, perdió estado parlamentario por no haber sido tratado oportunamente. Por otro lado, se advierte que si bien en el artículo 564 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación se dispone el acceso de personas nacidas a través de técnicas de reproducción humana asistida a la información vinculada a los donantes de gametas en ciertos supuestos, en ese cuerpo normativo no se prevé expresamente ni la modalidad ni la obligatoriedad de la conservación de esos datos; y, además, para que el acceso a esa información no resulte de imposible cumplimiento, es indispensable que hasta tanto se sancione el referido código los datos en cuestión estén correctamente resguardados.

V. Que, como consecuencia de lo expuesto, se advierte que la ausencia de regulación específica que determine la obligatoriedad de la conservación de la información relativa a los donantes de gametas implica un riesgo inminente de que se pierdan los datos en trato y, en consecuencia, las personas nacidas en virtud de técnicas de fertilización con gametos de terceros sufran una irremediable afectación de sus derechos fundamentales.

En tales condiciones, corresponde hacer lugar a los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y por la Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales de la Capital Federal y, en consecuencia, ordenar al Poder Ejecutivo Nacional que cree un registro con la información que posean los centros de fertilidad y bancos de esperma del país legalmente habilitados respecto de los donantes de óvulos y esperma. Con costas a la parte vencida (artículo 14 de la Ley Nº 16.986). Así voto.

Por ello, por mayoría, *se resuelve*: Admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto; dejar sin efecto la sentencia apelada; hacer lugar, también en parte, a la demanda de amparo; y ordenar al Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de que sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal correspondiente a esta materia. Con costas por su orden en ambas instancias.

Regístrese, notifíquese a las partes por Secretaría y a los Sres. Fiscal General y Defensora Pública Oficial en sus públicos despachos, y devuélvase. – *Guillermo F. Treacy.* – *Jorge F. Alemany.* – *Pablo Gallegos Fedriani* (en disidencia).

Requerimiento de Elevación a Juicio:

Requisitos: apartamiento del hecho del auto de procesamiento; nulidad. **Nulidad Procesal:** Requerimiento del Ministerio Público: admisión.

1 – *Corresponde hacer lugar al recurso de apelación de la defensa y declarar la nulidad del requerimiento de elevación a juicio del Ministerio Público, pues el fiscal se apartó del marco fáctico fijado en el auto de procesamiento, ya que si bien el imputado en el acto de la declaración indagatoria tomó conocimiento de las imputaciones alternativas formuladas (haberse apoderado de la motocicleta o haber recibido dicho vehículo proveniente de un delito), el auto de procesamiento se circunscribió a la hipótesis de encubrimiento por recepción, descartando así la posibilidad de reprocharle el apoderamiento ilegítimo del rodado* (de la mayoría).

2 – *No procede el planteo de declarar la nulidad del requerimiento de elevación de juicio por la violación al principio de congruencia, pues al encartado se le imputó la sustracción del automotor cuando fue procesado por el encubrimiento de este, en la medida en que en su declaración indagatoria y en el auto de procesamiento se incluyó la descripción de los dos hechos en forma alternativa, por lo que no puede predicarse una ausencia de correlación que deba sancionarse con la nulidad de la pieza procesal cuestionada, al poder existir entre ambos tipos penales una relación de alternatividad, cuando en casos como en el* sub examine *recaen sobre el mismo objeto* (de la disidencia del doctor Scotto). A.L.R.

58.395 – CNCrim. y Correc., sala VII, mayo 12-2014. – C., E. L. s/ nulidad. Robo agravado.

En Buenos Aires, 12 de mayo de 2014

Y *Vistos*:

El juez *Mariano A. Scotto* dijo:

Si bien la defensa planteó la existencia de una violación al principio de congruencia, por cuanto en el requerimiento de elevación a juicio concretado por el Ministerio Público Fiscal (fs. 122) se imputó a E. L. C. la sustracción del automotor cuando fue procesado por el encubrimiento del mismo, en la medida en que en la declaración indagatoria del nombrado (fs. 104/105) y en el auto de procesamiento (fs. 107/110) se incluyó la descripción de los dos hechos en forma alternativa, no puede entonces predicarse una ausencia de correlación que deba sancionarse con la nulidad de la pieza procesal cuestionada.

