

Geri, Leonardo

El mundo ante el derecho a la identidad genética: retroceso global del anonimato de dadores de gametos

**Documento inédito
Facultad de Derecho**

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Geri, L. (2016). *El mundo ante el derecho a la identidad genética : retroceso global del anonimato de dadores de gametos* [en línea] Documento inédito. Facultad de Derecho. Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/investigacion/mundo-ante-derecho-identidad-genetica.pdf> [Fecha de consulta:]

EL MUNDO ANTE EL DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA: RETROCESO GLOBAL DEL ANONIMATO DE DADORES DE GAMETOS

Por Leonardo Geri

Sumario: I. Introducción – II. El debate es ineludible: entre el avance de la técnica y la tutela de la identidad – III. Los sistemas de acceso a la verdad genética en el derecho comparado – IV. La regulación argentina – V. Nuestra opinión – VI. Conclusión.

(¹)

I. Introducción

A partir de las últimas décadas el mundo protagoniza avances biotecnológicos antes impensados, que trajeron aparejada una necesaria proyección jurídica. Es que a medida que crece el poder de intervención del hombre sobre el misterio de la vida humana, aumenta también la exigencia jurídica de tutelar a la persona humana².

Sin lugar a dudas, las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) han revolucionado la concepción tradicional del derecho filial. Así lo demuestra el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación a partir de la introducción de las TRHA como una fuente autónoma de vínculos filiatorios.

En el presente trabajo, sin ingresar en todas las problemáticas de fondo que rodean a las técnicas, abordaremos uno de los tópicos más debatidos en la materia: el derecho a la identidad de las personas concebidas a través de técnicas reproductivas y el abordaje legal nacional a la luz del derecho comparado.

En primer lugar, nos referiremos al derecho a la identidad y a la necesidad de su protección. Luego puntualizaremos los sistemas de acceso a la verdad genética³ que existen en el mundo, lo cual servirá de marco para el posterior comentario a la regulación que presenta el Código Civil y Comercial. También aprovecharemos para dar una humilde opinión al respecto. Finalizaremos con algunas líneas conclusivas.

II. El debate es ineludible: entre el avance de la técnica y la tutela de la identidad

La temática en estudio surge a partir de la tensión inevitable entre un hecho y un derecho.

¹ Agradezco especialmente a la profesora Eliana M. González por sus sugerencias. El presente trabajo se enmarca en tareas de investigación sobre Bioderecho desarrolladas bajo la dirección del Dr. Lafferrière (UCA), a quien agradezco sus comentarios.

² Cfr. Jorge Nicolás LAFFERRIÈRE, *Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente*, Educa, Buenos Aires, 2011, p. 18.

³ Si bien en algunos casos –v.gr. maternidad subrogada– la identidad biológica y la identidad genética pueden distinguirse, en este trabajo utilizaremos dichas denominaciones como sinónimos.

El hecho está dado por el surgimiento y la posterior recepción legislativa de las TRHA heterólogas, es decir, aquellas que requieren material genético ajeno respecto de quienes poseen la voluntad procreacional. Distinto es el caso de las TRHA homólogas, en las que no interviene un tercero, porque implican la utilización de gametos de los integrantes del proyecto parental –v.gr. los cónyuges-. A la vez, la fecundación heteróloga puede ser intracorpórea (inseminación artificial) o extracorpórea (fecundación *in vitro*), y presenta tres variantes: dación de gametos masculinos, dación de gametos femeninos u ovodonación y dación de embriones. Sin embargo, adelantamos que lo más usual es la dación de esperma.

Por otro lado, el derecho que genera el gran debate global es la identidad, definida por el maestro Fernández Sessarego como “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no otro”⁴. A la vez, es clásica la distinción entre identidad estática e identidad dinámica. El derecho a conocer la verdad genética responde a la primera de ellas, que en definitiva constituye la base sobre la cual se construye la segunda.

