Maestrando: Enrique Banti

Director de tesis: Dr. Jorge Nicolás Lafferriere

DEL "DESEO DE UN HIJO" A LA "PASIÓN POR UN HIJO". AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO. CRÍTICA DESDE LA BIOÉTICA PERSONALISTA ONTOLÓGICAMENTE FUNDAMENTADA.

Instituto de Bioética

Pontificia Universidad Católica Argentina

Director: Presbítero Rubén Revello

2017

Agradezco con un profundo sentimiento que brota desde lo más íntimo de mi corazón a mi esposa Alicia y a mis hijos Nicolás Ezequiel y María Luz, por todo lo que me brindan y por hacerme sentir tanto amor de familia. En ellos descansa el fundamento de mi existir.

A mis padres porque con su humildad de vida me educaron en valores morales buenos.

Al Profesor Doctor Nicolás Lafferriere, por el invalorable respeto que ha tenido siempre por mi persona. Gracias por haberme permitido conocer su espiritualidad y academicismo en su función de Director de Tesis. A él todo mi afecto y consideración.

Al Instituto de Bioética, a su director, a sus docentes y a mis compañeros de promoción, que me permitieron conocer y amar a la filosofía y la ética, permitiéndome entender que muchas veces por mirar sólo el "bio" y no la "ética" me encontraba en un sendero equivocado.

Pido a nuestro Señor Jesucristo y a nuestra querida madre la Santísima Virgen María para que prevalezca en mi pensamiento la prudencia necesaria en el tema a desarrollar en el presente trabajo.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....5
CAPÍTULO 1 "EL COMIENZO"
¿DESEO O PASIÓN POR UN HIJO?.....14
1.1 INTRODUCCIÓN.....14
1.2 ¿DESEO O PASIÓN?.....15
1.3 EL CASO DE MARÍA VICTORIA.....20
1.4 CONCLUSIONES.....23
CAPÍTULO 2.....24
MARCO BIOÉTICO PERSONALISTA ONTOLÓGICO.....24
2.1 INTRODUCCIÓN.....24
2.2 NATURALEZA Y MORAL.....25
2.3 LO NATURAL CONDUCE A LA MORAL. EL FIN ÚLTIMO DEL HOMBRE.....28
2.4 LIBERTAD Y FELICIDAD.....30
2.5 CONCLUSIONES.....37
CAPÍTULO 3.....39
"FACTORES JURÍDICOS Y BIOLÓGICOS QUE FAVORECEN LA PASIÓN POR UN HIJO"...39
3.1 INTRODUCCIÓN.....39
3.2 LEY 26.618. LEY CIVIL DEL MATRIMONIO CONSTITUIDO ENTRE PERSONAS DE IGUAL SEXO. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANTECEDENTES.....41
3.2.1 ESTRUCTURA GENERAL DE LA LEY.....42
3.2.2 EL MATRIMONIO.....45
3.2.2.1 POSTURAS A FAVOR DE LLAMAR MATRIMONIO A LAS UNIONES DE PERSONAS DE IGUAL SEXO.....45
3.2.2.2 POSTURAS EN CONTRA DE LLAMAR MATRIMONIO A LAS UNIONES DE PERSONAS DE IGUAL SEXO.....48
3.3 EL TEMA DE LOS HIJOS.....49
3.4 CRÍTICA BIOÉTICA DESDE EL PERSONALISMO ONTOLÓGICO.....50
3.4.1 CRÍTICA AL CONCEPTO DE MATRIMONIO.....50
3.4.2 DESDE LA ETIMOLOGÍA.....51
3.4.3 DESDE LA LEY NATURAL.....52
3.4.4 DESDE EL CATOLICISMO.....55
3.5 LEY 26.862. LEY DE ACCESO INTEGRAL A LOS PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS MÉDICO-ASISTENCIALES DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA. SU DECRETO REGLAMENTARIO.....57
3.5.1 BREVE RESEÑA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....57
3.5.2 FERTILIZACIÓN ASISTIDA EN NUESTRO PAÍS.....58
3.5.3 TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDAS.....59
3.5.4 CONSIDERACIONES GENERALES. ANTECEDENTES Y DEFINICIONES DE LA LEY 26.862 59
3.5.5 OBJETO Y ALCANCE DE LA LEY.....62
3.5.6 ESTRUCTURA DE LA LEY.....62
3.5.7 ESTRUCTURA DEL DECRETO REGLAMENTARIO 956/2013.....64
3.6 CRÍTICA SOBRE LA BIOTECNOLOGÍA REPRODUCTIVA DESDE LA BIOÉTICA PERSONALISTA ONTOLÓGICA.....69
3.7 FILIACIÓN Y VOLUNTAD PROCREACIONAL EN EL CÓDIGO CIVIL.....75
3.7.1 INTRODUCCIÓN.....75
3.7.2 LA FILIACIÓN CON EL USO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA CON GAMETAS ANÓNIMAS.....77
3.7.3 VOLUNTAD PROCREACIONAL ¿ES SUFICIENTE?.....81
3.8 CRÍTICA A LA VOLUNTAD PROCREACIONAL DESDE LA BIOÉTICA PERSONALISTA ONTOLÓGICA.....87
3.9 ¿IDENTIDAD O ANONIMATO DEL DONANTE EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA? POSTURA EN EL CÓDIGO CIVIL.....89
3.9.1 POSTURAS A FAVOR DEL ANONIMATO.....90
3.9.2 POSTURAS A FAVOR DE CONOCER LA IDENTIDAD.....92

3.9.3 POSTURAS INTERMEDIAS A CONOCER LA IDENTIDAD……95
3.10 CRÍTICA DESDE LA BIOÉTICA PERSONALISTA ONTOLOGICAMENTE……97
3.11 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO....98
CAPÍTULO 4....101
"CONSECUENCIAS" 101
DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO. SU AFECTACIÓN 101
4.1 INTRODUCCIÓN....101
4.2 DERECHOS PERSONALÍSIMOS....102
4.3 DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL....104
4.4 CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN RELACIÓN A LA IDENTIDAD PERSONAL....112
4.5 EL DAÑO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN EL COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA....120
4.5.1 FORMA DE DAÑO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN EL INICIO DE LA PERSONA……121
4.6 CONCLUSIONES....125
CONCLUSIONES DEL TRABAJO DE TESIS……..126
GLOSARIO 133
BIBLIOGRAFIA....134
LIBROS....134
REVISTAS....139
FALLOS JUDICIALES 141
DOCUMENTOS DE LA IGLESIA....142
DICCIONARIOS 142
ARTÍCULOS DE INTERNET 142
PERIÓDICOS 144
ANEXO LEGAL....145
LEY 26.618 LEY DE MATRIMONIO CONSTITUIDO POR PERSONAS DE IGUAL SEXO 145
LEY N° 26.862 DE ACCESO INTEGRAL A LOS PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS MÉDICO-ASISTENCIALES DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA....155
DECRETO REGLAMENTARIO N° 956/2013 DE LA LEY N° 26.862....157
LEY 26.529 DE LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES……161
DECRETO REGLAMENTARIO……168

INTRODUCCIÓN

"Atqui nulla res nos maioribus malis inplicat quam quod ad rumorem componimur, optima rati ea quae magno adsensu recepta sunt…"[1].

De la vida feliz, a Galeón, Séneca

Hace ya tiempo que han hecho su impacto en la República Argentina realidades sociales que fueron acompañadas por realidades biotecnológicas y jurídicas que merecen una discusión seria desde la bioética. En ella se interrelacionan el Derecho, la Biotecnología y la Ética, además otros saberes, como la Psicología y la Sociología.

El presente trabajo aborda el daño al derecho a la identidad del hijo cuando este proviene del uso de las técnicas de fertilización asistida con gametas heterólogas[2] partiendo de un evento inicial que es el llamado deseo de un hijo y que por diversos factores se encamina hacia la denominada pasión por el niño. También tratamos todas las circunstancias, tanto jurídicas como biotecnológicas, que hacen posible esa situación.

Esta temática es el núcleo central de nuestra hipótesis de trabajo en cuanto se pasa del deseo a la pasión por el hijo teniendo a disposición para ello todo un andamiaje legal y biotecnológico, vulnerando así el derecho a conocer las raíces biológicas del nacido y alterando el derecho a su identidad.

En relación a ello, insertamos este trabajo en el marco de la bioética personalista ontológicamente fundamentada y observamos que un estudio y discusión bioética es aún un área pendiente ya que en la bibliografía consultada se ha hecho muy escasa referencia al tema o incluso se lo omitió en gran parte de los casos. Es así que en este sentido pudimos observar que Javier Gaffo,[3] incursiona muy elementalmente acerca del anonimato en las técnicas de procreación humana asistida expresando que los padres legales y el hijo, si se

[1]"Ciertamente, ninguna cosa nos enreda con mayores males que el hecho de que nos acomodamos al rumor, pensando que lo óptimo es lo que es aceptado con gran consenso…".

[2] En este trabajo las palabras "heterólogas" y "anónimas" se toman como sinónimos.

[3]Gaffo, J.; Bioética teológica, Madrid: Desclee De Brouwer, Universidad Pontificia Comillas, 3° Edición, 2003, pp. 215-219.

les informa de su origen, podrán conocer rasgos generales de los donantes, pero no ahonda el problema de la afectación al derecho de la identidad del niño.

Elena Lugo[4] en su extenso capítulo acerca de las técnicas de fertilización asistida no hace mención al tema del daño de la identidad del hijo y en este mismo sentido Manuel Madueño[5]si bien hace alusión al mismo, no es investigado en profundidad asignándole una página y medio de su texto.

Catalina Arias de Ronchietto y otros[6] abordan con extensión entre otros temas el de la filiación desde su concepto jurídico y no puntualmente el del daño a la identidad del concebido desde el aspecto bioético.

Eduardo Sambrizzi[7] se aboca al tema del supuesto derecho al hijo y a conocer su progenitor biológico, pero dentro del contexto estrictamente jurídico sin hacer comentario al daño de la identidad del niño concebido con la biotecnología reproductiva con gametas anónimas.

Manuel Trevijano Etcheverría en su obra[8] no nombra el tema de la biotecnología reproductiva y en tal sentido tampoco al daño a la identidad del niño.

En la misma línea, Lino Ciccone[9] si bien explicita el tema de las tecnologías reproductivas en un capítulo entero, sin embargo, no dedica nada al tema del daño de la identidad del nacido por medio de gametas anónimas.

Juan José García[10] hace alusión en el capítulo III de su obra a la identidad humana y personal del embrión y en el capítulo VI a la reproducción artificial pero no aborda la problemática bioética.

Tampoco hallamos mencionado el tema de nuestro trabajo en la obra de Omar Franca-Tarragó[11] bajo la perspectiva personalista.

---

[4] Lugo, E.; Introducción a la bioética clínica, Buenos Aires: Ágape Libros, 1° edición, 2010, pp.151-171.

[5] Madueño, M.; Un grito por la vida. Bioética para todos, Buenos Aires: PPC Cono Sur, 1° edición, 2016, pp. 93-95.

[6] Ronchietto, C.; La Filiación: sus desafíos jurídicos hoy, Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina, 1° Edición, 2010.

[7] Sambrizzi, E., La procreación asistida y la manipulación del embrión humano; Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1° edición, 2001.

[8] Etcheverría Trevijano, M.; ¿Qué es la bioética?, Madrid: Sígueme; 1° Edición, 1999.

[9] Ciccone, L., Bioética. Historia. Principios. Cuestiones, Madrid: Pelícano, 1° Edición, 2006.

[10] García, J.J., Compendio de bioética, Buenos Aires: Librería Córdoba, 1° Edición, 2006.

[11] Franca-Tarragó, O., Fundamentos de bioética, Buenos Aires: Paulinas; 1° Edición, 2008.

En el libro de Lolas Stepke y Freitas Drumond no aparece mencionado este conflicto bioético[12].

Hemos dejado para el final por su importancia como pionero de los bioeticistas personalistas ontológicos a Monseñor Elio Sgreccia[13] con su obra en dos tomos del "Manuel de Bioética" en la cual se extiende ampliamente en el capítulo XI del Tomo I bajo el título "Bioética y tecnologías de fecundación humana" en cuyo punto 6 desarrolla la valoración moral de la inseminación artificial heteróloga, pero no hace referencia al tema del daño a la identidad del niño.

No podemos dejar de nombrar otros autores consultados, pero por fuera de la línea personalista ontológica como por ejemplo Miguel Kottow[14] en su obra de bioética de Santiago de Chile, Peter Singer[15]-[16], María Teresa López de la Vieja[17], Tristram Engelhardt[18], Roberto Arribere[19], donde sólo hacen referencia al derecho a la identidad, pero estrictamente desde la óptica jurídica. Armando Andruet[20] no habla sobre el tema en cuestión y hace sólo menciones generales, en el mismo sentido Graciela Moya[21] en su excelente trabajo desarrolla el tema de la infertilidad, estadísticas, causas, pero no se refiere al tema específico del daño a la identidad del niño. Otra obra que se enfoca en la fecundación asistida e identidad personal, pero desde un punto de vista enteramente legal es la obra de Beatriz María Junyent Bas de Sandoval[22].

[12] Lolas Stepke, F.; Freitas Drumond, J.G.; Bioética, Buenos Aires: Mediterráneo, 1° Edición, 2013.

[13] Sgreccia, E.; Manual de bioética, Tomo I, Madrid: Biblioteca de autores cristianos, 4° Edición, 2007.

[14] Kottow, M., Introducción a la bioética, Chile: Mediterráneo, 1° Edición, 2005.

[15] Singer, P., Ética práctica, Universidad de Cambridge, 2° Edición, 1995.

[16] Singer, P.; Compendio de ética, Madrid: Alianza Editorial, Cuarta reimpresión, 2010.

[17] Vieja López, M.T., Bioética y ciudadanía, Madrid: Biblioteca Nueva, 1° Edición, 2008.

[18] Engelhardt, H.; Los fundamentos de la bioética, Buenos Aires: Paidós, 1995.

[19] Arribere, R.; Bioética y derecho, dilemas y paradigmas del siglo XXI, Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 1° Edición, 2008.

[20] Andruet, A.; Bioética y derechos humanos, Buenos Aires: Universidad Católica de Córdoba, 1° Edición, 2007.

[21] Moya, G., "Problemática ético morales vinculadas a las técnicas de fertilización asistida" [en línea]. *Vida y Ética*, año 15, N° 1(2014), Disponible en:
htpp://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/porblematica-ético-morales-vinculadas.pdf [Fecha de consulta: 9 de agosto de 2017]

[22]Junyent Bas de Sandoval, B.M., Fecundación asistida e identidad personal, Buenos Aires: Astrea, 1° Edición, 2016.

Así mismo, otros artículos científicos como, por ejemplo, el de González[23] y el de Genestoux[24] profundizan sólo el aspecto jurídico.

Este relevamiento de antecedentes no tiene una pretensión de exhaustividad, sino que se ordena a constatar que el tema es novedoso para la bioética en general. En el campo jurídico hemos encontrado, sobre todo en los últimos años, un mayor debate sobre el derecho a la identidad en estas técnicas heterólogas.

Como observamos existen escasas investigaciones bioéticas[25] centradas en el daño al derecho a la identidad del niño gestado a partir de técnicas de fertilización asistidas con gametas heterólogas por lo cual el presente trabajo se orienta hacia ello ya que sostenemos en base a la fundamentación que brindaremos, que en la importancia de reconocer nuestro origen biológico reside la construcción de la identidad personal, es decir, sabernos hijos de determinados progenitores ya que ello incide en forma muy fuerte en nuestra historia personal. Resulta una situación muy difícil de sostener cuando no se sabe quién engendró al niño tratar de construir la identidad cuando se le impide a la persona ser lo que es.