En tal sentido, no obstante que los eventos abarcados por los tipos penales señalados reconocen una estructura diferente, y aun de exclusión entre ellos –por la ajenidad que requiere el artículo 277 del Código Penal–, no puede soslayarse la relación de alternatividad que puede existir entre los mismos en casos como en el *sub examen* pues recaen sobre el mismo objeto. Ello ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos pronunciamientos en los que señaló que "[d]ada la relación de alternatividad que media entre las figuras de robo y encubrimiento, una resolución de mérito que desvincule al prevenido del primer delito no requiere necesariamente su sobreseimiento sino que basta con imputarse el segundo..." –del dictamen del Procurador General de la Nación al que remitió la C.S. (Competencia nº 1630 XLI, "L., J. J. s/encubrimiento agravado", t. 329, p. 3455, rta. 24/8/06, entre otros).

Así, frente a estos casos y para evitar que ante la absolución por uno de los hechos sea necesario sustanciar un nuevo proceso por el otro, la solución aceptada por el Máximo Tribunal es la acusación alternativa o subsidiaria, al señalar que "el fundamento de la institución..., basada en el hecho diverso, debe buscarse en la razón práctica consistente en evitar que el proceso vuelva a una etapa anterior para que se reformule la requisitoria fiscal y, tal vez, el auto de elevación a juicio, en violación, justamente, de los principios de preclusión y progresividad y de la garantía del *non bis in idem*" (Fallos: 325:3118).

También, para el ámbito de aplicación del ordenamiento procesal nacional, la jurisprudencia ha reconocido que "La circunstancia de que en el hecho imputado tanto en la declaración indagatoria, como en el auto de procesamiento, su ampliación, y en el requerimiento de elevación a juicio, se utilice una acusación alternativa o subsidiaria [de] supresión de la numeración del arma y, subsidiariamente, para el caso de que no se constate su participación, su encubrimiento–, lejos de vulnerar el principio de congruencia o la defensa en juicio, permite al inculpado y a su defensa técnica conocer la imputación que se le dirige. Esta acusación alternativa o subsidiaria no viola el principio de congruencia, ya que existe correlación entre la declaración indagatoria, el auto de procesamiento, su ampliación, y el requerimiento de elevación a juicio, al abarcar todas

EDICTOS

CITACIONES

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil Nº 67 a cargo de la Dra. **Marcela Eiff**, secretaría única a cargo de la Dra. **Castro Paula Andrea**, con sede en la calle Uruguay 714 Piso 6º de Capital Federal en los autos caratulados "RAMIREZ VICTOR ALEJANDRO Y OTRO c/ MAZZETO MARIO ARIEL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ACC DE TRAN c/ LES O MUERTE) cita y emplaza al Sr. MAZZETO LUIS RODOLFO para que en plazo de quince días comparezca a tomar la intervención que le corresponda en autos bajo apercibimiento de designarse defensor oficial para que lo represente en juicio. El presente edicto deberá publicarse por dos días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 06 de junio de 2014. **Julio F. Ríos Becker**, sec.

I. 4-7-14. V. 7-7-14 2905

CIUDADANÍA

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, Secretaría Nº 15, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que a LINA ROUSTEK, nacida en SAFITA - REPÚBLICA ARABE SIRIA, el día 05 de julio de 1987, con DNI Nº 94.019.508, ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Buenos Aires, 9 de junio de 2014. **José Luis Cassinerio**, sec.

I. 4-7-14. V. 7-7-14 2902

SUCESIONES

El Juzgado Nacional en lo Civil Nº 71 cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de RADAMES CROSA CONDINS a presentarse en autos a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 3 de junio de 2014. **Paula Andrea Castro**, sec.

I. 3-7-14. V. 7-7-14 2898

El Juzgado Nacional Civil de Primera Instancia Nº 47, cita y emplaza a herederos y acreedores de RAFAEL SERFATY a estar a derecho. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 9 de junio de 2014. **Viviana Silvia Torello**, sec.