El derecho a la identidad tiene presencia fuerte en nuestro bloque de constitucionalidad: Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 7 y 8), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24) y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 19). Además, fue ampliamente reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Gelman⁵ y Fornerón⁶.

Dicho todo lo anterior, se comprueba que estamos ante un problema netamente jurídico: ¿el niño concebido con material heterólogo tendrá derecho a saber quién es su padre biológico, o al menos recibir ciertas informaciones acerca de él?⁷

Debemos dejar en claro que la fecundación heteróloga disocia los elementos constitutivos de la identidad del concebido, independientemente de que luego el legislador le reconozca el derecho a conocer los orígenes genéticos. Esta desmembración es irrecuperable, de modo que el levantamiento del anonimato de los dadores⁸ sólo pretende reducir o mitigar los efectos de esa afectación. Por este motivo, la doctrina señala la necesidad de que la admisión de las técnicas esté acompañada de una regulación sólida⁹.

III. Los sistemas de acceso a la verdad genética en el derecho comparado

⁴ Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113.

⁵ Corte I.D.H., Sentencia *Gelman*, del 24 de febrero de 2011, Serie C, nro. 221.

⁶ Corte I.D.H., Sentencia *Fornerón e hija*, del 27 de abril de 2012, Serie C, nro. 242.

⁷ Cfr. Roberto ANDORNO, *Bioética y dignidad de la persona*, 2^{da} ed., Tecnos, Madrid, 2012, p. 138.

⁸ Si bien en general los autores se refieren al “donante” de gametos, nos parece más apropiado el término “dador”.

⁹ Véase Úrsula C. BASSET, “Art. 563”, en Jorge H. ALTERINI (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado: tratado exegético*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, t. III, p. 506.

En el derecho comparado se registran diversas formas de regulación que pueden agruparse en cuatro sistemas: a) sistema abierto; b) sistema optativo o doble ventanilla; c) sistema de anonimato relativo; d) sistema de anonimato absoluto. Antes de analizar cada uno de ellos en particular, haremos algunas aclaraciones.

En primer lugar, no abordaremos la posibilidad de emplazar un vínculo filiatorio con el dador de gametos, lo cual suele estar vedado, porque la filiación queda determinada por el elemento volitivo de quienes recurren a las técnicas. Nos centraremos en el acceso a los datos personales del dador de gametos, que se traduce en el derecho a la identidad genética del concebido por TRHA. Dicha información puede ser identificatoria o no identificatoria (p.ej., descripción física; fecha de nacimiento; origen étnico; existencia de otros hijos a la fecha de la dación; etc.). Lógicamente, derecho de la persona concebida por TRHA queda satisfecho en plenitud sólo si se obtiene la información identificatoria.

Por otro lado, la dación puede ser de células sexuales masculinas o femeninas. Incluso algunas legislaciones admiten la dación de embriones, y en este caso no habría material genético de ninguno de los integrantes del futuro proyecto parental. Al momento de brindar ejemplos de cada uno de los sistemas, dejaremos de lado estas diferencias y nos referiremos en términos generales al “anonimato del dador”. Sin embargo, mayoritariamente las leyes se refieren al dador de material seminal, por la simple razón de que es lo más usual en la práctica.

a) Sistema abierto

Este sistema legitima a las personas nacidas por TRHA a que accedan a la información identificatoria de quien aportó el material genético. Es el caso de Suiza, Holanda, Austria, Australia, Nueva Zelanda, Nueva Gales del Sur, Finlandia, Noruega, entre otros. También adoptan esta regulación Suecia y el Reino Unido, a cuyas regulaciones dedicaremos un breve comentario.

Suecia fue el primer país del mundo en implementar este sistema a través de la *Swedish Insemination Act* de 1984, mediante la cual se reconoció al concebido por fecundación heteróloga el derecho a conocer la identidad del dador de los gametos. El ejercicio del derecho está sujeto a que el niño alcance un “grado de madurez suficiente”.