Dentro de este panorama una de esas realidades amanece en la sociedad actual por el deseo de un hijo que en forma paulatina y bajo determinadas circunstancias que lo permiten, se transforma en la denominada pasión por el niño la cual se observa en determinados grupos poblacionales que los lleva a desencadenar una lucha contra todos los obstáculos posibles. Es así que encontramos en forma cada vez más arraigada, una manifestación que emerge en casi todos los ámbitos de la sociedad centrada en el *"derecho a un hijo".* Este supuesto derecho se ha sustentado a nivel médico como una verdadera "medicina del deseo" que tiene como objetivo satisfacer la voluntad de la persona adulta en desmedro del concebido.

Filosóficamente, este concepto se encuentra enmarcado en el relativismo que corresponde a la corriente del pensamiento moral predominante. En él la palabra "valor" es utilizada en un sentido exclusivamente subjetivo, negando que el hombre sea capaz de

[23] González, C.A.; Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas: el derecho a conocer los orígenes. ¿Legislación versus subjetividad? [En línea]. Disponible en:< http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2016000200009> [Fecha de consulta: el 19 de agosto de 2017].

[24] Genestoux, R., El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo. [En línea]. Disponible en:< http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pod=S1870-21472017000100011&script=sci_arttext> [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2017].

[25]Comité de Bioética de Catalunya, El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona [en línea]. Disponible en<:http://comitebioetica.cat/wp-content/uploads/2016/06/Derecho-a-conocer-los-origenes-biologicos-CBC1.pdf>. [Fecha de consulta: 18 de agosto de 2017.

un conocimiento objetivamente válido y universal. Como lo expresó Hildebrand la influencia del medio ambiente y del entorno social hacen que la esfera total interpersonal de la persona tenga una disminución de la capacidad de aprehender los valores objetivos e inmutables[26].

El hijo es un engranaje valioso en sí mismo y una vida nueva dada al matrimonio para constituir una *familia*, modelo institucionalizado en la naturaleza humana. En la actualidad se lo trata de oscurecer[27] con argumentos falaces basados en una imposición cultural o histórica sin fundamento en la naturaleza humana y que por lo tanto hace desterrar la *"familia tradicional"* con la aparición de nuevos *"modelos"* según surjan de las relaciones elegidas por quienes conviven. Por eso como lo refirió Domingo Basso[28] *"cada día existe un menor interés por el niño que se opera en beneficio del individuo adulto"*. Así es como se han desarrollado acciones médicas que llevaron a una verdadera revolución técnica y moral. Esto es posible porque junto a la pasión por un hijo se impulsó un incesante desarrollo de las Ciencias Médicas en el campo de la reproducción y en las técnicas de reproducción médicamente asistida.

De los muchos problemas bioéticos que encierra este tema, en nuestro trabajo nos focalizaremos en el referido al uso de gametos de terceras personas es decir anónimas para llevar a cabo la reproducción asistida y su impacto en materia legal y en el derecho a la identidad de los niños nacidos de ellas. Se trata de un tema complejo tanto en personas solas, en matrimonios heterosexuales y también en las uniones de personas del igual sexo ya que estos últimos obligatoriamente deben recurrir a la biotecnología y a la utilización de gametas extrañas para poder concretar un hijo.

Han contribuido a reafirmar esa pasión por un hijo la sanción de leyes como la ley 26.618 que autoriza el casamiento civil de personas de igual sexo, la ley 26.862 correspondiente a la regulación y al acceso a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida y la sanción, en el año 2015 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que regula, entre muchísimas otras situaciones, los aspectos referidos a la nueva causa fuente de la filiación cuando se incorporó la figura de la voluntad procreacional. Va de suyo que todas estas situaciones han abierto la puerta a una serie de paradigmas que presentan variados conflictos bioéticos.

[26] Hildebrand von, D.; Ética. 1° Edición española, Madrid: Ediciones Encuentro, 1983, Traducción: Juan José García Norro, pp. 110-131.
[27] Bañares J.; Miras J.; Matrimonio y Familia, 1° Edición, Buenos Aires: Ed. Logos, 2011.
[28] Basso D.; Nacer y Morir con Dignidad, 4° Edición, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

De esta forma, por ejemplo, las personas de igual sexo han podido formalizar civilmente una pareja a la que han denominado "matrimonio" para igualarlo al matrimonio heterosexual. Estas uniones pueden acceder a las técnicas de reproducción médicamente asistida y de esa forma concebir un hijo que proviene de dos madres o de dos padres[29]. Son viables otras posibilidades más complejas como que un hijo provenga del óvulo de una mujer, del espermatozoide de un hombre, sea gestado en el útero de otra mujer y que invocando la figura de la "voluntad procreacional" se les asigne el rótulo de padres a dos hombres.

Partiendo de estas realidades argentinas no se han debatido en forma adecuada los aspectos bioéticos que surgen de estas posibilidades para poder establecer normas éticas de conducta humana que no invadan los principios y valores morales de las personas afectadas, es decir en este caso del concebido. En estas circunstancias no se tiene en dicho proceder al niño, sino sólo la pasión de los adultos. Abordamos la crítica de otros problemas que plantea la bioética como el tema del matrimonio, de la biotecnología reproductiva, las modificaciones al Código Civil, la voluntad procreacional.

Creemos que nuestra contribución a la bioética personalista ontológica es necesaria ya que se parte del deseo hacia la pasión de un hijo con el daño al derecho a su identidad utilizando gametas anónimas, situación que la gran mayoría de los trabajos en este aspecto o bien no se trató suficientemente o se abordó desde otra perspectiva que no es la bioética constituyéndose en un área pendiente de estudio.

Es por ello que nos propusimos como Hipótesis de trabajo probar que:

La transformación del deseo de un hijo en pasión por el niño, junto a situaciones favorecedoras como las modificaciones del Código Civil, el cambio de paradigma en la institución del matrimonio y el acceso por ley a las técnicas y procedimientos de reproducción médicamente asistida con gametas heterólogas, producen una afectación del derecho a la identidad del niño.

Nuestros objetivos generales son:

- Diferenciar entre deseo y pasión por un hijo como idea disparadora en el adulto y que transforma al hijo en un objeto de felicidad personal.

[29] La presente tesis no abordará el problema de la maternidad subrogada, única forma en que dos varones pueden acceder a la filiación legal de un hijo, con exclusión de la gestante. En todo caso, también en tal supuesto se verifica una afectación del derecho a la identidad, aunque hay problemas y cuestiones adicionales que exceden los alcances de nuestro trabajo.

- Brindar un marco conceptual bioético anclado en una moralidad universal basada en el respeto a lo natural como lo es la bioética personalista ontológicamente fundamentada para poder circunscribir la verdadera felicidad del hombre en el ejercicio de su recta libertad.
- Realizar una descripción crítica desde la bioética personalista ontológica sobre la modificación del Código Civil sobre la institución del matrimonio y el tema de los hijos.
- Desarrollar el impacto biotecnológico que posibilita la ley de reproducción médicamente asistida en la pasión por un hijo.
- Analizar críticamente la incorporación de la figura jurídica de la voluntad procreacional en el Código Civil en desmedro de conocer la verdad del dato biológico.
- Jerarquizar como derecho personalísimo al derecho a la identidad del niño.
- Realzar la importancia de la identidad biológica para poder construir la identidad moral del hijo.
- Identificar la forma de daño al derecho y a la identidad del niño proveniente de los procedimientos y técnicas reproductivas médicamente asistidas con material heterólogo.

El objetivo específico se encuentra enmarcado en:

Concientizar bioéticamente que con la incorporación de las técnicas de reproducción médicamente asistidas con material heterólogo, la modificación a la institución del matrimonio, la importancia de la voluntad procreacional por sobre lo biológico, nos enfrentamos a una consolidación de la pasión por un hijo que se constituye como mero objeto del adulto y que lleva a la afectación al derecho y a la identidad del niño.

Desde el punto de vista metodológico para el desarrollo de este trabajo nos hemos basado en la recopilación de material bibliográfico acerca de los diversos tópicos tratados efectuando una minuciosa revisión y contrastación de la literatura sobre el tema. Se utilizó un recurso de tipo cualitativo para el tratamiento, análisis, discusión y conclusiones de los temas mediante la descripción del fenómeno y sus características. Mantuvimos una entrevista con un matrimonio entre personas del igual sexo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Este trabajo de tesis se encuentra estructurado a lo largo de cuatro capítulos, las conclusiones y recomendaciones con la consiguiente bibliografía, glosario y anexo legal.

El primer capítulo tiene como finalidad enmarcar los conceptos de "deseo" y "pasión" por un hijo a modo de comienzo, observado en muchas personas solas, matrimonios heterosexuales y matrimonios con personas del igual sexo y en su análisis debimos recurrir al campo de la psicología. Dentro de ella al psicoanálisis para poder determinar sus diferencias y características. A manera de ejemplificación presentamos un caso entrevistado por nosotros de la realidad: el de María Victoria en el cual se ilustran los conceptos de este primer capítulo, luego arribamos a una conclusión a manera de cierre.

En el segundo capítulo debimos circunscribir los postulados de la bioética personalista ontológicamente fundamentada por ser esta la corriente de nuestro pensamiento bioeticista y allí nos pareció apropiado desarrollar conceptos relacionados al tema de nuestra tesis como ser: el estudio de lo natural y de la ley natural como fuente de los valores universales en que se sostienen los conceptos morales de esta bioética y así poder establecer que a partir de lo natural se llega a una moralidad definida que tiene como centro el ser. Desarrollamos en este capítulo el tema de la libertad, tan mal entendida en nuestra época, y de la felicidad para brindar el verdadero sentido de ella y jerarquizar al concebido como un fin en sí mismo y no un eslabón de mi propia y absoluta libertad.

En el capítulo tres nos abocamos al análisis de los factores jurídicos que posibilitan aquello que comenzó como deseo, pero derivó en pasión. Nos referimos al estudio de la ley 26.618 o ley civil del matrimonio constituido por personas de igual sexo haciendo consideraciones acerca del verdadero significado de la institución del matrimonio y el tema de los hijos. Ello se acompaña de la correspondiente crítica bioética. Efectuamos en este capítulo un estudio de la ley 26.862 o ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida con un breve repaso a las técnicas heterólogas y también con su crítica bioética. Circunscribimos al derecho a la identidad del nacido por las técnicas de fertilización con material heterólogo según lo dispone nuestro Código y las posturas sostenidas entre conocer la identidad del donante o resguardar su anonimato y de esta forma entramos al estudio de la filiación y la figura jurídica de la voluntad procreacional en nuestro Código Civil y Comercial con su correspondiente crítica bioética.

El capítulo cuatro aborda lo que dimos en denominar “consecuencias” de todo este proceso y es por ello que estudiamos los derechos personalísimos, específicamente el derecho a la identidad del niño y cómo se vulnera en el comienzo de su existencia.

Finalmente realizamos una crítica desde la bioética personalista ontológica de los temas desarrollados para de esa manera y por último estar en condiciones de brindar las conclusiones a las que hemos arribado para demostrar nuestra hipótesis de trabajo esbozando recomendaciones finales al respecto.

Acompaña a esta tesis un anexo legal para leer directamente y consultar la totalidad de las leyes estudiadas en forma más accesible y rápida. Como consideramos que algunas palabras pudieran ser demasiado técnicas elaboramos un glosario de vocablos que se ubica en al final del trabajo.

Para finalizar esta introducción compartimos un fragmento del documento de la Congregación para la Doctrina de la Fe:

> […] El deseo de un hijo no puede justificar la “producción” del mismo, así como el deseo de no tener un hijo ya concebido no puede justificar su abandono o destrucción. En realidad, se tiene la impresión de que algunos investigadores, carentes de referencias éticas y conscientes de las potencialidades del progreso tecnológico, ceden a la lógica de satisfacer lo que cada cual desea subjetivamente, así como a la fuerte presión económica propia de este campo. […][30].

[30] Dignitas Personae, Congregación para la Doctrina de la Fe, 8 de septiembre de 2008.

CAPÍTULO 1

"EL COMIENZO"

¿DESEO O PASIÓN POR UN HIJO?

"Plantar un árbol, escribir un libro, tener un hijo"
José Martí

1.1 INTRODUCCIÓN

¿Qué es aquello que sucede en algunas personas que "desean" tener un hijo naturalmente, pero que han visto frustrada esa situación y adoptan un posicionamiento que los lleva a desencadenar en forma gradual acciones y situaciones que viran a lo que se denomina una verdadera "pasión" por el niño? Invadidos por la "pasión" que sustituye al "deseo" se motiva un despliegue de pasos jurídicos y biotecnológicos que desvirtúa el verdadero fin pudiendo conllevar consecuencias en el derecho a la identidad del niño.

Queremos dejar sentada nuestra posición: tener un hijo nos parece totalmente legítimo. Sin embargo, la situación que aquí estudiamos parece cruzar límites bioéticamente muy discutibles que pueden lesionar un derecho personalísimo como es el derecho a la identidad del niño.

Va de suyo que este proceder es complejo ya que se encuentra en juego otra persona como es el niño, que siempre debe ser deseado como un bien en sí mismo y que representa alguien distinto de la pareja. Es un ser ontológico al que se debe respetar como tal y no puede tomárselo como un medio para otros fines ya que él es un fin en sí mismo.

Abordaremos el conflictivo y complejo entramado en el concepto del deseo y su diferencia con la llamada pasión desde sus raíces en el argumento psicológico. Es por ello que para nuestro análisis tuvimos en cuenta el sentido transdisciplinar y multidisciplinar de la bioética para lo cual consultamos otros campos del saber cómo la psicología y dentro de ella el psicoanálisis. También apelamos a las ciencias biológicas y jurídicas para comprender la acción facilitadora de esos requerimientos, ya que creemos que esto constituye un agravante que ayuda a acentuar la pasión por un hijo "acomodando" esa condición de la o las personas involucradas y que se encuentra sustentada en la sociedad

en favor de una paternidad y/o maternidad, copaternidad y/o comaternidad que se pierde en el anonimato para el niño y que daña su derecho a la identidad.

Comenzaremos por llegar a las raíces más lejanas en relación con el étimo de la palabra "deseo" y "pasión", para conocer su significado primigenio, para luego dar paso a la descripción de aquello en qué se basa cada una de estas situaciones y en cuál de ellas se puede dañar el derecho a la identidad del concebido.

Brindaremos el enfoque de la psicología por ser esta disciplina la que más profundizó en este aspecto y que frecuentemente recibe personas solas o parejas con esa problemática, abordaremos también la relación existente entre el deseo y la persona y la pasión con su objeto.

Luego analizaremos el foco psicoanalítico centrándolo en el proceso narcisista y retomando el concepto de Freud para poder comprender como de la frustración del deseo se puede pasar a la angustia/neurosis de la pasión por un hijo. Vamos a introducir el concepto de "maternidades a cualquier precio" y el de "el hijo a cualquier precio" que surgen como expresión de esta última.

Finalmente tomamos un caso de la realidad, el de María Victoria, entrevistado por nosotros a manera de ejemplificación de un hecho tangible que nos rodea y que nos hace reflexionar acerca de la licitud moral o no de los medios empleados a la hora de decidirnos por tener un hijo.

1.2 ¿DESEO O PASIÓN?

La etimología de la palabra "deseo", proviene de la raíz indoeuropea *"sed"* con el significado de "sentarse, estar sentado" es decir se refiere a aquella persona que espera pacíficamente (sentado) algo. Por el contrario, el vocablo "pasión" deriva del latín *"passionem"* con el significado de "sufrimiento, acción de padecer". Si lo trasladamos a nuestro tema de estudio se refiere a aquella persona que tomando como inicio un deseo (tener un hijo) y no pudiendo concretarlo (por la vía natural) sufre y padece emocionalmente y por ello despliega un abanico de acciones para lograr su objetivo (tener un hijo)[31].

[31] Silva Gómez, G.; Breve diccionario etimológico de la lengua española, México: Fondo de la cultura económica, Segunda Edición, Año 1998, p. 522.