I. 4-7-14. V. 8-7-14 151

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 96, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de Doña CARMEN ELENA POLOLA a fin de hacer valer sus derechos. El presente deberá publicarse por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 28 de marzo de 2014. **María Constanza Caeiro**, sec.

I. 3-7-14. V. 7-7-14 2897

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 15, Secretaría Única, cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de FEUERMANN ETHEL MARTA a efectos de valer sus derechos. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 24 de junio de 2014. MA. **Adrián P. Ricordi**, sec.

I. 3-7-14. V. 7-7-14 2899

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 72, Secretaría Única, de esta Capital Federal en autos "TRAIBER, JACOBO s/ Sucesión ab-intestato", cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de "JACOBO TRAIBER". Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 11 de junio de 2014. **Daniel H. Russo**, sec.

I. 3-7-14. V. 7-7-14 2896

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 20, Secretaría Única de la Capital Federal, cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de JOSÉ MIGUEL SEGUÍ. El presente edicto deberá publicarse por tres (3) días en el diario El Derecho. C.A.B.A., 14 de abril de 2014. **Juan Carlos Pasini**, sec.

I. 3-7-14. V. 7-7-14 2895

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 18 cita y emplaza por el término de 30 (treinta) días a herederos y acreedores de ALFREDO OSTENGO y de HERNAN ALFREDO OSTENGO a efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por 3 días (tres) en El Derecho. Buenos Aires, 25 de junio de 2014. **Alejandra Salles**, sec.

I. 4-7-14. V. 8-7-14 152

El Juzgado Nacional en lo Civil Nº 71 cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de ERNESTO AGUSTÍN FARIÑA y DELIA MATILDE GARCIA a presentarse en autos a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 26 de junio de 2014. **Manuel J. Pereira**, sec. ad hoc.

I. 4-7-14. V. 8-7-14 2903

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 103 a cargo del Dr. **Martín A. Christello**, Secretaría a mi cargo, sito en la Av. de los Inmigrantes 1950 piso 1º. Cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de JOSE MARIA GARCIA a los efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, junio 23 de 2014. Fe. **Eduardo Alberto Villante**, sec.

I. 4-7-14. V. 8-7-14 2904

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 40, Secretaría Unica, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de RAÚL SALVADOR VASQUEZ. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 30 de junio de 2014. **Silvia C. Vega Collante**, sec.

I. 4-7-14. V. 8-7-14 2906

El Juzgado Nacional en lo Civil Nº 13, Secretaría única, cita y emplaza por el término de 30 días a herederos y acreedores de ELVIRA SPACCAROTELLA. Publíquese por 3 días en el diario El Derecho. Buenos Aires, junio 12 de 2014. **Diego Hernán Tachella**, sec.

I. 7-7-14. V. 10-7-14 2909

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 91, Secretaría Unica cita a herederos y acreedores de la Sra. SARA ANA INES EGUÍA con documento tipo DNI nº: 4.747.960 por el plazo de treinta días, a los efectos de hacer valer sus derechos debiendo publicar edictos por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 13 de junio de 2014. **María Eugenia Nelli**, sec.

I. 7-7-14. V. 10-7-14 2908

El Juzgado Nacional en lo Civil Nº 71 cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de FLORINDO CARLETTI a presentarse en autos a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 17 de junio de 2014. **Manuel J. Pereira**, sec. ad hoc.

I. 7-7-14. V. 10-7-14 2907

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 47 a cargo del Juez **Horacio Maderna Etchegaray**, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de Don JORGE LUIS ANGULO. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 25 de junio de 2014. Fe. **Silvia R. Rey Daray**, sec.