En el Reino Unido rige desde 1990 la *Human Fertilisation and Embryology Act* (en adelante, HFEAct), que regula la procreación asistida y la investigación en embriones humanos y que ha sufrido numerosas modificaciones legislativas¹⁰. Nos interesa especialmente la modificación de 2004 a partir de la sanción la *Human Fertilisation and Embriology Authority Regulations 2004 (Disclosure of Donor Information)* N° 1511, que reconoció el derecho de los concebidos por TRHA con posterioridad al 31/05/2015 a

¹⁰ Véase HUMAN FERTILISATION AND EMBRIOLOGY AUTHORITY, “How legislation on fertility treatment developed”, en <http://www.hfea.gov.uk/1319.html> (último acceso el 14/04/2016).

acceder a la información identificatoria del dador. Se trata de una norma sancionada luego de fuertes reclamos sociales¹¹.

Actualmente, la *Human Fertilisation and Embriology Authority* distingue tres situaciones¹²:

- 1) Personas concebidas antes del 1 de agosto de 1991: el vacío legal de entonces provocó la falta de registros de dadores. Las posibilidades son dos: acudir a la clínica de fertilidad (que pudo haber cerrado o destruido los archivos) o bien anotarse en un registro de concebidos por donante (*Donor Conceived Register*¹³), cuyo fin es lograr el contacto de concebidos con sus respectivos dadores. Además, la HFE Authority cuenta con otro registro (*Donor Sibling Link*¹⁴) para el contacto entre hermanos.
- 2) Personas concebidas entre el 1 de agosto de 1991 y el 31 de marzo de 2005: quedan comprendidas todas las técnicas realizadas entre la sanción de la HFE Act y la modificación que suprimió el anonimato. Se ofrece la posibilidad de acceder a la información no identificatoria del donante. Sin embargo, se reconoce –aunque no se garantiza– la posibilidad de lograr un eventual contacto personal. En 2005 se abrió un registro optativo para los dadores previos a la eliminación del anonimato dispuestos a conocer a sus descendientes biológicos.
- 3) Personas concebidas después del 1 de abril de 2005: se garantiza el acceso a los datos identificatorios del dador a quienes hayan alcanzado los 18 años de edad. Rige plenamente el derecho a la verdad genética.

En síntesis, Suecia fue el país precursor en la derogación del anonimato de los dadores de gametos. De a poco y como un efecto dominó, otras naciones se irían incorporando a este fenómeno global. Nótese la paradoja de que los países más liberales y permisivos en términos de tecnologías reproductivas son los primeros que han decidido garantizar el derecho a conocer los orígenes de los niños así concebidos.

b) Sistema de anonimato relativo

En este sistema se ubican los países que sólo conceden el acceso a los datos no identificatorios del dador o que permiten conocer la información identificatoria si el interesado invoca y justifica motivos suficientes ante la autoridad competente. Lo adoptan

¹¹ Sobre el contexto social que provocó el levantamiento del anonimato, véase Ilke TURKMENDAG, “The Donor-conceived Child's ‘Right to Personal Identity’: The Public Debate on Donor Anonymity in the United Kingdom”, *Journal of Law and Society* 38 #1 (2012) 58-75.

¹² Cfr. HUMAN FERTILISATION AND EMBRIOLOGY AUTHORITY, “What you can find out about your donor or donor-conceived genetic siblings”, en <http://www.hfea.gov.uk/112.html> (último acceso el 15/04/2016).

¹³ DONOR CONCEIVED REGISTER, “About us”, en <http://www.donorconceivedregister.org.uk/about-us/> (último acceso el 16/04/2016).

¹⁴ DONOR SIBLING LINK, “Contact your donor-conceived genetic siblings”, en <http://www.hfea.gov.uk/donor-sibling-link.html> (último acceso el 22/04/2016).

varios países, entre los que se encuentran Argentina, Uruguay, Portugal, Brasil y España – país al que nos referimos a continuación-.