Según la Escuela Psicoanalista Argentina ya desde el deseo de un hijo se comienza a estructurar la llamada prehistoria del niño por nacer que se encuentra yacente en los fantasmas parentales[32] de quienes desean ese hijo y por ello Piera Aulagnier[33] expresa que cuando se habla del deseo de un hijo, este último es visto como una persona diferenciada de la madre, este hijo deseado es otro diferente, base esencial para la construcción de toda persona humana. En este caso el deseo supone una ruptura con el narcisismo, un abandono de esa posición y *"presupone la posibilidad de enfrentar las propias carencias y renunciar a la realización de sus deseos a través de un hijo"*[34].

Como lo afirman los especialistas antes mencionados, el deseo de un hijo es en realidad el sedimento necesario en el cual se comienza a construir la llamada "prehistoria del niño", en otras palabras, en el mismo instante del deseo de tener un hijo queda marcado el momento inicial de la historia de ese niño, la cual constituye la piedra fundamental del andamiaje que forma la base de su identidad.

Como lo explicaba Freud, en los comienzos de una vida nueva, siempre es posible hallar una historia previa y podemos remontarnos hacia atrás encontrando la denominada "existencia doble" es decir, ser un fin para sí mismo y simultáneamente ser el eslabón generacional que marca la forma en que se lo espera y todo aquello que su existencia real representará para el inconsciente de sus padres[35].

El deseo bien conformado es una tendencia a algo dentro de un cauce, es sentarse a esperar. En cambio, la pasión es una perturbación[36] del sujeto que lo lleva a la posesión vehemente (dicho de una persona que obra en forma irreflexiva) de un objeto. Como puede verse la pasión por un hijo es otra situación diferente al deseo siendo el objeto un tema central. En la pasión el hijo es visto como un objeto. Algunos autores establecen que la misma pasión llega a negar la autonomía del objeto (en el sentido aquí de persona o hijo). Es por eso Paul Racamier asegura que:

[32] Se llama en este contexto "fantasmas parentales" a lo imaginario en relación con la maternidad y paternidad que llevan implícitos los miembros de la pareja desde su infancia.
[33] Citada en: Alkolombre, P.; Deseo de un Hijo. Pasión de Hijo; Buenos Aires: Editorial Letra Viva, 1° Edición, 2008.
[34] Ídem, p. 19.
[35] Ídem, p. 71.
[36] No en el sentido de enfermedad o de pérdida del juicio de realidad, sino como una neurosis que tiene como base la angustia.

> El sujeto apasionado niega la autonomía del objeto y de lo real, por eso lo que atormenta al apasionado, su sufrimiento, está en el hecho que el objeto viva por sí mismo, perdiendo las encarnaduras marcadas por las necesidades narcisistas. Así el objeto del amor en la pasión tiene el valor de una referencia narcisista intocable e inmutable[37].

Estas personas apasionadas reorganizan su percepción del mundo a partir de él (el hijo), por eso es un objeto único y excluyente, es una representación que aliena al yo y se sumerge en una pasión que en realidad es ciega[38]. Es así como en estas percepciones y desde el hijo, ¿soy el deseo o pasión del otro?, transformándose el hijo únicamente en un objeto que debe cumplir el mandato de otra persona.

En este sentido, mientras que en el deseo se permite conocer los límites morales para no afectar al hijo ya que este es parte de ese deseo como el ser; en la pasión se desborda a la persona y generalmente se enfoca y se estrecha en el fin, dado que es parte ya no del hijo, sino de las situaciones psicológicas de la persona y/o pareja que lo quieren tener.

De esta manera el tema de la búsqueda de un hijo bajo el aspecto de la pasión puede transformarse y generalmente ocurre, en aquello que se denomina maternidades *"a cualquier precio"*, modalidades que involucra tanto a matrimonios y/o personas heterosexuales como los matrimonios y/o personas homosexuales.

Como lo hemos dicho, los especialistas de la psicología apoyan esta argumentación de la pasión por un hijo haciéndola descansar en un predominio narcisista y rotulándola, como lo dice Alkolombre[39] de una verdadera "reproducción narcisista".

En igual camino, ya Freud sostenía que el deseo puede transformarse en angustia y luego en pasión ya que en ciertas personas este deseo del hijo por una manifiesta frustración *"puede desencadenar la neurosis"* cayéndose en situaciones que presentan características particulares por la intensidad y por una fijeza inusual en el objeto.

Estos conceptos han sido tomados desde antaño por la literatura y a modo de ejemplo podemos decir que se encuentra claramente expuesto en la obra de Federico García Lorca, "Yerma", en la cual se pone en evidencia que en la protagonista es el hijo el que se levanta como promesa de una satisfacción narcisista de ella, es decir como mero objeto y no sujeto/persona.

---

[37] Citado en: Alkolombre, P., Deseo de un hijo. Pasión de un hijo. Óp. Cit., p. 56.
[38] Ídem., p. 56.
[39] Ídem., p. 102.

De la misma manera es importante saber que la pasión puede disfrazarse bajo el aspecto de un deseo de varias formas, por ejemplo: por el deseo de trascendencia, de perpetuación patronímico, de acompañamiento para la vejez, aseguramiento de una herencia, favorecer una estructura narcisista, satisfacer a la propia madre y/o padre. Cuando el deseo original y legítimo se transforma en pasión por un hijo se recurre a la incorporación de las técnicas de reproducción médicamente asistidas con gametas anónimas y es allí donde se distorsiona la frontera bioética en relación a la identidad. Actualmente la pasión bajo el planteo de formar una familia con la incorporación de un hijo se ha resuelto con la intervención de un tercero anónimo como lo expresa Alejandra Goldschmidt[40], aunque esta autora se refiere específicamente a las uniones de personas del mismo sexo:

> En los últimos años, a partir del advenimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, las consultas se quintuplicaron. Siempre existió la copaternalidad: gays que querían casarse y tener hijos. Pero ahora que existe el formato legal del matrimonio igualitario muchos empezaron a pensar más en la posibilidad de formar una familia[41].

Es así como en la fecundidad como un hecho natural el hijo certifica y reconoce la existencia amorosa encontrarse enmarcado en el deseo y no en la pasión.

En igual sentido García Sánchez afirma que el derecho a la vida no depende de la voluntad causal ni de la pasión por un hijo utilizando las técnicas con material heterólogo ya que estas nunca podrán considerarse un acto de amor. La naturaleza que da origen al acto de amor pleno lleva implícita la *incondicionalidad*, es por ello por lo que así vistas las técnicas de reproducción médicamente asistidas lo único que hacen es el refuerzo intencional de lo contrario[42]. Por ello las personas que quieren fervientemente un hijo deben tener presente que es necesario engendrar vida humana en un contexto natural (desde el deseo) de una relación íntima y libre, es decir en el amor incondicional de sus padres[43] para poder evitar el posible daño del niño ya que la función parental es la que posee las claves

[40] Alejandra Goldschmidt es psicóloga especialista en fertilidad de la Fundación Foro (Asistencia, formación, prevención e investigación en salud mental).
[41] Ríos, S.; "Paternidad entre amigos, una nueva forma de familia" [en línea]. Diario La Nación, Buenos Aires, 7 de marzo de 2015. Disponible en: <www.lanacion.com/sociedad>. [Fecha de consulta: 3 de junio de 2016].
[42] García Sánchez, E., ¿Es un acto de amor humano la fecundación In vitro?, Cuadernos de bioética XXV, Año 2014, p. 180
[43] Ibid. p. 182

de la transmisión de los valores y cultura y el mecanismo por el cual esto se produce está constituido por los procesos de identificación del niño con sus padres biológicos.

Es evidente que el nudo de si es lícito moralmente satisfacer la tenencia de un hijo no está justamente en las técnicas en sí, sino en utilizarlas exclusivamente en la "pasión" de un hijo por parte de los padres. Es por ello por lo que se recurre de esta forma a la obtención de un "bien" eligiendo los medios inadecuados y arbitrarios por los "padres" pudiendo vulnerar un derecho personalísimo como es el derecho a la identidad del niño. En este mismo aspecto y volviendo a los argumentos del terreno del psicoanálisis se refuerza que no hay sociedad en donde se considere el nacimiento de un niño sólo como un evento biológico ya que lo que subyacen son representaciones subsumidas en las reglas del parentesco y de filiación, asegurando el lazo social y asignándole al niño por nacer un lugar de identificación y una matriz de referencias identificatorias[44].

Aclaramos que la vida humana obtenida por estas técnicas es tan digna como la que surge del amor matrimonial natural y esto no se encuentra en discusión, lo que sí plantea una problemática bioética es la cosificación del niño por parte de terceros. Por ello y bajo la forma de pasión Genevieve Delaisi de Perseval y Alain Janaud escribieron un libro cuyo título es *"El hijo a cualquier precio"*[45]donde expresan que para conseguir un hijo se remite a un exceso (pasión), pagar cualquier precio, aunque este implique sacrificios que pueden ser desde lo económico, vinculares, intrapsíquicos.

¿La pasión de un hijo *a "cualquier precio"* puede suponer recurrir a cualquier procedimiento con gametas heterólogas, incluso vulnerando aspectos esenciales como es el derecho a la identidad de ese hijo que va a ser concebido?, ¿Qué lugar ocupa un niño dentro de las reglas de parentesco si nació por donación de gametas anónimas u otras variantes?, ¿Se inauguran parentescos naturales y artificiales?

Va de suyo que tanto la biotecnología reproductiva y el mundo jurídico han acentuado la pasión dando como respuesta estas situaciones y haciendo posible el daño al derecho a la identidad del niño. Con el fin de ejemplificar el tema presentamos un caso de nuestra realidad que ha sido entrevistado por nosotros.

[44] En este sentido mencionamos a Francoise Heritier en: Del engendramiento a la filiación; Rev. De psicoanálisis con niños y adolescentes, Buenos Aires, 1992, p. 22. Citado en: Alkolombre, P.; Deseo de un Hijo. Pasión de Hijo; Óp. Cit., p. 39.
[45] ídem., p. 66.

1.3 EL CASO DE MARÍA VICTORIA

María Victoria[46] (desde aquí M.V.) estaba sumamente nerviosa cuando arribó a la cita para la entrevista. Es licenciada en sistemas y trabaja en una empresa multinacional.

La misma se efectuó en un bar de la Avenida Cabildo y Juramento a las 13:00 hs en forma puntual. Duró 2 horas. Me reiteró la confidencialidad. La serené y le aseguré la misma.

Le expliqué cuál era mi trabajo y a qué se refería el tema elegido para realizar esta tesis y luego que pasaron los minutos iniciales se serenó. Me aseguré de ser totalmente objetivo tanto en palabras como en gestos.

Me llamó la atención que M. V. me comentase en el inicio *"que no lo haría nuevamente".* Inmediatamente le dije que para ser más ordenado todo, comenzara relatándome desde el inicio, es decir, desde que comenzó a gestarse la idea de tener un hijo.

M.V. así lo hizo e inició su relato.

"La idea inicial surgió cuando cumplí los 34 años, en ese momento era heterosexual y finalicé una pareja con un hombre que había durado 2 años.

Sin pareja y con 34 años me surgió la idea de tener un hijo que era lo que quería siempre en parte y por otro lado por el tema de la edad.

En realidad, tenía un deseo de un hijo de toda la vida, siempre me gustó una familia, por supuesto, con hijos.

Al tiempo de la ruptura con mi pareja anterior conocí por casualidad a M.L., una mujer 3 años mayor que yo.

Nos gustamos, salimos y al poco tiempo ella me confesó su amor y yo, que había sido hetero, también lo sentía hacia ella.

Nos fuimos a vivir juntas y aquí estamos luego de 4 años.

Nos casamos el año pasado.

Al año de convivencia y de llevarnos tan bien le comenté mis deseos de ser madre.

Te aclaro que nunca quise adoptar porque yo quería ser madre biológica, sentir la panza y el parto.

M.L. no se opuso a mi idea en absoluto.

La idea se fue materializando rápidamente, pero nos faltaba el espermatozoide.

[46] Los nombres son ficticios.

Fui a consultar con el Dr. J., quien tenía en ese momento un banco de esperma. Inicialmente sola y luego acompañada con M.L.

Nos sugirió una inseminación, pero no cualquier tipo de inseminación técnicamente sofisticada, sino una inseminación casera".

Automáticamente paré de escribir y la miré fijamente y no pude contener la pregunta y el asombro: ¿Una inseminación casera? ¿Cómo es eso?

En ese momento M.V. me relató lo que había hecho por indicación de su médico.

"La inseminación casera la realicé en mi casa.

El médico me citó a su consultorio, en un día y hora acordada, era un departamento de planta baja y un primer piso.

Me hizo acostar en una cama en una habitación del primer piso y obtuvo el esperma de un donante, al que no conocí, por masturbación en una habitación de planta baja en una jeringa.

Luego de obtenerlo me lo alcanzó y yo misma me agaché e introduje la jeringa en mi vagina impulsando el esperma.

Te digo que tuve un éxito total.

Ni yo lo creía, quedé embarazada.

En el embarazo tuve hipertensión arterial por lo cual me hicieron una cesárea a las 37 semanas.

J.L. nació perfecto con un peso de 2040 gramos.

Lo amamanté 6 meses.

J.L. es un niño hoy de 2 años y medio y que el año próximo concurrirá al jardín.

Estoy súper entusiasmada con esa idea".

Luego de este relato le realicé a M.V. las preguntas que había escrito para las entrevistas de este trabajo y que para un mejor ordenamiento transcribiré cada pregunta y la respuesta correspondiente.

1) ¿Qué es para vos la felicidad?

La felicidad son momentos, es la tranquilidad, es el amor de mi hijo, la coherencia, la armonía, estar con mi hijo sano.

2) ¿Cuál es el motivo más importante para haberte decidido a tener un hijo?

Siempre sentí la necesidad de ser madre.

3) ¿Qué representa un hijo en tu vida?

Mi hijo es una felicidad incondicional. Por él soy madre que es lo que siempre quise.

4) ¿De dónde proviene el óvulo y de dónde el espermatozoide?

El óvulo fue mío y el espermatozoide lo desconozco.

5) ¿Qué técnica de reproducción asistida utilizaste?

Por sugerencia médica efectué la inseminación "casera".

6) ¿Alquilaste un útero?

No.

7) ¿Existen roles de madre y de padre definidos?

Yo soy la madre. M.L. no ejerce el rol de madre como yo, pero tiende a complementarlo.

No hay en nuestro caso un rol de padre.

8) ¿Cómo crees que asume estos roles el hijo?

Si bien todavía es pequeño y nunca preguntó sobre el padre, te cuento que en la última navidad puso mucho interés para armar el pesebre y en forma espontánea, al ver la imagen de María y José, puso mucha atención en este último como padre. Es decir, decía que así era su papá. Todos nos quedamos asombrados.

9) ¿Cómo le explicarás a su hijo el tema de la identidad?

Ahora lo pienso de otra forma, ya que no lo haría más de esa manera.

En ese momento no me interesó el tema de la identidad.

Hoy no recurriría al banco de semen, ya no me gusta el tema del anonimato.

Es importante que el chico conozca de dónde viene.

10) ¿Pensaste en la posibilidad de la adopción?

Sí en algún momento se me pasó por la cabeza, pero por lo engorroso de los trámites no recurrimos a esa opción.

Por otra parte, quería atravesar la experiencia de la maternidad.

11) ¿Crees que un hijo constituye la felicidad?

Como te comenté anteriormente un hijo es una felicidad incondicional. Es algo pleno.

1.4 CONCLUSIONES

Como hemos podido desarrollar en este capítulo existen dos planos psicológico-emocionales bien diferenciados bajo los cuales una persona o una pareja ya sea de orientación homosexual o heterosexual quieren implementar mecanismos para tener un hijo: el deseo y la pasión. En el primero prima la persona por nacer y diríamos que se utilizan los medios naturales para lograr el embarazo, mientras que en la segunda es prioritario alcanzar el objeto con su cosificación: el hijo, ya que se involucran diversos mecanismos bajo la estructura psicológica de la persona o de la pareja.