I. 4-7-14. V. 8-7-14 2901

Interior: Bahía Blanca: Notas Jurídicas: Tel. (0291) 4527524 / La Plata: José Panfili Tel./Fax (0221) 155770480 / Mar del Plata: Jorge Rabini Tel./Fax (0223) 4893109 / Córdoba: Alveroni Libros Jurídicos (0351) 4217842
Mendoza, San Juan, San Luis: José Graffigna Tel. (0261) 1534849616 / S. S. Jujuy: Librería Universitaria Tel./Fax (0388) 4237963 / San Miguel de Tucumán: Bibliotex Tel. (0381) 4217089
Noreste: Jorge Thea Tel. (0343) 1564660335 / Patagonia: Nelson Ramírez Tel. (011) 1564629553

Buenos Aires, lunes 7 de julio de 2014 | Nº 13.519 | AÑO LII

EL DERECHO

Diario de Jurisprudencia y Doctrina

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:
TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)
E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

las circunstancias y elementos del hecho incriminado, de modo que el imputado pueda defenderse. Con ello, debe confirmarse el auto que no hizo lugar al planteo de nulidad presentado por la defensa" (causa 21467, A., A. J., Sala V, rta. 29/05/03; asimismo ver voto en disidencia del Dr. Pociello Argerich en causa 33.534, S., P. A., Sala VII, rta. 31/03/08, entre otras).

Al respecto señala la doctrina que "el mejor remedio para estos –y otros casos– es acudir a la *acusación alternativa* o *subsidiaria*: ella supone que el acusador pondrá en juego las hipótesis posibles, cuidando de describir todas las circunstancias necesarias para que puedan ser verificadas en la sentencia (...) se observa claramente cómo ella es el pilar fundamental que permite el ejercicio idóneo del derecho de defensa (...) la figura propuesta no sólo rige para los casos de concurso de leyes penales. Sucede a menudo que fracasa la imputación por el hecho de que el autor se apoderó de una cosa ajena (hurto, CP, 162) y ello no excluye la posibilidad de una condena por el hecho de guardar, esconder, comprar, vender o recibir en prenda o en cambio las cosas sustraídas (...CP, 277, inc. 3, y 278). No puede decirse que estas figuras sean necesariamente subsidiarias (...) pues sólo cuando se trata del mismo autor (comportamiento ulterior) funcionan de esa manera en el terreno práctico, pero el problema procesal es idéntico..." (Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, ed. Editores del Puerto S.R.L., 2ª edición, 2ª reimpresión, Buenos Aires, 2002, p. 574; en igual sentido Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, *Código Procesal Penal de la Nación, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, ed. Hammurabi, 4ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2010, tomo 2, p. 659).

Por lo demás, cabe señalar que el señor fiscal al peticionar la elevación a juicio, dio cuenta fundadamente de las razones por las que –en base al mismo *plexo* probatorio que fue ponderado en el auto de procesamiento por el magistrado de la instancia anterior– consideraba que el hecho que correspondía atribuir al imputado C. era el de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública y no de encubrimiento, de suerte tal que al estar en conocimiento de la defensa técnica y su asistido desde un inicio el alcance de toda la secuencia que exhiben ambas figuras en este caso, mal puede sostenerse la existencia de *sorpresa* para esa parte, aun frente al dictado de auto de mérito –no recurrido– que adoptó la segunda de las calificaciones.

Asimismo, la hipótesis seleccionada por la fiscalía tendrá oportunidad de ser contrastada por la defensa en el momento previsto por el artículo 349 del código adjetivo y, de superar el control jurisdiccional establecido en los artículos 351 y 353 del citado texto legal, podrá ser nuevamente confrontada antes y durante el juicio oral –arts. 357 y 378 del ritual–, permitiendo así el ejercicio pleno del derecho de defensa.

En definitiva, y ante la situación particular que exhibe la alternatividad que se presenta en los casos de sustracción y encubrimiento, es dable aceptar que al momento de requerir la elevación a juicio, se dirija la imputación por alguno de los supuestos mencionados si previamente han sido descriptos ambos sucesos alternativamente en los actos precedentes –indagatoria y procesamiento–, por lo que considero que la resolución impugnada debe ser confirmada.

Así voto.

El juez *Mauro A. Divito* dijo:

La defensa oficial recurrió en apelación el pronunciamiento documentado a fs. 126/128, por el que se rechazó el planteo de nulidad del requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 112/116.