En España, la ley 14/2006 recepta el principio del anonimato del donante, estableciendo que los nacidos por TRHA tienen derecho a obtener “información general de los donantes que no incluya su identidad”, y “sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o salud del hijo o cuando proceda con las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el fin legal propuesto”¹⁵.

Se señala que en España existen diversas opiniones en torno a la constitucionalidad del anonimato, en tanto que la Constitución de ese país establece en el artículo 39 que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad”¹⁶.

Como comprobaremos luego, los motivos requeridos por la ley española guardan más precisión y detalle que el Código Civil y Comercial argentino, que se limita a exigir “razones debidamente fundadas”, cuyo contenido es foco de discusión en nuestra doctrina nacional. A la vez, los requisitos de la ley española tornan muy acotada la posibilidad de acceder a la información identificatoria.

c) Sistema optativo o de doble ventanilla

En algunos países se pretende flexibilizar el anonimato a través del sistema *double track*, que implica el reconocimiento legislativo expreso de dos categorías de dadores: anónimos y no anónimos. Lógicamente, la decisión también estará a cargo de quienes recurren a la técnica.

Islandia es un claro ejemplo. En este país rige la *Act on Artificial Fertilisation and Use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research* nro. 55/1996¹⁷, que en el artículo 4 distingue expresamente entre los dadores que opten por el anonimato y aquellos que no lo hagan. En consecuencia, el niño sólo tendrá derecho a acceder a la información en el segundo caso. Bélgica y Bulgaria poseen una legislación similar.

¹⁵ Cfr. Carlos LASARTE, “La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en el derecho español contemporáneo”, en Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS (dir.) y Cristián LEPIN MOLINA (coord.), *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: Una mirada transdisciplinaria*, Abeledo Perrot Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, 105-125.

¹⁶ *ibid.*

¹⁷ La ley fue modificada por las siguientes normas: *Act* nro. 65/2006; *Act* nro. 27/2008; *Act* nro. 54/2008; *Act* nro. 55/2010; *Act* nro. 65/2010. Además, rige la *Regulation* nro. 144/2009 on *Artificial Fertilisation*.

Compartimos la opinión de quienes sostienen que este sistema introduce una discriminación arbitraria entre niños que se encuentran en idéntica situación –haber sido concebidos por fecundación heteróloga-, vulnerando así el principio de igualdad¹⁸.

d) Sistema de anonimato absoluto

En estos casos, el derecho a la verdad biológica no es reconocido a las personas concebidas por TRHA, dado que tienen vedada la posibilidad de acceder a la información identificatoria del dador. Sin perjuicio de los crecientes reclamos a nivel global para levantar el anonimato, aún quedan algunos países que lo sostienen, entre los que se destacan Francia, Grecia, Rusia, Ucrania y Dinamarca.

Así, por ejemplo, en Dinamarca rige la *Consolidated Act on Artificial Fertilisation* (93/2015)¹⁹ que consagra el anonimato de los dadores. Sin perjuicio de ello, se señala la posibilidad de realizar una técnica con los gametos de un dador conocido²⁰, con lo cual no regiría el anonimato y, en definitiva, las consecuencias son iguales a las de los sistemas optativos, generando una discriminación injusta entre los niños concebidos.

IV. La regulación argentina

En nuestro país, la fertilización heteróloga está reconocida en la ley 26.862 en sus tres variantes: dación de espermia, dación de ovocitos y dación de embriones. A la par, el Código Civil y Comercial se dedica a los efectos filiatorios, y regula el derecho a la identidad de los concebidos a través de estas técnicas en los artículos 563 y 564²¹, que transcribimos a continuación:

Artículo 563.- 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 564.- 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 su salud;

¹⁸ Cfr. Richard J. BLAUWHOFF, *Foundational Facts, Relative Truths: A comparative law study on Children's right to know their genetic origins*, Intersentia, Bélgica, 2009, p. 345.