Quien busca tener un hijo por el deseo ve en ese niño un ser con la connotación ontológica del mismo, mientras que apasionarse en la búsqueda de un embarazo es ver el objeto de la pasión, con lo cual y de acuerdo a lo expuesto anteriormente se movilizan y ordenan todos los actos para lograrlo.

Es así como el deseo de un hijo puede transformarse en una búsqueda compulsiva (pasión) de un embarazo siendo ayudado o acentuado por el accionar tecnológico médico y con una estructura jurídica que es afín a esa situación, olvidando que el niño puede ser dañado en el derecho a su identidad personal como veremos en el transcurso de este trabajo.

¿No estaremos concediéndole primacía a lo voluntario y artificial por sobre lo natural sin tener en cuenta al hijo y al daño que puede ocurrir?

En el tercer capítulo desarrollaremos cómo se refuerza esa pasión por un hijo con el arsenal biotecnológico reproductivo y con una conformación legal acorde pudiendo derivar en un daño al derecho a la identidad del concebido. Previamente a ello debemos dejar sentada las bases de nuestra posición desde la bioética personalista ontológica.

CAPÍTULO 2

MARCO BIOÉTICO PERSONALISTA ONTOLÓGICO

2.1 INTRODUCCIÓN

Luego del tema del deseo y pasión por un hijo nos proponemos desarrollar los fundamentos éticos que sustentan a la bioética personalista ontológicamente fundamentada, con el objeto de aplicarlos a todos los temas de nuestro trabajo, especialmente a la valoración bioética del derecho a la identidad del hijo en matrimonios que utilizan las técnicas de reproducción médicamente asistida con gametas anónimas.

La bioética personalista ontológicamente fundamentada hunde sus raíces en la ley natural siendo cognitivista y es a partir de la ley natural que existe una moralidad con valores universales que la hace fija e inmutable en contraposición a lo cambiante. Trabajar sobre lo que cambia constantemente en el tiempo, no nos permite volcar una moral[47] rectora del individuo y por lo tanto los valores de la persona entran en un dinamismo variable. Es aquello que desde la filosofía se llama el relativismo moral, ampliamente predominante en nuestra época.

En este sentido, estructuramos este capítulo partiendo del concepto de lo "natural" y la "naturaleza", como fundante de la ética personalista y a partir de ella la libertad y la felicidad del hombre entendida como su fin último. Es por este motivo que de lo natural como del respeto a la naturaleza surge en la persona una moralidad definida con un anclaje ético específico y no cambiante.

Al mismo tiempo configuramos el sentido de lo natural y su moral analizando la libertad del hombre que lo hace ser dueño de sus actos y encaminarse de acuerdo a la recta razón hacia su fin último como lo es la felicidad.

Va de suyo la íntima relación existente entre el concepto de "naturaleza", "moral", "libertad" y "felicidad" con la correcta distinción entre el "deseo" o "pasión" por un hijo.

[47] Si bien desde el saber filosófico existe diferencia, aquí tomamos moral como sinónimo de ética.

2.2 NATURALEZA Y MORAL

"…consideramos autosuficiente aquello que por sí sólo hace deseable la vida y no necesita ser completado por nada. Tal pensamos que es la felicidad. Ella es lo más deseable de todo, aún sin añadirle nada… Así pues, según el parecer general, la felicidad es algo perfecto y autosuficiente, por ser el fin de los actos."

Ética a Nicómaco, Aristóteles

Lo natural marca el camino en nuestra posición ontologista personalista y las desviaciones de ese cauce conducen a situaciones teñidas de un subjetivismo como lo es el planteo del relativismo moral. En el planteo gnoseológico y como lo expresa María Celestina Donadío Maggi de Gandolfi[48]es posible definir a la naturaleza y lo natural como:

> El conjunto de todos los entes de este mundo en cuanto independientes del hombre tanto en su constitución, por lo que resultan determinados en una clase, tipo o especie, como en su actividad, de la que se originan fines espontáneos y que nos maravillan por su belleza y precisión.

En palabras de la misma autora y siguiendo la filosofía del Aquinate, la naturaleza está dotada de una potencia natural para cada tipo de cambio, los cuales pueden ser sustanciales o accidentales, aunque estos serán naturales en la medida que sean consecuencia de la misma forma sustancial. Es por ello que la naturaleza y lo natural constituye el principio de movimiento y quietud en aquello en lo que es primero y propiamente y no accidentalmente[49].

La palabra "naturaleza" proviene del verbo nacer porque nacen los vivientes, los engendrados porque están unidos a los que engendran y es por eso que la palabra "naturaleza" o "natural" pasó a designar el "principio de generación y movimiento".

Etimológicamente el vocablo *"natural"* y *"naturaleza"* derivan del indoeuropeo *"gen"* que en su significado más remoto designaba "dar a luz, parir"; de allí se derivó al latín con un sufijo "*gna- sko"* para formar el vocablo latino "*nascor"* con el significado de

[48] Para poder ampliar este tema de la ley natural y de la naturaleza puede leerse la obra: Maggi de Gandolfi, M.C.; Biodiversidad y biotecnología. Reflexiones en bioética; 1° Edición, Buenos Aires: Educa; 2004.
[49] Ídem.

nacer. De esta derivan una serie de palabras tales como: "nacer, nativo, nato, natura, naturaleza, nación, nada"[50]. De acuerdo a ello es que la palabra *"naturaleza"* significa:

1- Esencia y propiedad característica de cada ser.

2- Conjunto, orden y disposición de todo lo que compone el universo.

3- Principio generador del desarrollo armónico y la plenitud de cada ser, en cuanto tal ser, siguiendo su propia e independiente evolución[51].

4- Según Aristóteles la *Phýsis* es: "[…] aquello primero e inmanente a partir de lo cual crece lo que crece. Además, aquello de donde procede en cada uno de los entes naturales el primer movimiento que reside en ellos en cuanto tales"[52].

La persona humana toma conciencia de las inclinaciones fundamentales de su naturaleza, que constituyen una situación diferente al deseo, es por ello que los bienes a los que tiende (finalismo natural) por su propia naturaleza son necesarios para su propio fundamento moral y ellos se expresan en un cierto número de preceptos generales que comparte con todos los seres humanos (misma especie) y que en definitiva constituyen el contenido de aquello que se llama ley natural.

En general se distinguen tres grandes conjuntos de dinamismos naturales que actúan en la persona humana:

- La inclinación a conservar y desarrollar la propia existencia.
- La inclinación a reproducirse para perpetuar la especie.
- La inclinación a vivir en sociedad.

A partir de estos dinamismos naturales se formulan los preceptos de la ley natural que son conocidos naturalmente. Forman un primer sustrato que se encuentra en la base de toda reflexión posterior sobre el bien a realizar y el mal a evitar[53]. Por eso Donadío Maggi de Gandolfi dice que:

> La naturaleza y lo natural aluden de suyo a algo necesariamente determinado, estructurado, ordenado y que es independiente de lo voluntario, de lo accidental, de lo artificial, de lo fortuito… hoy el uso

[50] Edwards, R.; Pastor, B.; Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española; 1° Edición, Madrid: Alianza diccionarios, 1996.
[51] Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 23° Edición, Tomo IX, Argentina, 2014, p. 1524.
[52] Aristóteles, Metafísica, Libro V, España: Editorial Gredos, 2007, p. 157.
[53] Congregación para la Doctrina de la Fe, En búsqueda de una ética universal: Una nueva mirada sobre la ley natural; Buenos Aires: Conferencia Episcopal Argentina, 1° Edición, 2011, pp. 82-83.

> del concepto filosófico y científico de naturaleza refiere a una energía material que brota espontáneamente sin requerir de ninguna determinación especificante ni de orientación alguna hacia fines ni valores reales. Esta nueva necesidad "natural", ciega y amorfa, sustenta como verdadero lo que cada uno decide lo que es la verdad. Claro es advertir las consecuencias de esta doctrina en el orden moral[54].

En este mismo camino resulta llamativo, como una parte de la sociedad argentina, se hace eco de un amor a la naturaleza hasta límites que muchas veces lindan con un cambio en las conductas personales[55]pareciendo que el hombre en definitiva protege lo natural, es decir se acerca a la naturaleza; pero sin embargo lo que resulta paradójico e inexplicable es su accionar. Mientras el hombre favorece el acercamiento a lo natural y a respetar a la naturaleza, no lo hace de la misma manera en su ámbito propio como puede ser la conformación de un matrimonio y la posibilidad de tener hijos, así es como asistimos asombrados al desvanecimiento de esa comunión con el orden natural, sin límites ni fronteras. En verdad, se sumerge en lo que se denomina un *"relativismo ético"*[56] que invade a nuestra modernidad y a nuestra cultura con una velocidad de penetración abismal.

Por otra parte, la noción de *"naturaleza"* se asocia siempre a un *"orden"*[57] y en ese sentido siempre lo natural es bueno ya que implica un orden intrínseco que se encuentra ordenado a un fin y tiende hacia él. Por eso cuando se establece que algo por sus características es "natural" supone un orden adecuado entre los entes naturales.

Es sabido que la naturaleza es anterior al orden, ya que como lo expresa Alberto Caturelli:

> La naturaleza es anterior al orden precisamente porque lo causa pues no existiría orden alguno sin ella […][58].

En filosofía moral se establece que la naturaleza es sustancia y el orden es accidente, por ello y a manera de ejemplo para nuestro tema, el acto sexual humano se ordena cuando

[54] Donadío Maggi de Gandolfi, M., C.; Biodiversidad y Biotecnología. Reflexiones en Bioética, Óp. Cit., p.46.
[55] Me refiero a cambios de hábitos como por ejemplo prohibir la caza de animales, no comer carne, no utilizar pieles de animales con el sentido de cuidar lo natural.
[56] Para ampliar este concepto desde la óptica filosófica puede leerse: Hildebrand, von, D.; Ética, Óp. Cit.
[57] Caturelli, A.; Orden Natural y Orden moral, 1° Edición, Buenos Aires: Universidad Católica de La Plata, 2011, p. 93.
[58] Ídem, p. 94.

se dirige a la reproducción sexual natural y al amor de los cónyuges, esto significa que se encuentra ordenado a su fin natural y por lo tanto es obvio que lo contrario resultará desordenado o antinatural.

De acuerdo con lo expuesto, la naturaleza es el principio de operaciones, es decir que rige las inclinaciones y tendencias de las sustancias, es decir que la naturaleza es el principio dinámico y de movimiento, es la pulsión a un determinado fin, por ello todas las naturalezas se interrelacionan formando un entramado de dinamismo hacia el fin. En ese entramado consiste el orden natural.

En este mismo orden de ideas Santo Tomás expresaba que:

> "[…] toda cosa parece ordenarse a su operación ya que esta es la última perfección de la cosa […]"[59].

Es de esa forma como cada naturaleza, como algo individual, se ordena a su propia especie y que todo proceso en la naturaleza es considerado como natural en todos los grados de perfección desde lo físico hasta el alma y es natural la elección del bien según la recta razón.

En el orden natural, la naturaleza de cada agente es la fuerza dinámica hacia sus propios fines "naturales" y "perfectivos", es decir que *"toda naturaleza obra por un fin que es su bien".* Esto es lo que se denomina *"finalismo natural".* De acuerdo a lo expuesto estamos en condiciones de poder vislumbrar cómo del respeto al orden natural se fija un orden moral sólido y no mutable encaminado hacia el correcto fin último del hombre.

2.3 LO NATURAL CONDUCE A LA MORAL. EL FIN ÚLTIMO DEL HOMBRE

Este orden natural se vuelca en un orden moral, ya que toda operación es moralmente buena si procede respetando el orden natural preexistente y por el contrario toda operación moralmente mala lo es cuando obedece a algo anti natural o contra el orden natural preexistente.[60]

[59] Santo Tomás de Aquino, Summa Teológica II, Parte I-II, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2011, p. 421.

[60] Caturelli, A.; Orden natural y orden moral, Óp. Cit. p. 117.

Surge de esta manera lo que Alberto Caturelli denominaba *"la trama moral"*[61] formada por los actos libres del hombre y la recta razón, actos del alma racional, específicamente la potencia intelectual que le presenta el bien a la potencia afectivo tendencial (apetito elícito racional) al cual adhiere, rechazando siempre el mal y de allí que desde la antropología filosófica se establezca que nadie se mueve por un mal.

Asimismo, el hombre siempre actúa por un fin (que es un bien) ya que en cada acto desea alcanzar la posesión del bien, considerado como el fin de su operación por eso sólo la persona humana se mueve hacia el fin por sí misma ya que lo primero que aprehende la inteligencia es el acto de ser simultáneamente apetecido por la voluntad.

Todo el acto libre de la persona se encamina hacia un fin intermedio necesario para alcanzar el fin último, ahora bien, el problema creemos, consiste en dos situaciones a saber:

1) Confundir ese bien o fin intermedio con el fin último.

2) Desviarse del orden natural cuando ese bien intermedio es contrario al bien universal.

Con Santo Tomás de Aquino sabemos que:

> […] el principio de los actos humanos como tales es el fin y este es igualmente el término de ellos…los actos morales toman sus actos del fin […][62].

Los actos morales tienen el fin como principio y como fin aquello donde finaliza el acto libre y que se extiende desde la intención hasta la ejecución, de allí es que podamos establecer que el fin del hombre es último, es único y es uno ya que no es posible la existencia de muchos fines últimos debido a que ninguno podría serlo sin excluir al otro. Aquello que la persona establezca como fin último implica una norma de vida que encamina sus actos hacia ese fin último.

El fin último debe encaminarse dentro del orden natural, se debe apetecer bajo razón de bien y encaminado al bien perfecto, por ello como decía Alberto Caturelli: *"…el fin de la persona humana es siempre en última instancia último o perfecto"*[63].

En relación a esto Santo Tomás de Aquino explicaba que:

---

[61] Ídem, p. 119.

[62] Santo Tomás de Aquino; Summa Teológica, Óp. Cit., p. 40.

[63] Caturelli, A.; Orden natural y orden moral, Óp. Cit.; p. 143.

> […] cuanto desea el hombre, lo desea bajo la razón de bien, y, si este no es el bien perfecto, que sería el fin último, es necesario que lo desee como tendiente al bien perfecto, porque siempre el comienzo de algo se ordena a su perfeccionamiento, como se ve en las obras de la naturaleza y en las artificiales. Y, por tanto, el comienzo de una perfección se ordena a la perfección completa, que lo es por el último fin[64].

Podemos considerar, luego de lo expuesto que ese fin que consideramos último es la llamada felicidad al cual se arriba luego de que cada uno de nuestros actos sean ordenados naturalmente y decididos mediante la libertad bajo la recta razón.

2.4 LIBERTAD Y FELICIDAD

"Donde está el Espíritu del Señor, allí hay libertad"
2 Cor. 3,17

En este apartado vamos a establecer la relación existente entre la libertad del hombre y su felicidad como fin último. En relación a ello sabemos que por medio del ejercicio de su voluntad el hombre puede autodeterminarse frente a él, por lo cual cuando se conoce el fin, la voluntad dirige todo el acto en el tiempo y cada persona los ordena de acuerdo a él.

Es interesante conocer dos posiciones que enfatizan aspectos diferentes del mismo principio en este tema porque, así como Monseñor Octavio Derisi hablaba de la *"maravilla de la libertad"*[65], por otro lado, y en otro tiempo, María Celestina Donadío Maggi de Gandolfi habla en realidad del *"dramatismo de la libertad"*[66]. Creemos que ambos están en lo cierto, aunque nos inclinamos más al calificativo último, ya que no existe algo más dramático y terrible para el hombre que su libertad, es decir del uso que el mismo hace de ella para adecuar sus actos al fin último.

[64] Santo Tomás de Aquino, Summa Teológica, Óp. Cit., p. 44.
[65] Derisi, O., Estudios de metafísica y gnoseología II, 1° Edición, Buenos Aires: Educa, 1985, p. 31.
[66] Donadío Maggi de Gandolfi, M.; C.; Apuntes de Filosofía Moral, Instituto de Ética Biomédica.