Basó su agravio en que en el dictamen aludido se requirió la elevación a juicio en orden al delito de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública (artículos 45 y 167, inciso 4º, en función del artículo 163, inciso 6º del Código Penal), cuando E. L. C. había sido procesado por el delito de encubrimiento (artículos 45 y 277, inciso 1º, apartado "c" del mismo cuerpo legal).

De tal modo, la defensa entendió que mediante el dictamen fiscal se afectaron el principio de congruencia y el derecho de defensa en juicio y se tornó ilusorio el derecho al recurso.

Al respecto, comparto con la asistencia técnica que el dictamen del señor fiscal se apartó del marco fáctico fijado en el auto de procesamiento.

En efecto, si bien al tiempo de recibirle a C. la declaración indagatoria, éste tomó conocimiento de las imputaciones alternativas formuladas –haberse apoderado de la motocicleta o haber recibido dicho vehículo, proveniente de un delito– (fs. 104/105), al regularizarse su situación procesal (fs. 107/110), el señor juez *a quo* circunscribió el accionar atribuido al nombrado a la hipótesis de encubrimiento por recepción, descartando así la posibilidad de reprocharle el apoderamiento ilegítimo del rodado.

Sin embargo, en la requisitoria cuestionada el agente fiscal optó por la descripción del hecho que había sido excluida de los términos de la imputación al dictarse el procesamiento.

Así, aunque se trata de un extremo que integró la intimación respectiva –posibilitando la defensa material– en el *sub examen* no podía ser válidamente introducido por la acusación en la plataforma fáctica del juicio, en tanto no había sido previamente abarcado por el acto procesal que, en las causas que se rigen por el procedimiento común, resulta el presupuesto necesario de la requisitoria de elevación: el auto de procesamiento.

La doctrina ha destacado, precisamente, que en esta clase de procesos el "hecho de la acusación debe responder al núcleo fáctico del procesamiento, aunque puedan variar las circunstancias, ampliarse algunos elementos no esenciales, o modificarse la valoración jurídica..." (Jorge A. Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, tomo II, p. 505). Y sobre el punto, resulta claro que la atribución del apoderamiento ilegítimo mediante fuerza en las cosas constituye una imputación que difiere de la hipótesis plasmada en el auto de mérito.

Dicho criterio, además, responde a los lineamientos fijados en el plenario "Blanc" de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el que se destacó la necesidad del dictado del auto de procesamiento incluso en aquellas causas en las que la dirección de la investigación se encuentra a cargo de la fiscalía, y se precisó que en el régimen actual "...el auto de procesamiento aparece como una decisión jurisdiccional intermedia, que circunscribe –luego de haberse escuchado al imputado– el objeto procesal de la causa. El temperamento que al respecto pudiera adoptar el juez de instrucción, se encuentra sometido al contralor de la respectiva cámara de apelaciones, lo que resguarda el derecho de las partes a obtener la revisión por parte de un tribunal superior de un acto que *ha de sentar las bases para el futuro debate*. De esta forma, se asegura que la materia que posteriormente pueda ser –o no– objeto de acusación, haya sido suficientemente tamizada, de manera tal que sea el órgano jurisdiccional (y no la acusación) quien determine –insistimos, luego de escuchar al imputado, y con resguardo de la garantía de la doble instancia– si todos, alguno o ninguno de los hechos imputados se evidencian como contrarios a derecho, y aparecen *prima facie* como producto del accionar responsable del acusado..." (del voto del juez Riggi en el citado fallo).

Conforme a los lineamientos apuntados, entonces, ha de concluirse en que en supuestos como el presente, el requerimiento de elevación a juicio no puede exceder el marco fáctico que quedó delineado en el auto de procesamiento.

Adviértase, en particular, que no se trata de una mera cuestión referida a la calificación legal de un mismo acontecer histórico. Antes bien, lo que la fiscalía ha pretendido ha sido –directamente– atribuir a C. un apoderamiento ilegítimo que, si bien aparece mencionado en la intimación, ha quedado luego excluido del objeto procesal al momento de estabilizarse la imputación.