¹⁹ La ley danesa original es la Act 460/1997, que sufrió numerosas modificaciones.

²⁰ Cfr. NORDIC COMMITTEE ON BIOETHICS, *Legislation on biotechnology in the Nordic countries-an overview 2015*, en http://www.nordforsk.org/no/publikasjoner/publications_container/legislation-on-biotechnology-in-the-nordic-countries-2013-an-overview-2015 (último acceso el 13/04/2016).

²¹ Ubicación sistemática en el Código Civil y Comercial: Capítulo 2 “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida” – Título V “Filiación” – Libro II “Relaciones de familia”.

b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

El primero de los artículos se titula “derecho a la información de las personas nacidas por TRHA”, el cual en rigor de verdad no es garantizado. Se trata de una norma con proyección netamente administrativa que presupone la existencia de un registro estatal, cuya constitución está pendiente. Desafortunadamente, no se reproduce la obligatoriedad de los progenitores de hacer saber a los niños cómo han sido concebidos, norma que sí está presente en la adopción (art. 596)²². Sobre la operatividad de este artículo, Úrsula Basset señala:

“Para que el acceso al derecho a la identidad no se torne ilusorio, es necesario que al menos: a) pese sobre los progenitores el deber de informar al niño cómo fue concebido, y, b) pese sobre los organismos estatales y el centro de salud, el deber de recabar la información a la cual la persona así concebida tendrá acceso”²³.

En forma casi idéntica al modelo español, el art. 564 distingue entre información no identificatoria –restringida a los datos médicos del donante- e identificatoria. En el primer supuesto, se puede obtener directamente y sin restricciones. En el segundo, sólo se tendrá acceso si median “razones debidamente fundadas” que deberán ser acreditadas ante la autoridad judicial competente. En suma, el codificador estableció el anonimato como regla general y el derecho a conocer los orígenes como excepción.

De este modo, la Argentina se ubica dentro del sistema de anonimato relativo. En los Fundamentos del Anteproyecto se lee que “la reforma adopta una postura intermedia, frente a un panorama dispar en el derecho comparado”²⁴.

En cuanto a las restricciones legales al acceso a la información identificatoria, autorizadas voces en la materia explican que:

“(…) Si la donación no fuese anónima (el anonimato es la consecuencia de la restricción al acceso a la información identificatoria) no habría donantes. (…).”²⁵

²² En cuanto a la adopción, el CCCN: a) incorpora el derecho a la identidad del niño como principio rector (art. 595 inc. b); b) reconoce el derecho del niño a conocer los orígenes (art. 595 inc. e); c) regula una acción de conocimiento de los datos relativos al origen a partir del acceso al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción (art. 596); d) establece que los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, lo cual deberá constar en el expediente (art. 596). Ninguna de estas normas tiene anclaje en las reglas generales relativas a la filiación por TRHA.

²³ Úrsula C. BASSET, “Art. 563”, en Jorge H. ALTERINI (dir. gal.), *Código Civil y Comercial comentado...*, p. 506.

²⁴ COMISIÓN DE REFORMAS, “Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (último acceso el 12/04/2016).

“(…) Es por ello que ninguna legislación que hoy adopta un régimen amplio o de no anonimato ha nacido de ese modo, sino que venía de un sistema con ciertas restricciones, y con el tiempo, gracias a los efectos de las medidas educativas que se señalan tendientes a consolidar la ‘cultura de la donación’, que implica desentrañar y despejar ciertos fantasmas que podrían tener los donantes sobre el ejercicio del derecho a conocer de las personas nacidas con su material, se pudo virar a un régimen amplio sin poner en peligro la fertilización heteróloga. Precisamente, esto es lo que pretende lograr —así como ha acontecido en otros países— el nuevo Código. (…).”²⁶

En el mismo sentido,

“No descartamos que en un futuro, tal vez cercano, una vez desmitificada verdaderamente la importancia del aporte genético y aprehendido realmente que en estos casos la filiación se determina sobre la base de la voluntad procreacional, entonces podrá levantarse el anonimato del donante, como sucedió por ejemplo, en el Reino Unido, y en muchos otros países, siendo esta la tendencia mundial como consecuencia del fortalecimiento de una ‘cultura de la donación’”²⁷.