Ortega y Gasset decía que *"…vivir es sentirse fatalmente forzado a ejercitar la libertad, a decidir lo que vamos a ser en este mundo"*[67]. Con ella puede continuar su vida ética de dos formas: dentro del cauce de las normas morales o como las llama Maritain *"norma piloto"*[68] o bien, desviarse de las mismas. Es por ese motivo que una ética que no fundamenta la universalidad de sus actos ni la consideración del hombre como fin en vez de medio ha ido avanzando en nuestra época y, específicamente en este tema que nos ocupa, invadiendo y pretendiendo que la opinión de las mayorías sea el único criterio que se tome para valorar si algo es moralmente bueno o malo.

En este sentido, la opinión de la mayoría puede cambiar, ser mutante y lo que hoy es "moralmente bueno", mañana puede ser "moralmente malo", por eso es que el hombre, antropológicamente considerado, debe tener como premisa fundamental su libertad, considerada bajo la tutela de la inteligencia y la voluntad en el orden natural. De esta forma y así como la inteligencia está ordenada a la verdad y la voluntad al bien es que la inteligencia nada puede conocer que no sea bajo la razón de verdad y la voluntad nada puede querer que no sea bajo la noción de bien.

Expusimos anteriormente que todo ordenamiento moral debe respetar al orden de la naturaleza, sin embargo, el hombre muchas veces avasalló estos reparos éticos traspasando los límites naturales y es justamente la bioética, como ética aplicada, la encargada de poner un freno a ese avance. Este "corrimiento" de los parámetros morales se encuentra determinado y canalizado por la pasión de algún "bien".

En la obtención del bien es fundamental el concepto de libertad como la propiedad del apetito elícito racional que consiste en el autodominio de la voluntad sobre su propia actividad, es decir, en la posibilidad de querer o no querer algo y en el querer una cosa y no otra.

La persona es el único ser que utilizando su libertad puede realizarse o perfeccionarse de acuerdo a un fin disponiendo de los medios necesarios para alcanzarlo ya que el hombre es el único animal que puede construirse a sí mismo debido a que está dotado de inteligencia, voluntad y libertad. Otros seres (como los animales) se encuentran ordenados estrictamente por las leyes naturales dirigidos por un determinismo absoluto.

Lo importante es poder encauzar el uso de esa libertad pudiendo crear y formar los hábitos necesarios, es decir las virtudes, para acrecentar la perfección hacia el bien

[67] Ortega y Gasset, Obras Completas, Madrid: Editorial Alianza, 1947, Vol. IV, p. 141
[68] Maritain, J., Lecciones fundamentales de filosofía moral; 1° Edición; Buenos Aires: Club de lectores; 1966.

específicamente humano. Sabemos que el hombre no nace moralmente bueno ni malo, sino que acto tras acto forja, mediante hábitos virtuosos, su moralidad con libertad. Por eso ya lo decía Aristóteles en su Ética a Nicómaco que la perfección del hombre consiste en la perfección de su función propia.

Como lo comenta María del Carmen Gutiérrez Berisso:

> Santo Tomás afirma que la voluntad y el libre albedrío no son potencias diversas. Atribuye originariamente el libre albedrío a la voluntad en virtud del dominio que ésta tiene sobre su propio acto, dominio que se extiende en forma de imperio sobre el actuar humano[69].

Al mismo tiempo la libertad debe tener la fuerza necesaria para conducir a término la perfección humana y como brillantemente ya fue dicho por Monseñor Octavio Derisi:

> Ahí finca la responsabilidad moral de la persona humana: la de saber emplear bien ese maravillosos instrumento del espíritu que Dios ha colocado en sus manos, que es la libertad, no para deteriorarse por los caminos de la ignorancia y del error y sobre todo por los de la infracción moral o pecado, que lo destruye como hombre, sino para conducirse hacia su Fin o Bien trascendente divino y a través del orden familiar, político y jurídico con esta orientación alcanzar su propia perfección o actualización de toda su actividad y de todo su ser, construir con sentido humano toda su vida, en camino hacia la posesión del Bien infinito y hacia su consiguiente humanización o plenitud humana[70].

En este sentido de libertad, el hombre racional tiene la dignidad de una persona dotada de iniciativa y del dominio de sus actos por el libre arbitrio. También la libertad nos permite elegir y en esa elección decidimos. Esto implica necesariamente *"riesgos y misterios"*[71] pero aceptar el riesgo que trae como consecuencia el actuar del hombre inteligente y libre, no es nada sencillo y aquí debemos recordar lo expuesto anteriormente

[69] Gutiérrez Berisso, M. C., La Bioética y la Libertad Humana. En: Vida y Ética, Publicación del Instituto de Bioética de la U.C.A.; Año 11; N° 1; junio de 2010, p. 106.
[70] Derisi, O., Estudios de Metafísica y Gnoseología, Buenos Aires: Educa, 1° Edición, Año 1985, Tomo I, p. 33.
[71] Gutiérrez Berisso, M. C., La Bioética y la Libertad Humana; Óp. Cit.; p. 114.

en cuanto al dramatismo o maravilla de la libertad. Así pues, actuar con libertad exige un desafío y la libertad permite gradualmente ser uno mismo, encontrarse con su esencia.

De esta forma, el uso de la libertad implica la posibilidad de elegir entre el bien y el mal y por lo tanto crecer en perfección o imperfección[72], en el mismo sentido al ser la *felicidad* el fin último, debe encaminarse al orden natural ya que debe ser querida como virtud y encaminada hacia el bien perfecto. El hombre desea por naturaleza la felicidad y la bienaventuranza, como lo expresa Josef Pieper: *"se dice que queremos la felicidad naturalmente, nosotros, es decir todos los seres espirituales"*[73].

> […] el hombre quiere la propia felicidad como la piedra que cae "quiere" el abismo, como la flor se dirige hacia la luz y como el animal persigue su presa[74].

Asimismo, el deseo de la felicidad es un deseo natural del hombre, un acto espiritual y un movimiento natural a la vez. Este concepto lo explica Pieper:

> En cuanto queremos la felicidad, obra en nosotros una fuerza de gravedad que tiene lugar por completo en nuestro propio corazón. Pero no tenemos ningún poder sobre ella, puesto que nosotros mismos somos esa fuerza. En cuanto que queremos ser felices, sucede algo oscuro y ciego en el centro del espíritu, que no cesa sin embargo de ser luz y ojo que ve. Sucede algo "detrás" de lo cual no somos capaces de penetrar, cuyo fundamento no vemos y que no podemos nombrar. ¿Por qué quiero ser feliz? No se pregunta eso, porque nadie sabría qué responder[75].

Es aquí donde debemos circunscribir específicamente el verdadero significado de la felicidad. Muchas concepciones se han elaborado acerca de la ella y desde la óptica etimológica es interesante conocer cuál fue el sentido originario del étimo. *Felicidad* deriva del indoeuropeo *"fe"* que significó "amamantar"[76]. De allí derivan vocablos como *"femenino", "fecundidad", "femineidad".*

[72] Ibid. pp. 19-25.
[73] Pieper, J., Felicidad y Contemplación, 1° Edición, Buenos Aires: Librería Córdoba, 2012, p. 19
[74] Ídem, p. 20.
[75] Pieper, J.; Felicidad y Contemplación, Óp. Cit.; p. 22.
[76] Roberts, E.; Pastor, B.; Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española; Óp. Cit. P. 122.

Para San Agustín la felicidad es la beatitud, es decir la vida verdaderamente feliz y no la de las pequeñas cosas, por eso dice que la felicidad es: *"el gozo que nace de la verdad"*[77].

En este sentido la "felicidad" por definición alcanza a todo el mundo sin exclusión. Ya lo decía Pascal: *"Todos los hombres buscan de ser felices… aun los que se ahorcan*"[78].

En cuanto a Aristóteles, en su libro *"Ética a Nicómaco"* examina con profundidad este tema. Nos dice cuáles son los caracteres de la felicidad en relación a los tres posibles modos de vida: el dedicado al placer y a la gratificación, el dedicado a la vida pública y al honor y el dedicado a la filosofía y a la contemplación. Su doctrina nos dice que ella es inherente a la función misma del hombre, representada por la actividad teórica. La felicidad consiste en la obra propia del hombre y tal obra es la actividad del alma según la virtud racional.

En sus palabras:

> Consideramos autosuficiente aquello que por sí sólo hace deseable la vida y no necesita ser completado por nada. Tal pensamos que es la felicidad. Ella es lo más deseable de todo, aún sin añadirle nada. Pero es evidente que resulta aún más deseable si le añadimos otro bien, aunque sea el más pequeño. Ello es así porque este bien añadido produce una superabundancia de bien, y cuanto mayor es el bien, este es más deseable. Así, pues, según el parecer general, la felicidad es algo perfecto y autosuficiente, por ser el fin de los actos.
>
> […] la función propia del hombre es la actividad del alma según la razón, o en parte según la razón, y afirmamos, por otra parte, que esta función es específicamente propia del hombre, y del hombre bueno.
>
> […] El bien propio del hombre, entonces, es la virtud del alma en conformidad con la virtud, y si las virtudes son varias, en conformidad con la mejor y la más perfecta, y, además, a lo largo y totalidad de la vida.

[77] San Agustín, Confesiones, Trad. Ángel Custodio Vega, 6° Edición, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos; 1974.

[78] La cita completa de Pascal dice: "Todos los hombres buscan la manera de ser felices. Esto no tiene excepción…Es el motivo de todos los actos de todos los hombres, hasta de aquellos que se ahorcan". Comte- Sponville, A.; La felicidad, desesperadamente; Trad. Enric Folch González; 1° Edición, Buenos Aires: Paidós, 2004, p. 11.

> […] Entonces la felicidad es una determinada actividad del alma en conformidad con la virtud […] la felicidad, en efecto, exige, como hemos dicho, una virtud perfecta y una vida completa.
> […] Llamamos virtud humana no a la del cuerpo, sino a la del alma, y afirmamos que la felicidad es una actividad del alma[79].

El concepto Aristotélico de la felicidad o eudaimonía, que luego es retomado por Santo Tomás, dista mucho del considerado por el común de los hombres en la actualidad ya que el rasgo distintivo de la felicidad Aristotélica es ser una actividad que no necesita de otra cosa para subsistir, que se basta a sí misma. La felicidad es así una actividad conforme a la virtud más alta y referida a nuestra mejor parte es decir al intelecto.

También es la más placentera y autosuficiente de todas las actividades porque además de ser libre dura para toda la vida constituyendo la felicidad perfecta. Para este sabio esta actividad es la contemplativa. El marco de la "autosuficiencia" se relaciona con el fin último de la vida del hombre y el fin es último cuando incluye a todos los fines subordinados por la persona.

> Lo que hemos denominado autosuficiencia se realizará, ante todo, en la actividad contemplativa.
> […] Además, parece que la actividad contemplativa es la única a ser amada por sí misma, pues de ella no deriva ningún otro resultado fuera del contemplar, mientras de las otras prácticas buscamos siempre algo, más o menos importante, más allá de la misma acción.
> […] si, en cambio, la actividad del intelecto, siendo contemplativa, parece sobresalir en dignidad y no mirar ningún otro fin fuera de sí misma y a tener un propio placer perfecto y ser autosuficiente, llevadera, ininterrumpida en cuanto es posible al hombre y parece que en tal actividad se encuentran todas las cualidades que se atribuyen al hombre feliz: entonces, esta será la felicidad perfecta del hombre cuanto dure la vida eterna. Pues en lo que respecta a la felicidad no puede haber nada incumplido[80].

[79] Aristóteles, Ética a Nicómaco; Libro I; 2° Edición, Buenos Aires: Ediciones Mestas; 2003, traducción: Vicente Gutiérrez; pp. 34-47.
[80] Ídem, p. 26.

En el pensamiento de Aristóteles esta noción de "autosuficiencia" de la vida debe contener aquello exigido por el proyecto constitutivo de esa vida, siendo por ello que este concepto de autosuficiencia se encuentra ligado al intelecto más que a lo divino.

> Que luego la felicidad perfecta resida en una actividad contemplativa puede resultar también del hecho siguiente. Nosotros admitiremos que los dioses son sumamente beatos y felices […] para los dioses toda la vida es beata y para los hombres lo que es en cuanto hay en ellos una actividad semejante a aquella, pero ninguno de los demás seres vivientes es feliz porque no participa para nada de la especulación. Entonces, hasta donde se extiende la contemplación se extiende también la felicidad, y en aquellos en los que se encuentra mayor contemplación, hay también mayor felicidad. Y esto sucede no por acaso, sino por vía de la contemplación: ésta tiene valor por sí misma. Así la felicidad es una especie de contemplación[81].

La felicidad perfecta o beatitud consiste, como hemos dicho, en la actividad contemplativa que encuentra en Aristóteles la confirmación que los dioses son beatos y felices en estado máximo y es por ello que la actividad humana más afín a la divina es la más apta en obtener la felicidad. Lo importante de la vida contemplativa es confirmado por el hecho de que quien se dedica a ella, es decir, el sabio, el filósofo, es considerado el más querido por los dioses, y esto porque ejercita la facultad más alta y más cercana a la divina. Sólo el filósofo será, por ende, sumamente feliz.

El concepto de felicidad corresponde a la máxima plenitud de la persona, es decir que en realidad no queda más nada por desear por lo que se supone que quien alcanzó la felicidad arribó y ancló en su fin último.

Debiéramos establecer, como ya lo dijera Santo Tomás, que la *"la felicidad completa del hombre se encuentra cuando este llega a su perfección"*[82] y la "perfección" para el santo es Dios y en Aristóteles significa "actualización" por lo cual, podemos afirmar que el hombre alcanza su perfección cuando se realiza y termina de actualizar el proyecto que él mismo es y sólo si se respeta el orden natural y se ejerce una libertad dentro de la naturaleza se actualiza y se perfecciona su función propia.

[81] Ídem, p. 33.
[82] Santo Tomás de Aquino, Summa Teológica, Óp. Cit.; I-II, 3,2

Nos parece interesante hacer un paralelismo con el sentido "actual" acerca de aquello que se entiende por "felicidad" y creemos que la misma se basa en un concepto totalmente subjetivista y relativista.

Sin embargo, la "felicidad", como lo explica Aristóteles primero y Santo Tomás en forma posterior, es una operación y una actividad del alma[83] y es aquí donde creemos que radica el nudo de entender la cuestión de ser feliz. Como expresamos anteriormente, por medio del uso que el hombre hace de su libertad se autodetermina hacia sus propios fines y ellos no pueden ser otros que el orden natural pues en él alcanza la perfección de sus operaciones es por eso que los conceptos de libertad y responsabilidad son propiedades del hombre que le permiten elegir sus actos y direccionarlos hacia su meta.

En base a esto nos preguntamos: ¿es posible elegir cualquier medio, esgrimiendo el uso de la libertad, para lograr aquello que me produce felicidad, especialmente cuando el fin es tener un hijo?

¿Es la felicidad el resultado de la capacidad de la persona y de su racionalidad práctica y de su libertad, o por el contrario se encuentra ligada fuertemente a la pasión y a la satisfacción de la misma?

Si la felicidad es deseada por todos y esperada para ser descubierta, ¿Cuál es el verdadero camino que nos conduce a ella? Pieper nos explica que:

> […] no es la acción dirigida hacia lo externo, a la obtención de un resultado en el mundo objetivo, la única que suele considerar como acción la manera habitual de pensar, estrecha y activista, del hombre promedio. Se trata de una operación que permanece en el que obra[84].

2.5 CONCLUSIONES

Acabamos de efectuar en este capítulo un estudio desde los fundamentos filosóficos y éticos en los cuales hunde sus raíces la bioética personalista ontológica. En ellos pudimos ver y analizar tópicos fundamentales que tiene como punto de partida a la naturaleza y lo

[83] "En tanto la felicidad del hombre es algo creado, que tiene su existencia en él, debe decirse necesariamente que la felicidad del hombre es una operación". En: Santo Tomás de Aquino, Summa Teológica, Óp, Cit., I-II, 3,2

[84] Pieper, J., Felicidad y Contemplación; Óp. Cit. p. 48

natural y así dimos paso a la delimitación del verdadero significado de naturaleza y de la ley natural.