En rigor, conforme a la ley ritual, el ministerio público debería haber previamente propiciado que la resolución de mérito fuera reformada en el sentido pretendido (cfr. art. 311 del Código Procesal Penal) y de prosperar su petición, habría quedado legalmente habilitado a proceder del modo en que lo hizo.

COLUMNA LEGISLATIVA

Legislación Nacional

Resolución 178 de junio 19 de 2014 (MTur.) - **Turismo.** Ministerio de Turismo. Marca Oficial de la República Argentina. Manual de Marca. Aprobación (B.O. 1-7-14).

Próximamente en nuestros boletines EDLA.

Bajo tales premisas, se aprecia que, en el caso, la variación introducida por la fiscalía en torno del suceso que fue objeto del procesamiento importó una afectación del principio de congruencia.

Por ello, corresponde revocar el auto apelado y declarar la nulidad del requerimiento de elevación a juicio. Así voto.

El juez *Juan Esteban Cicciaro* dijo:

Desde la perspectiva del principio de congruencia, el caso ofrece la particularidad de que la defensa no se ha visto *sorprendida*, si se considera que la declaración indagatoria del imputado E. L. C. incluyó las imputaciones alternativas que estriban en la sustracción y en la receptación espuria del vehículo.

En todo caso, podría pensarse que la sorpresa que pudo haber constituido el hecho de haber seleccionado la Fiscalía la hipótesis de la sustracción al tiempo de requerir la elevación a juicio –a diferencia de la fijada en el auto de procesamiento, ello es, la receptación– quedaría neutralizada con la posibilidad que ofrece el art. 349 del canon ritual, en la medida en que pudiere formularse la oposición respectiva.

Sin embargo, en el *sub examen* se advierte una diferencia que bien puede considerarse *sustancial* y que torna inaplicable el voto extendido en la causa Nº 40.805, "G., H.", del 1 de junio de 2011 –citado por la Dra. Marina Soberano al recurrir– pues en tal ocasión el caso evidenciaba la inalterabilidad del núcleo de la imputación y sólo se verificaba una distinción en el marco de la relación de especialidad que surten las figuras de hurto y robo (ver igualmente, *mutatis mutandi*, causa Nº 1093/12, "R., J.", del 7 de agosto de 2012, y en relación con diferencias *sustanciales* entre la indagatoria y el auto de procesamiento respecto de la requisitoria de elevación a juicio, causa Nº 757/12, "A., D.", del 11 de junio de 2012).

En efecto, las hipótesis de la sustracción y de su encubrimiento responden a estructuras delictivas sustancialmente diferentes, que bien pueden reportar a circunstancias modales, temporales y territoriales distintas, y que inclusive vulneran bienes jurídicos disímiles.

De tal modo, si el señor juez de grado estimó que la prueba no conducía a atribuir la sustracción cuando se dictó el procesamiento de C. e imputó finalmente la receptación espuria del rodado –resolución que adquirió firmeza–, pues al correrse inmediatamente después la vista que prevé el art. 346 del código adjetivo (ver fs. 107/110 y 111), bien pudo la Fiscalía superar el escollo que le significaba no poder imputar la sustracción, mediante el expediente de solicitar la reformulación del auto de procesamiento –no ya de la ampliación de la indagatoria, porque no era necesario en el caso–, según lo dispone el art. 311, en la medida en que en la etapa crítica de la instrucción ello era procesalmente admisible, con la posibilidad de activar ulteriormente la vía recursiva frente a un resultado desfavorable (de esta Sala, causas números Nº 41.647, "B. C., J.", del 21 de septiembre de 2011 y 35.233, "C., C.", del 25 de octubre de 2013).

Consecuentemente, adhiero en el caso a la solución formulada por el juez Divito, de modo que corresponde anular la requisitoria fiscal de elevación a juicio.

En consecuencia, el Tribunal *resuelve*:

Revocar el auto documentado a fs. 126/128 y declarar la nulidad del requerimiento de elevación a juicio formulado a fs. 112/116.

Devuélvase y sirva la presente de atenta nota. *Mariano A. Scotto* (en disidencia). – *Mauro A. Divito*. – *Juan E. Cicciaro* (Sec.: Roberto M. Besansón).