Respecto a cuáles serían las razones debidamente fundadas que habilitarían la dispensa judicial, el punto fue discutido en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en octubre de 2015. Allí se resolvió por mayoría que debe estarse a una interpretación amplia y flexible, y por minoría que la sola invocación del derecho a la identidad constituye una razón debidamente fundada²⁸. Al igual que parte de la doctrina²⁹, estamos de acuerdo con la última postura.

Sin perjuicio del contenido mínimo que establece el Código —restringido a los efectos filiatorios de las TRHA—, todavía no existe una ley especial que regule los aspectos sustanciales de las técnicas. Sin embargo, en noviembre de 2014 la Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción a un proyecto de ley de “técnicas de reproducción médicamente asistida” que mantiene el sistema de anonimato relativo del Código Civil y

²⁵ Marisa HERRERA y Eleonora LAMM, “Art. 564”, en Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI (dir.), Marisa HERRERA (dir.) y Nora LLOVERAS (dir.), *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, tomo II, p. 575.

²⁶ *ibid*, p. 577.

²⁷ Marisa HERRERA y Eleonora LAMM, “De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga”, L.L. 2014-D-594.

²⁸ XXV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, “Comisión 6. Identidad y filiación”, en <http://jndcbahiablanca2015.com/?cat=9> <http://jndcbahiablanca2015.com/?cat=9> (último acceso el 19/04/2016).

²⁹ Úrsula C. BASSET, “Art. 564”, en Jorge H. ALTERINI (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado...*, p. 510.

Comercial³⁰. Por el momento sólo contamos con la ley 26.862 referida al acceso integral en el sistema de salud.

En relación a la tendencia jurisprudencial, no podemos dejar de mencionar un fallo de abril de 2014 en el cual la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo le ordenó al Estado Nacional que adopte las medidas necesarias para preservar la identidad de la persona que donó el material genético femenino que permitió la realización de la fertilización heteróloga en ese caso. Remitimos al lector a los comentarios que sobre el mismo se han publicado³¹.

Para sintetizar las previsiones del art. 564, citamos a Mercedes Ales Uría:

“Así, se consagra un derecho irrestricto de acceso a datos que hacen al historial médico pero se consagra una posibilidad limitada de conocimiento de la información que hace a la propia identidad en su aspecto biológico”³².

V. Nuestra opinión

Notamos que los autores que defienden la regulación del Código tampoco están de acuerdo con el sistema de anonimato relativo en sí mismo, sino que éste es enfocado como el remedio para evitar lo que se considera un mal mayor –la posible falta de dadores- a costa del mal supuestamente menor –la restricción del derecho a la identidad-. Es más, se lo considera como un sistema de transición destinado a regir hasta tanto la Argentina esté a la altura de las circunstancias respecto de una pretendida “cultura de la donación”. En definitiva, se legisla con la conciencia de que el derecho a conocer los orígenes sólo quedaría reservado a los niños que tengan la suerte de nacer con posterioridad al momento en el cual se considere que ha desaparecido el riesgo alegado. Nos parece que sobre este punto impera una visión adultocéntrica que relega el interés superior del niño a un segundo plano.

Por otro lado, advertimos que el cambio global de paradigma ha ocasionado que el núcleo de argumentos favorables al anonimato haya girado hacia otra dirección. Mientras hace algunos años atrás el fundamento de peso se concentraba en el derecho a la privacidad e intimidad del dador de gametos, hoy se esgrime principalmente el riesgo a una baja del

³⁰ Cfr. Jorge Nicolás LAFFERRIÈRE, “Análisis integral de la media sanción sobre técnicas reproductivas”, L.L. 2015-A-789.