A partir de autores clásicos como el Aquinate y modernos como María Celestina Donadío Maggi de Gandolfi observamos que la naturaleza es potencia natural y principio de movimiento de aquello que es primero y no accidental. En ese mismo orden de ideas establecimos que esa noción de naturaleza está asociada siempre a un orden y el orden implica algo que es bueno porque se encuentra destinado a un fin, el llamado finalismo natural. Es así como en filosofía moral se establece que la naturaleza es sustancia y el orden es accidente por lo cual la naturaleza es la esencia característica de todo ser humano, orden de todo lo que compone el universo y principio generador de evolución.

También pudimos apreciar que el orden natural se vuelca en un orden moral surgiendo así lo que determinados autores llaman la trama moral de la persona que está fundamentada por los actos libres del hombre ya que todo ente humano se mueve por un fin que es un bien y en base al correcto uso de su libertad ordena todos sus actos hacia el fin último. Asimismo, consideramos el tema de la libertad para alcanzar la felicidad en el sentido aristotélico y entendida como algo perfecto ya que como establecía Aristóteles la perfección del hombre consiste en la perfección de su función propia.

En el tema de la pasión por un hijo el hombre al acudir a la reproducción médicamente asistida con gametas anónimas no respeta la perfección de su función propia produciéndose de esta forma una salida del cauce moral natural y por lo tanto no logrando su verdadera felicidad.

CAPÍTULO 3

"FACTORES JURÍDICOS Y BIOLÓGICOS QUE FAVORECEN LA PASIÓN POR UN HIJO"

3.1 INTRODUCCIÓN

En la argentina de hoy, con la legalización de los matrimonios de personas de igual sexo, el acceso integral a los procedimientos de reproducción asistida con gametas heterólogas y con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina como máximo regulador legal del Derecho de Familia luego de nuestra Constitución Nacional, asistimos a un nuevo panorama jurídico y biotecnológico que generan condiciones propicias desde lo legal favorables a la pasión por un hijo, descuidando el daño que se produce en el derecho a la identidad del mismo.

Es por ello que en esta parte de nuestro trabajo abordaremos la ley 26.618 que permite el matrimonio entre personas de igual sexo donde realizamos consideraciones generales de la ley y sus antecedentes hasta llegar a la ley actual. Luego describimos la estructura general y los artículos más importantes en relación a nuestro tema. En forma posterior profundizamos el tema del "matrimonio" y analizamos las posturas a favor y en contra de denominarlo de esa forma a los integrados por personas de igual sexo. El tema de los hijos en la ley también es comentado y estudiamos en conjunto las reflexiones bioéticas desde el personalismo ontológico. Allí discutimos acerca del concepto del matrimonio desde la etimología, desde la ley natural y desde la religión católica.

Luego analizaremos la ley 26.862 que autoriza al acceso integral de los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida y nos enfocamos a una sintética reseña del origen y su evolución histórica, qué ocurre en nuestro país y brevemente cuáles son esas técnicas. Pasamos luego al análisis en cuanto a antecedentes y definiciones, cuál es el objeto de la ley y su alcance. De esa forma estudiamos la estructura y la del decreto reglamentario con la inserción de un tema no menor como es el de la cobertura económica. Finalizamos con las reflexiones desde la bioética personalista ontológica en cuanto a la biotecnología reproductiva y su relación con el ethos del científico y con el denominado ethos de la fecundidad para asociarlo al daño a la identidad del niño.

Posteriormente introducirnos el tema de la filiación y de una figura jurídica nueva como lo es la voluntad procreacional. Esto se encuentra concatenado con la modificación jurídica llevada a cabo en relación a establecer el vínculo jurídico el cual relaciona que determinado hijo corresponde a determinados padres.

Para comprender mejor el tema describimos el concepto etimológico de la filiación y luego nos acercaremos al concepto según la legislación, mediante el análisis del tratamiento en el Código Civil en sus diversas variantes y en relación al uso de las técnicas de reproducción médicamente asistidas con material heterólogo.

En la última parte de este capítulo analizamos la problemática de la identidad o el anonimato del donante en nuestro Código Civil y Comercial ya que cuando la fecundación se realiza con óvulos y esperma de la misma pareja, la cuestión no presenta el conflicto del derecho a la identidad por encontrarse protegido y el hijo no tendrá problemas en el conocimiento de sus raíces biológicas, pero cuando se recurre a gametas heterólogas, se presenta un procedimiento que ostenta peculiaridades y rasgos característicos en el cual se haya comprometido el derecho a la identidad del niño.

Nuestro nuevo Código Civil y Comercial ha producido un verdadero cambio paradigmático en el tema de filiación y esto se acentúa debido a que en la misma dirección se encaminan la ley de matrimonio entre personas de igual sexo y la ley de reproducción médicamente asistida.

Estas técnicas de reproducción con material heterólogo producen una disociación entre la madre genética y la madre gestacional. Sin embargo, el conflicto intenta ser solucionado en el nuevo Código en base a la figura de la voluntad procreacional.

Ante estas situaciones, permitidas por la ley positiva y acomodada a las nuevas realidades argentinas, se han vuelto más consistentes las voces de un reclamo sobre la permisividad, de quienes así lo deseen, de conocer la información necesaria acerca de sus orígenes biológicos y eventualmente conocer a su donante. En definitiva, se enfrentan por un lado el derecho al hijo a conocer su origen biológico y al mismo tiempo el resguardar la intimidad de quien dona las gametas. Dos caras de una misma moneda que plantean dificultades no resueltas, por ello presentaremos las posturas existentes y cómo ello se ha regulado en nuestro Código Civil. Finalizamos con la reflexión bioética personalista correspondiente.

3.2 LEY 26.618. LEY CIVIL DEL MATRIMONIO CONSTITUIDO ENTRE PERSONAS DE IGUAL SEXO. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANTECEDENTES

Nos proponemos desarrollar las consideraciones generales de la ley y cuáles fueron sus antecedentes parlamentarios hasta llegar a materializarla.

En este orden de ideas hasta el año 2010, en la República Argentina, el único matrimonio que existía era el constituido por un hombre y una mujer, pero con la sanción de la Ley 26.618[85], que modificó el Código Civil Argentino, se deja sentado abiertamente la no distinción de sexos para formalizar un matrimonio legal. Esta ley fue sancionada por el Congreso Nacional el 15 de julio de 2010 y promulgada por el Poder Ejecutivo el 21 de julio de 2010 en el Boletín Oficial del 22 de julio de 2010. En este sentido la República Argentina fue el primer país de América Latina en realizar este tipo de modificación en todo su territorio nacional.

Tiene como antecedente a la denominada ley de uniones civiles del 12 de diciembre de 2002 cuando fue aprobado, en la Ciudad de Buenos Aires, el proyecto presentado por la Comunidad Homosexual Argentina. En las fuentes o antecedentes parlamentarios encontramos que en el año 1990 Carlos Jáuregui presentó un proyecto de ley de matrimonio civil el cual no fue tratado.

En el mismo sentido la diputada Laura Musa en el año 1998 presenta un proyecto de "Parteneriato" a nivel nacional el cual tampoco fue tratado perdiendo estado parlamentario, siendo retomado por la diputada Margarita Stolbizer en el año 2000. La ley se llamaba "Parteneriato" en base a las uniones de personas del mismo sexo.

Asimismo, en el año 2005 la Comunidad Homosexual Argentina presenta un proyecto de "unión civil" que incorpora todos los derechos tanto para parejas de igual como de distinto sexo, perdiendo estado parlamentario al año siguiente. Transcurría el año 2007 cuando el diputado Eduardo Di Pollina en colaboración con otros diputados presentan un proyecto de ley para el matrimonio de personas de igual sexo y en el mismo año 2007 la senadora Nacional por la Ciudad de Buenos Aires Vilma Ibarra presenta en el senado un proyecto similar al de Di Pollina. En 2010, Vilma Ibarra, ahora como Diputada Nacional, junto con otros cofirmantes, presenta el proyecto 574-D-2010, que fue intensamente

[85] Para poder leer la ley en forma completa la hemos reproducido en el anexo legal.

debatido y aprobado por Diputados el 4 de mayo de 2010 y por el Senado el 14 de julio del mismo año.

Es preciso establecer que la sanción de la ley 26.618 en nuestro país tuvo como inicio la gestión de un grupo minoritario de personas agrupadas en asociaciones militantes por los derechos de la "diversidad sexual". En realidad, esta ley constituye una modificación al Código Civil de la Nación Argentina ya que en cada uno de sus 41 artículos se sustituye la redacción del Código por el texto estipulado en la ley teniendo un alcance a nivel nacional.

El proceso de debate parlamentario llevado a cabo ha puesto en evidencia las voces a favor y en contra de este nuevo modelo de estructura matrimonial y es por ello que en la Cámara de diputados hubo 125 votos a favor, 109 en contra, 4 abstenciones y 16 diputados ausentes; mientras que en la Cámara de senadores la ley tuvo 33 votos a favor, 27 votos en contra, 3 abstenciones y 9 ausentes.

Sobre los entretelones del proyecto de ley, diremos que comenzaron el día 4 de mayo de 2010 a las 14:25 horas con la presencia de 140 diputados y a las 2:45 horas se levantó la sesión siendo favorable al "matrimonio integrado por personas de igual sexo". Tanto en Diputados como en el Senado de la Nación la mayoría de los activistas ejercían presión en la negociación de los votos y finalmente luego de acaloradas discusiones, fue sancionada la ley.

Así pues, en el Libro Segundo cuyo título es "Relaciones de familia" de nuestro Código Civil es donde podemos encontrar las modificaciones que establece la ley.

3.2.1 ESTRUCTURA GENERAL DE LA LEY

Uno de los artículos de la Ley 26.618 más importantes es el N° 2 que incorpora en nuestro Código Civil y Comercial la posibilidad de matrimonios con personas de igual sexo que transcribimos a manera de ilustración:

> **ARTICULO 2º** — Sustituyese el artículo 172 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:
> Artículo 172: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

> El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.
> El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles, aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

La innovación, en este sentido, es la inclusión de la palabra *"contrayentes"* y la expresión "*sean del mismo o de diferente sexo"* por el cual se incorpora dentro del ordenamiento jurídico el reconocimiento del matrimonio con total independencia de la orientación sexual de sus integrantes.

En el artículo 4 se hace referencia taxativamente a la tenencia de los hijos menores de 5 años, en caso de separación de los contrayentes y hace mención a que si esta unión matrimonial es constituida por personas de igual sexo y no habiendo acuerdo entre las partes, es el juez quien debe resolver según el interés del menor.

> **ARTICULO 4º** — Sustituyese el artículo 206 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:
> Artículo 206: Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo, se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad.
> Los hijos menores de CINCO (5) años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

El artículo 36 establece que los hijos de los matrimonios de personas de igual sexo llevarán el nombre y apellido de la madre y su cónyuge y en el caso de matrimonios heterosexuales el nombre y apellido de la madre.

> ARTICULO 36. — Sustitúyese el inciso c) del artículo 36 de la Ley 26.413, el que quedará redactado de la siguiente forma: c) El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de DOS (2) testigos de conocimiento, debidamente identificados quienes suscribirán el acta.

Es importante considerar en este aspecto el artículo 42 ya que hace referencia a la *"institución del matrimonio"* y establece que existen los mismos derechos y obligaciones en aquellos conformados por personas de igual sexo o de diferente sexo.

> **ARTICULO 42.** — *Aplicación.* Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo.
> Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.
> Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo.

Todos los demás artículos corresponden a cuestiones jurídicas de la patria potestad, separación de los contrayentes y la forma del apellido en matrimonios con personas de diferente sexo y de igual sexo, situación que excede a este trabajo.

3.2.2 EL MATRIMONIO

Con la sanción por parte del Poder Legislativo en Argentina se ha equiparado, en base al principio de igualdad, a la unión Hombre/Mujer con la unión Hombre/Hombre o Mujer/Mujer y es así como dentro del marco legal se fija que un "matrimonio" puede estar constituido por personas de diferente sexo como con personas de igual sexo. De esta forma el legislador se basó para ello en el principio de igualdad y no discriminación en base a la identidad sexual de los contrayentes.

En el debate parlamentario se han abierto diversas posiciones en torno a qué llamamos "matrimonio". Unas se encontraron a favor de que tal denominación sea indistinta para el integrado por personas de igual sexo como de diferente y otras, que lo restringen únicamente para el constituido por personas de distinto sexo, dejando el nombre de "uniones civiles" al primero.

3.2.2.1 POSTURAS A FAVOR DE LLAMAR MATRIMONIO A LAS UNIONES DE PERSONAS DE IGUAL SEXO

Dentro de esta posición se engloban todos los discursos parlamentarios que toman como base el principio de igualdad. Algunos de los argumentos esgrimidos son:

- Los estados no pueden justificar la exclusión de parejas homosexuales, tanto de hombres como de mujeres, de la institución del matrimonio y la protección que proporciona mediante una red de seguridad jurídica y económica.
- No debe existir diferencia en los matrimonios del mismo sexo en relaciones estables y duraderas con respecto a las protecciones básicas que obtienen los matrimonios heterosexuales.
- Un gobierno verdaderamente laico no debe fundamentar sus leyes en creencias religiosas para restringir el uso del concepto de matrimonio sólo al heterosexual.
- A los niños les va bien en hogares donde son amados y respetados independientemente del género de los padres. Los niños ya nacen en núcleos familiares homoparentales, son adoptados o criados por parejas

homosexuales. Al estar casados en matrimonio, los padres les ofrecen mayor estabilidad familiar.

- Al establecer una relación legal y social, el matrimonio permite a sus miembros estar disponibles para su pareja emocional, económica y psicológicamente, y por lo tanto profundiza y fortalece la unión entre ambos.
- La denominación "unión civil" es totalmente discriminatoria en relación al sexo de los integrantes y con respecto al "matrimonio" tradicional.

En definitiva, estos conceptos a favor del matrimonio integrado por personas de igual sexo se fundamentan en el pensamiento de "género" sustentado, desde hace ya varios años en la llamada "ideología de género", cuyo fundamento no es la diferenciación sexual natural, sino que la relación entre un hombre y una mujer se basa y se establece en la construcción cultural de su sexualidad.

A partir de allí, asistimos a nuevos conceptos acuñados en palabras como "homoparentalidades" y "género", en contraposición de "heteroparentalidad" y "sexo". Estas uniones pueden ser estables o inestables y legalmente ser de hecho o de derecho mediante la posibilidad, en nuestro país, de entronizarse como un "matrimonio" legal por medio de la ley.

Concretamente podemos decir que una posible explicación de esta postura es la corriente filosófica nihilista:

> Yo digo que el pensamiento débil pretende ser una forma de emancipación a través del debilitamiento de los horizontes rígidos. Es decir, una forma de secularización progresiva de todo. Y esto me parece muy actual porque lo que pasa en los estados con el aborto, con la manipulación genética, es que el sistema confronta esas transformaciones con la pretensión de que existen leyes naturales.
>
> En este sentido, se piensa que la familia tiene que ser naturalmente de una cierta forma.
>
> Que naturalmente tiene que ser heterosexual. […] Por eso pienso que todo lo que aparece como límites tiene que ser destruido. El pensamiento

> débil es el pensamiento de la erosión, de la disolución de todos estos absolutos[86].

Desde el psicoanálisis y en palabras de Miquel Bassols[87]es quien considera que la familia esta desnaturalizada a pesar de tener un origen natural.

> La familia humana es una institución con cambios a lo largo de la historia, es una estructura de relaciones simbólicas que no siempre se superponen ni coinciden con las bases de la familia biológica. Y cuando lo hacen, estas relaciones que rigen el parentesco y la descendencia modifican de forma tan radical la supuesta unidad natural de la familia, que podemos decir muy bien que la estructura simbólica la ha desnaturalizado ya por completo.
>
> No hay, de hecho, nada natural en la familia. La semejanza que se observaba entre sus miembros habituales en Occidente, el padre, la madre y los hijos, con la familia biológica es, como lo señaló muy pronto Jacques Lacan una semejanza absolutamente contingente que el pensamiento se ve tentado a considerar como una comunidad de estructura basada directamente en la constancia de los instintos[88].

Desde la óptica jurídica, se refuerza esta postura:

> No solamente estuve en la redacción final, sino que también en lo que tiene que ver con instalar el tema en la agenda pública, en el sentido de movilizar a favor, a la comunidad jurídica, colaborando en que pudieran entender por qué era bueno que Argentina sea el primer país de Latinoamérica que regulara lo que estaba pasando afuera, en algunos países de Europa[89].

---

[86] Vattimo, G., La cuestión de los sexos, Página 12 del 21/11/2008.

[87] Miquel Bassols es psicoanalista miembro de la Escuela Lacaniana de Psicoanálisis y de la Ecole de la Cause Freudienne, docente y coordinador de la Sección Clínica de Barcelona. Es Doctor por la Université de París y es presidente de la Association Mondiale de Psychanalyse. Ha publicado numerosos libros.

[88]Bassols, M.; La Familia y sus Semblantes. En: Nuevas Parentalidades, Aperiódico Psicoanalítico, Buenos Aires, Año 13, N° 28, 2016, p. 9.

[89] Herrera, M., Algunas Consideraciones Acerca de la Reforma del Código Civil. En: Nuevas Parentalidades, Aperiódico Psicoanalista, Año 13, N° 28, 2016, p.6.

Con relación a ello, Marisa Herrera[90] "juega" políticamente con la sanción de la ley como ella misma lo expresa:

> Sucede que la Ley de Matrimonio Igualitario tenía algunas deficiencias o silencios conscientes dados la sensibilidad del tema, de no hablar de manera expresa de comaternidad, y dar esta pelea hubiera puesto en crisis la sanción de la ley ya que si un proyecto se le hacen modificaciones vuelve otra vez a la cámara de origen, es decir, a la que se presentó en primer término y eso hubiera insumido un tiempo que la hubiera hecho peligrar[91].

Va más a fondo en el tema y establece que evidentemente fue difícil romper con el ideal biologicista hasta ese momento y que fue la que primó siempre en la filiación por naturaleza o derivado del acto sexual. Fue, en sus palabras, *"una batalla cultural fuerte".*

3.2.2.2 POSTURAS EN CONTRA DE LLAMAR MATRIMONIO A LAS UNIONES DE PERSONAS DE IGUAL SEXO

Los argumentos esgrimidos en contra de tener mediante ley a un matrimonio integrado por personas de igual sexo y resguardar la palabra "matrimonio" para aquellos constituidos con personas de diferente sexo se basaron fundamentalmente en las siguientes premisas:

- Permitir el matrimonio homosexual atenta contra la integridad de la familia y supone un grave daño a los niños y a toda la sociedad.
- El matrimonio integrado por personas de igual sexo debilita el matrimonio heterosexual, una institución legítima únicamente cuando involucra a un hombre y una mujer.
- Legalizar el matrimonio homosexual significa legalizar la entrega de niños a parejas de igual sexo que no están capacitadas para ser padres y madres. Los niños necesitan una figura femenina y otra masculina.

[90] Marisa Herrera es Doctora en derecho por la Universidad de Buenos Aires, investigadora del Conicet y Profesora de Derecho de Familia en la U.B.A. y en la Universidad de Palermo.
[91] Herrera, M.; Óp. Cit., p. 6.

- Las relaciones entre hombres y mujeres homosexuales son más inestables y promiscuas que las de las parejas heterosexuales, y por lo tanto no pueden mantener el matrimonio.
- El matrimonio homosexual es contrario a la naturaleza porque no puede engendrar hijos naturalmente, que es uno de sus fines primordiales en el matrimonio heterosexual.
- El matrimonio homosexual es contrario a los principios de la ley natural.

Refuerza en forma racional esta postura Lafferriere cuando dice que el matrimonio es una contribución al bien común y mediante la sanción de la ley 26.618 se advierte una claudicación en la búsqueda del bien común que obedece a diversos factores entre los cuales se encuentra el relativismo cultural en desmedro del respeto a la dignidad de la persona y su dimensión social, observándose cómo la ley concede a las uniones de personas de igual sexo beneficios que son propios del matrimonio entre varón y mujer sin que se cumplan las funciones sociales de esa institución[92].

En el mismo sentido este autor se pregunta si la ley de matrimonio debe ser una mera regulación de la vida afectiva de las personas o más bien la plasmación normativa de una realidad socialmente relevante, con funciones y fines específicos. Sostiene que sólo es jurídicamente relevante una regulación del matrimonio cuando se trata de la unión estable de un varón y una mujer, con apertura a la transmisión de la vida y, por tanto, como institución estructurante de los lazos familiares fundamentales[93].

3.3 EL TEMA DE LOS HIJOS

Es en el artículo 4 y en el 36 donde se marca la diferencia entre los matrimonios heterosexuales y homosexuales en referencia a la tenencia de los hijos en caso de separación de los cónyuges. Es aquí donde sostenemos que la ley es ambigua y no presenta un trato igual a los hijos de matrimonios heterosexuales y a los de los matrimonios

[92] Lafferriere, J. N. (2010). La contribución del matrimonio al bien común: perspectivas y desafíos [en línea], Prudentia Iuris, 68-69, 99-124.
Disponible en: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/contribucion-matrimoniobien-comun-perspectivas.pdf.[Consultado el: 4 de agosto de 2017].

[93]Lafferriere, N., ¿Qué regula la ley cuando regula el matrimonio?, Revista de Instituciones, Ideas y Mercados N.º 54 | mayo 2011 | pp. 261-275 | ISSN 1852-5970

homosexuales, aunque el espíritu que emana de la letra de la ley lleva a igualar a ambos matrimonios.

Dicho artículo dice:

> […] Los hijos de CINCO (5) años quedarán a cargo de su madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor […]

Esta es una consideración desigual por parte del legislador ya que los hijos menores de 5 años ameritan estar con su madre mientras que en los niños provenientes de matrimonios entre personas del mismo sexo prima el interés del menor.

¿Por qué en un caso la madre es tan importante que la ley positiva obliga a hacerse cargo del menor y en el otro no lo es? ¿Por qué en el primer caso no interesa el interés del menor privilegiando a que se encuentre bajo el cuidado de su madre y en el otro dicho interés es lo prioritario? ¿Hay dos categorías de hijos?

3.4 CRÍTICA BIOÉTICA DESDE EL PERSONALISMO ONTOLÓGICO

3.4.1 CRÍTICA AL CONCEPTO DE MATRIMONIO

Todo el debate de la ley 26.618 en torno a la inclusión de personas de igual sexo en la institución del matrimonio se debe a una ideología de género que propone la construcción de la igualdad ignorando el dato biológico natural. Frente a esto impresiona que el legislador que, si bien ha examinado con el detenimiento preciso y necesario algunos aspectos jurídicos y bioéticos, decidió ignorarlos y por lo tanto no tener en cuenta las objeciones al respecto.

En este sentido no es posible negar que la condición de varón y de mujer es constitutiva del hombre y que por eso se torna dificultosa reemplazarla por dos personas de igual sexo que intentan cumplir el rol de padre/madre. Reconociendo en las personas homosexuales el derecho de unirse en matrimonio civil y con ello el derecho al acceso a la procreación asistida, la realidad argentina modificó sustancialmente en línea con favorecer lo que denominamos “pasión por el hijo”.

Lo natural es aquello que nos es dado y la sanción de esta ley positiva se encuentra en discordancia con los principios de la ley natural que establece la unión de un hombre y una mujer como alteridad de sexos cuya finalidad se orienta a la procreación.

La ley 26.618 permite legalmente el matrimonio de personas de igual sexo y como lo expresamos anteriormente entra en colisión con los principios emanados de la ley natural por lo cual se plantea, desde la óptica bioética personalista ontológica, la existencia de "matrimonios" que se encuentren constituidos por personas de igual sexo.

En el debate parlamentario, tanto en la Cámara de Diputados como en la Cámara de Senadores, la cuestión del nombre (matrimonio) ha sido tenida como irrelevante y si bien la ley jerarquiza al matrimonio denominándolo justamente "institución", como se ha comentado anteriormente en su artículo 42 y es aquí donde nos tendríamos que plantear qué significa realmente la "institución del matrimonio".

3.4.2 DESDE LA ETIMOLOGÍA

Es interesante observar que la palabra *"matrimonio"* tiene su étimo más lejano en un vocablo de origen indoeuropeo *"mater"* que luego derivó al latín bajo la forma *"matrimonium".* De allí llegó a nuestros días con varios significados a saber: "Madre", "materno", "matriarcado", "vientre", "matriz", "madera"[94].

En este sentido Santo Tomás de Aquino ofrecía cuatro posibles etimologías de la palabra "matrimonio"[95].

1) *Matris munium,* con el sentido de obligación o deber y era considerado como el gravamen que recae sobre la madre en la gestación y cuidado de los hijos.
2) *Matrem Muniens*, en el sentido de defender, defensa de la madre porque las madres sufren mayores trabajos con los hijos que el padre, por parte del esposo.
3) *Matrem Monens*, de advertir, aconsejar; es el advertir de la madre sobre la necesidad de cumplir con sus deberes.

[94] Roberts, E.; Pastor, B.; Diccionario Etimológico Indoeuropeo de la Lengua Española; Óp. Cit., p. 102.
[95] Carmona Blázquez, F., Del Prado Devesa, A.; Cano Galindo, M.; Diccionario de términos éticos, 1° Edición, España: Editorial Verbo Divino, 1999, p.364.

4) *Materia Unius,* o el hijo o los hijos, producto de ambos y "materia" de unión entre ellos.

3.4.3 DESDE LA LEY NATURAL

Constituye en sí misma una institución milenaria y en la visión Aristotélica era considerada de la siguiente forma:

> La amistad entre el marido y la mujer parece fundada en la naturaleza, pues el hombre, por naturaleza, tiende antes a vivir en pareja que, en comunidades políticas, en la medida que es anterior, y más necesaria la casa que la ciudad, y en que la procreación es más común en los animales. Ahora bien, los demás animales se asocian sólo en la medida en que esta lo requiere; el hombre y la mujer cohabitan, no sólo por causa de la procreación, sino también por los demás fines de la vida, en efecto, desde un principio están divididas sus funciones, y son diferentes las del hombre y las de la mujer, de modo que se complementan el uno al otro poniendo a contribución cada uno lo que le es propio. […] Y también puede tener por causa la virtud o excelencia, si ambos son buenos, porque cada uno tiene su virtud propia y pueden hallar placer en esto.
>
> Por otra parte, los hijos parecen ser un lazo entre ellos y por eso se separan más fácilmente los que no los tienen, los hijos son, en efecto, un bien común a ambos y lo que es común mantiene la unión[96].

La conformación matrimonial de hombre y mujer se encontraba en concordancia y era aceptada, en primer término, por la ley natural y posteriormente por la ley civil en Argentina hasta el año 2010. En matrimonios heterosexuales, resulta bien claro por una cultura ancestral del Derecho Romano, la utilización nominal de "matrimonio", ya que es muy fácil delimitar quién es la madre o el padre de la dupla.

Pero no estaríamos diciendo nada nuevo si estableciéramos que para la procreación natural es necesario el acto sexual entre el hombre y la mujer, de allí se desprende que para el cumplimiento de lo que es el matrimonio y de sus fines, resulta imprescindible que, en forma natural tal unión permita la alteridad entre personas de distinto sexo. Es por ello que

[96] Aristóteles, Ética a Nicómaco, Óp. Cit., P 136

existe una antropología definida que se encuentra implícita en la unión conyugal estableciendo que tal unión debe ser entre el hombre y la mujer.

Este concepto es más profundo que lo únicamente biológico ya que está inmersa en la diferenciación sexual y en las peculiaridades psicobiológicas que permiten la complementariedad de los sexos que hay entre sus integrantes.

Según Philip Lersch:

> La apariencia corpórea de los sexos y sus características diferencias nos brindan esa posibilidad. El cuerpo es el órgano de la vida con cuyo desarrollo se desarrolla a su vez el alma, mejor dicho, es el órgano de esa vida que a través de los actos anímicos logra despertar a la vivencia. Y así resulta que las diferencias existentes entre los distintos órganos que integran morfológicamente el cuerpo están, por su función vital, en íntima conexión con la temática vivencial. Podemos estar, pues, seguros de que el cuerpo y el alma representan una unidad vitalmente interdependiente y, por lo tanto, se condicionan e interpenetran mutuamente, de modo que las diferencias corpóreas nos ofrecen el punto de partida más inmediato para la aclaración de las diferencias psíquicas entre los sexos[97].

La unión conyugal asume que hay una atracción natural entre el hombre y la mujer y que se ordena a la procreación gracias a esta diferencia sexual. El amor verdadero y libre entre el hombre y la mujer, a partir del matrimonio, deja de ser un "amor electivo" para transformarse en un "amor debido" en justicia, como queda establecido por el consentimiento matrimonial y el emergente de ese compromiso no sólo es moral sino jurídico[98].

Todo el amor brindado en el matrimonio exige la presencia y el compromiso corporal y sexual, abierto a la posibilidad de transmitir la vida mediante una afectividad propia del varón y otra afectividad propia de la mujer siendo la misma, aquello que

[97] Lersch, P., Sobre la esencia de los sexos, Madrid: Ed. Oriens, 1968, p. 25. Citado en: Levermann, J. A., Apuntes en defensa del matrimonio, 1° Edición, Buenos Aires: Ed. Antiprattein, 2012, p. 19.
[98] Ídem; p. 744.

enriquece a la vida matrimonial. Por añadidura el amor conyugal que surge del matrimonio está abierto a la fecundidad y a la posibilidad de la generación de hijos[99].

Este origen natural ha quedado comprobado desde siempre:

1- Por la natural atracción sexual entre hombre y mujer.
2- Por la natural procedencia de los hijos a partir del hombre y la mujer.
3- Por la natural complementariedad entre hombre y mujer.
4- Por la natural necesidad que tienen los hijos del padre y de la madre para encaminar su identidad.
5- Por las muy variadas necesidades que tienen los hijos de crianza, seguridad, protección, afecto y educación por parte de sus padres[100].

Si apeláramos al argumento metafísico, diríamos que el matrimonio conformado por un varón y una mujer es una institución natural que le ha permitido a la humanidad simplemente ser y perpetuarse. El legislador parte de un error antropológico al regular jurídicamente a las uniones homosexuales como matrimonios ya que no sólo no es igual desde la óptica sexual, sino que tampoco lo es desde la visión psicobiológica ni antropológica.

Estamos de acuerdo y es sabido que la Institución matrimonial estable y monógama entre un hombre y una mujer constituye el primer factor en la generación del tejido social[101], sin embargo, dejamos en claro que nuestro pensamiento no es "segregar" a las uniones matrimoniales de personas de igual sexo. Se debe tener presente que por el hecho de no querer "segregar" a los matrimonios homosexuales, no se autoriza con ello a confundir a la institución que vincula naturalmente a un hombre y una mujer para abrirse a la familia que en ella se funda[102]. Todas las personas son dignas independientemente de su orientación sexual.

De acuerdo con una corriente del pensamiento "postmoderno" que tiene como sustrato, una filosofía de tipo contractualista, subjetivista y relativista ha hecho que se tienda a conceptualizar aquello que se aparta de la ley natural bajo la forma de

[99] Remarcamos la palabra "posibilidad" ya que no todos los matrimonios pueden biológicamente tener hijos.
[100] Consejo Pontificio para la Familia; Lexicón, 1° Edición, 2004, Madrid: Ediciones Palabra, p. 745.
[101] Consejo Pontificio para la Familia, Lexicón, Óp. Cit., p. 748.
[102] Ídem, p. 749.