³¹ CNCont.-Adm. Fed., Sala V, “C., E.M. y Otros c/ EN-Min. Salud s/ Amparo Ley 16.986”, con comentario de Mercedes ALES URÍA, “Derecho a la identidad y las técnicas de reproducción humana asistida”, L.L. 2014-D-42; Jorge Nicolás LAFFERRIÈRE y Daniela B. ZABALETA, “Un fallo judicial sobre el derecho a la identidad de una niña concebida por ovodonación”, *La Ley DFyP* (agosto de 2014), p. 245.

³² Mercedes ALES URÍA, “Art. 563 – Art. 564”, en José María CURÁ (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, t. II, p. 462.

número de dadores, con una afectación indirecta de los derechos de quienes recurren a las técnicas.

Lo dicho responde a una conciencia generalizada acerca de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños concebidos con material heterólogo. Naomi Cahn señala que:

“(…) En el momento en que un niño concebido a través de un donante quiere saber, los derechos de los donantes, los padres y los hijos no son simétricos. Los donantes y los padres llevan a cabo acciones y celebran contratos al tiempo de donar; los niños sólo pueden mirar hacia atrás, atrapados en un acuerdo que alguien más ha hecho por ellos. (…).³³”

Ahora bien, en algunos países la eventualidad de una reducción de la cantidad de daciones no pudo competir contra el peso de la identidad biológica. En el Reino Unido, a lo largo de la década del ‘90 y mientras regía el anonimato se verificó una disminución del número de dadores: en el período 1994-1995 se registraron 437 dadores de gametos masculinos, mientras que en el período 1998-1999 sólo 271. Pese a esta situación, en esa misma fecha el Gobierno británico anunció que estudiaría el gran cambio legislativo, que se concretaría pocos años más tarde con la modificación legislativa de 2004. El caso no pasó desapercibido y llamó la atención de los expertos³⁴.

En definitiva, consideramos necesario que la ley fije bases mínimas tendientes a que la filiación por TRHA sea cuanto sea posible “descontractualizada”, con un control estatal prevalente³⁵. Es importante tener en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en la adopción³⁶ –que tramita por la vía judicial y que implica una lógica intervención estatal-, la procreación asistida se enmarca en una suerte de “proceso privado” del cual el Estado se desentiende por completo, como si no existieran intereses trascendentes en juego.

VI. Conclusión

³³ Naomi CAHN, “Do Tell! The Rights of Donor-conceived Offspring”, *Hofstra Law Review* 42 (2014) p. 1112: “*At the time that a donor conceived child wants to know, the rights of donors, parents, and offspring are not symmetrical. Donors and parents take actions and enter into contracts at the time they donate; offspring can only look back, caught in an agreement that someone else has made about them.*”

³⁴ Ilke TURKMENDAG, “The Donor-conceived Child’s...”

³⁵ Cfr. Úrsula C. BASSET, “La filiación mediante técnicas de reproducción asistida: lo desencarnado de lo entrañable”, *Escritos Jurídicos The Family Watch* 7 (2015).

³⁶ Sobre las similitudes y diferencias entre adopción y TRHA, véase Mary Kate KEARNEY, “Identifying Sperm and Egg Donors: Opening Pandora’s Box”, *Journal of Law and Family Studies* 13 #2 (2011) 215-234.

El tema que comentamos encierra múltiples interrogantes jurídicos generados a partir de la irrupción de las biotecnologías en el mundo moderno. Es por ello que recurrimos al diálogo académico como un primer paso para dar las respuestas de justicia que reclama la sociedad de nuestros días.

Mucho se habla en estos tiempos de la mirada constitucional y convencional del Derecho de Familia, pero advertimos el riesgo de que dicha perspectiva se transforme en una abstracción sin contenido que se modela y recorta a conveniencia. El interés superior del niño debe ser norte y guía de este nuevo paradigma. Confiamos en que así sea.