"diversidades" siendo este el rótulo al que más se acomoda la llamada *"diversidad sexual".*

3.4.4 DESDE EL CATOLICISMO

Si bien no es nuestra intención la defensa del matrimonio heterosexual sólo desde la óptica de la religión católica, deberíamos dejar establecido que es un error grave considerar que la Iglesia defiende al "matrimonio católico" y no al matrimonio como tal ya que esta religión expresa verdades que se encuentran íntimamente vinculadas con las exigencias de la ley natural.

El hecho que nuestro Señor Jesucristo haya elevado la unión matrimonial a un Sacramento da a aquél por supuesto, ya que de ninguna forma se refiere a alguna otra realidad. Santo Tomás de Aquino decía que *"lo sobrenatural presupone lo natural"* y por eso el matrimonio no puede ser sacramento sin ser matrimonio.

En esa misma dirección la Conferencia Episcopal Argentina afirmaba que:

> La unión de personas del mismo sexo carece de los elementos biológicos y antropológicos propios del matrimonio y de la familia. Está ausente de ella la dimensión conyugal y la apertura a la transmisión de la vida. En cambio, el matrimonio y la familia que se funda en él es el hogar de las nuevas generaciones humanas. Desde su concepción, los niños tienen derecho inalienable a desarrollarse en el seno de sus madres, a nacer y crecer en el ámbito natural del matrimonio. En la vida familiar y en la relación con su padre y su madre, los niños descubren su propia identidad y alcanzan la autonomía personal[103].

Con respecto a la ley Divina ya S.S. el Papa Pio XI expresaba:

> Queda asentado, en primer lugar, como fundamento firme e inviolable, que el matrimonio no fue instituido ni restaurado por obra de los hombres, sino por obra divina.

[103] Conferencia Episcopal Argentina; Sobre el bien inalterable del Matrimonio y la Familia; Declaración Pública en la 99° Asamblea Plenaria, Pilar, 20 de abril de 2010.

> Que no fue protegido, confirmado ni elevado con leyes humanas, sino con leyes del mismo Dios, autor de la naturaleza y de Cristo Señor, Redentor de la misma, y que, por lo tanto, sus leyes no pueden estar sujetas al arbitrio de ningún hombre, ni siquiera al acuerdo contrario de los mismos cónyuges. La unión conyugal entre un determinado hombre y una determinada mujer no se realiza sin el libre consentimiento de ambos esposos[104].

La Congregación para la Doctrina de la Fe presentaba sus argumentaciones contra el reconocimiento legal de las uniones homosexuales:

- Toda ley propuesta por los hombres tiene razón de ley en cuanto es conforme con la ley moral natural, reconocida por la recta razón y respeta los derechos inalienables de cada persona.
- En las uniones homosexuales está completamente ausente los elementos biológicos y antropológicos del matrimonio y de la familia que podrían fundar razonablemente el reconocimiento legal de tales uniones.
- La sociedad debe su supervivencia a la familia fundada sobre el matrimonio. La consecuencia inevitable del reconocimiento legal de las uniones homoparentales es la pérdida de la referencia esencial de la heterosexualidad desligando así la procreación y educación.
- La Iglesia enseña que el respeto hacia las personas homosexuales no puede en modo alguno llevar a la aprobación del comportamiento homosexual ni a la legalización de las uniones homosexuales[105].

[104] Carta Encíclica *Casti Connubii,* Papa Pío XI, Sobre el Matrimonio Cristiano.
[105] Congregación para la Doctrina de la Fe, Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales, Roma, 3 de junio de 2003. En: Vida y Ética, Año 4, N° 1, junio de 2003.

3.5 LEY 26.862. LEY DE ACCESO INTEGRAL A LOS PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS MÉDICO-ASISTENCIALES DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA. SU DECRETO REGLAMENTARIO

3.5.1 BREVE RESEÑA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Comenzaremos este apartado con una breve referencia a los acontecimientos más importantes desde el punto de vista histórico[106] acerca de la fertilización asistida para luego dar paso al andamiaje jurídico que las regula en nuestro país.

La primera referencia escrita que hace mención de ellas aparece en el Talmud Hebreo del siglo II. En la Edad Media, Arnau de Vilanova llevó a cabo una inseminación artificial homóloga en la reina Doña Juana de Portugal. Posteriormente Lazzaro Spallanzani inseminó con éxito a una perra y con él es el momento en el cual comienza el carácter científico de estas técnicas. Se debe al éxito de John Hunter entre los años 1776 y 1779 quien realizó la primera inseminación vaginal a una paciente con la inyección del semen de su esposo. En 1866, J. Marion Sims realiza inseminación del semen en el canal cervical femenino. En el año 1883, en Francia, Girault presenta 10 casos de inseminación de esperma en el cuello uterino con éxito. Pancoast en el año 1885 realiza inseminaciones heterólogas con éxito y Ponge en 1949 por primera vez logra la congelación del semen con glicerol. El año 1945 es el año del despegue para la inseminación artificial en Estados Unidos pues se registraron más de 25.000 nacimientos fruto de estas técnicas. En el año 1953, Bunge y Sherman logran con éxito tres embarazos con esperma congelado y es recién en 1964 donde los bancos de esperma se generalizan. Pincus en 1930 utiliza la fertilización in vitro en conejos.

La primera inducción de la ovulación por estimulación ovárica fue en el año 1958 gracias a Gemzell y col. siendo este procedimiento perfeccionado con el tiempo y en el momento actual es un método imprescindible dentro del campo reproductivo.

En el año 1960 dan comienzo a los primeros trabajos de fertilización in vitro de la mano de Roberts Edwards en humanos. En el año 1966 por primera vez Lin fue el primero en describir la inyección intracitoplasmática de espermatozoides en animales usando óvulos de ratón. En el año 1976 Uehara y Yanagimachi obtuvieron tasas relativamente altas

[106] Hemos seguido a: Comparato, M.; Esterilidad, 2° Edición, Buenos Aires: Editorial: Organon, 2013.

de condensación luego de la micro inyección de espermatozoides humanos y de hámster dorado en óvulos de hámster. El 25 de julio de 1978 aparece realmente la era de la tecnología reproductiva cuando nació la primera "bebé de probeta" (Louis Brown) por los estudios efectuados por Edwards y Steptoe del Reino Unido y a partir de allí y con el advenimiento de la biotecnología de reproducción asistida muchos niños han nacido en esas circunstancias. En 1984, Buston realiza la transferencia del embrión a un útero de otra mujer con éxito en Los Ángeles.

A partir de ese momento se desarrollan numerosas técnicas muchas como por ejemplo la fertilización microquirúrgica o de micro manipulación.

3.5.2 FERTILIZACIÓN ASISTIDA EN NUESTRO PAÍS

¿Cuál es el panorama de la fertilización asistida en la Argentina?

La primera fertilización in vitro se realizó en el año 1986 y de ella nacieron con éxito Eliana y Pablo. Aproximadamente uno de cada cuatro intentos de fertilización in vitro termina en un nacimiento exitoso y la edad es un factor fundamental para la eficacia del tratamiento ya que en las menores de 35 años el índice de eficacia es del 32% mientras que en las mayores de 40 años el intento de fertilización alcanza el éxito en sólo el 8% de los casos[107].

Uno de los aspectos más negativos de todas las técnicas consiste en la posibilidad del aumento de riesgo del embarazo múltiple, cuyo porcentaje ronda el 31% es decir 10 veces más que el de la población general.

Este tema tiene su relevancia si tenemos en cuenta que en este sentido no son pocas las personas, parejas o matrimonios independientemente de su orientación sexual que utilizan gametas provenientes de terceras personas:

> Entre los 12.000 tratamientos de fertilización asistida en todo el país que se producen por año en la Argentina se estiman alrededor de 1.000 nacimientos anuales que previamente requirieron donación de semen o de óvulos de terceros.

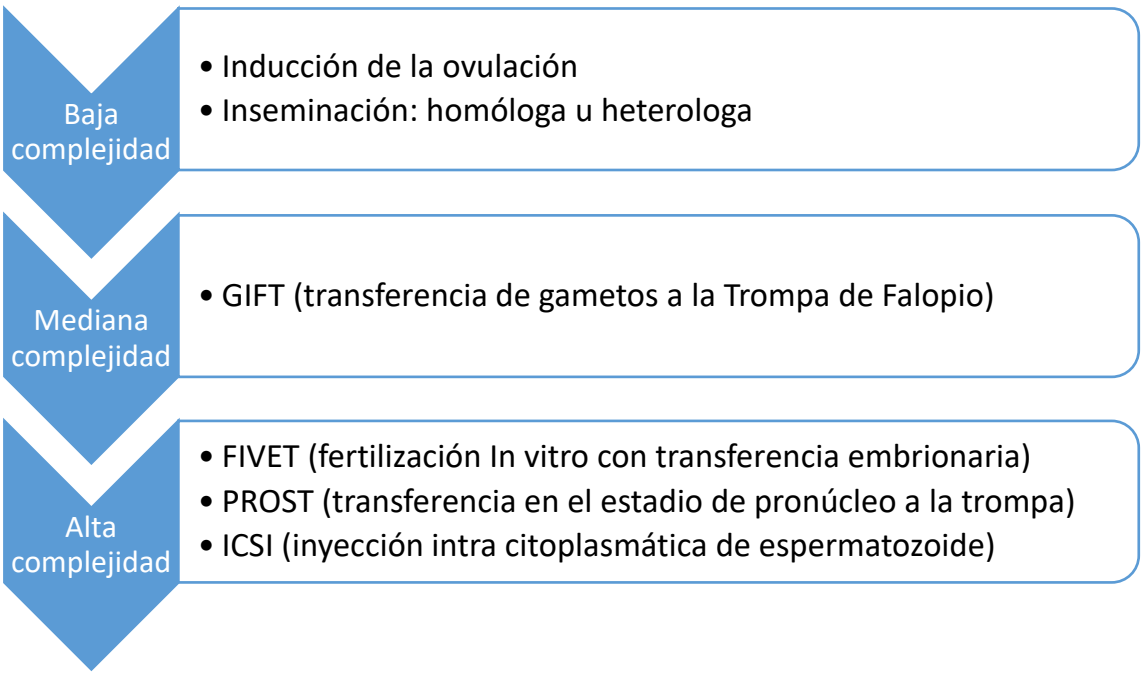
[107] A 30 años de los primeros bebes in vitro de Argentina, Diario Perfil [en línea]. Disponible en: <http://www.perfil.com/ciencia/a-30-anos-de-los-primeros-bebes-in-vitro-de-argentina-0207-0053.phtml>. [Consultado el: 24 de septiembre de 2017].

> Las causas hoy exceden los límites de la medicina: a la imposibilidad de lograr un embarazo con los óvulos y espermatozoides de la pareja por cuestiones médicas se le suma la necesidad cada vez más instalada y naturalizada de recurrir a la donación de terceros ya sea porque no hay pareja, o bien en los casos de parejas homosexuales[108].

3.5.3 TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDAS

En este cuadro hacemos referencia a las diversas técnicas de reproducción asistida[109] y que son utilizadas tanto en matrimonios heterosexuales como en los homosexuales.

Podemos clasificarlas para un mejor entendimiento de la siguiente forma:



3.5.4 CONSIDERACIONES GENERALES. ANTECEDENTES Y DEFINICIONES DE LA LEY 26.862

Fue sancionada por el Congreso Nacional el 5 de junio de 2013 y promulgada por el Poder Ejecutivo el 25 de junio del mismo año en el Boletín Oficial del 26 de junio de

[108] Oliva, L.; Identidad desconocida. El lado no previsto de la fertilización asistida [en línea]. Disponible en:< www.lanacion.com/enfoques>. [Consultado el: 4 de junio de 2016].
[109] Comparato, M., Esterilidad, Óp. Cit.; p. 86.

2013, de esa forma argentina luego de casi 30 años de no contar con legislación en este tema sancionó la ley 26.862 reglamentada por el decreto 956/2013[110].

Con ella asistimos a un verdadero cambio de estructuras ya que se permite la separación entre la reproducción humana y la sexualidad. Existe la posibilidad de la reproducción sin sexo. Es evidente que en el legislador predomina una vertiente filosófica subjetivista que desatiende la dignidad de la vida humana frente a un imperativo poblacional y biotecnológico.

En América Latina, si bien no fue tan extenso el desarrollo de estas normativas legales, existe la ley uruguaya del año 2013, algunas normas sobre filiación en Brasil y el caso "Artavia Murillo y otros contra Costa Rica" sentenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2012. Hubo un largo camino con arduos debates y amparos judiciales que llevaban adelante gran cantidad de mujeres y hombres que querían ser padres con la ayuda de la ciencia.

En el mismo sentido en la Provincia de Buenos Aires, en el año 2010 se sancionó la ley 14.208 que establecía un tope de edad para efectuar los tratamientos de reproducción médicamente asistida en los 40 años de edad materna. Esta ley fue modificada por otra ley posterior (la 14.611), con la cual se estuvo en consonancia con la dispuesta a nivel nacional. El tema de la cobertura médica, tema no menor en estos procedimientos, se incorporó a la agenda parlamentaria mediante la sanción de la ley bonaerense que fue pionera.

---

[110] La ley ha recibido importantes críticas. Entre otros: BASSET, Úrsula C. "La necesidad de los que no pueden concebir naturalmente, ¿Encuentra respuesta en la ley de reproducción asistida?", La Ley Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año V, Nro. 7, agosto de 2013, p. 29; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., "Ley Nacional sobre Fertilización Humana asistida, 2013. ¡No eclipsemos la cuestión central!", La Ley Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año V, Nro. 7, agosto de 2013, p. 46; BASSET, Úrsula C., "Procreación asistida y niñez. ¿Regulación o desregulación?", La Ley 2013-D, 872, AR/DOC/2112/2013; SAMBRIZZI, Eduardo A., "La Ley de Procreación Asistida recientemente sancionada", La Ley Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año V, Nro. 7, Agosto de 2013, p. 3; MARRAMA, Silvia E., "Interpretación armónica, análisis crítico y propuestas de reforma de la ley nacional 26.862", El Derecho, 7 de noviembre de 2013, nro. 13.359, p. 1; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "La ley 26862 y el decreto 856/2013 sobre acceso integral a la reproducción médicamente asistida: cuestiones no resueltas", ErreparNews, Agosto de 2013. Entre las voces a favor de la ley se puede mencionar: MEDINA, Graciela, GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "La Ley Nacional sobre Fertilización Asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial entre su texto y el antecedente de la ley 14208 de la Provincia de Buenos Aires", La Ley 2013-C, 1192; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La Ley de Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción humana asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales", La Ley Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año V, Nro. 7, Agosto de 2013, p. 24; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora, "La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación", La Ley 08/08/2011, p. 1.

En relación a la existencia de la persona, en Argentina la tradición jurídica sostiene que la misma comienza con la concepción. Incluso, el Código Civil y Comercial aprobado en 2014 lo ratificó en forma expresa y sin indicar que fuera relevante el lugar de la concepción[111]. Esta tradición entendió siempre que concepción equivale a fecundación. Sin embargo, con base en un fallo muy controvertido y cuestionado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conocido como "Artavia Murillo y otros v. Costa Rica", del 28 de noviembre de 2012[112], se ha dicho que la concepción se produce cuando el embrión se implanta en la persona y por lo tanto antes de ese momento ni hay concepción ni se está frente a una persona, al menos jurídicamente hablando. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en este caso dijo:

> Hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a quienes confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas posiciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten[113].

Como se podrá observar el tema no es sencillo y no encuentra solución sólo desde la letra de la ley. De manera estricta, la ley 26862 no se pronuncia sobre el tema del inicio a la vida, aunque permite la fecundación extracorpórea. Como sostienen varios autores no compartimos la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sostenemos que concepción equivale a fecundación.

---

[111] Lafferriere, Jorge Nicolás, "El artículo 19 del nuevo Código Civil y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado", La Ley Revista de Derecho de Familia y de las Personas, noviembre de 2014.

[112] Para mayor información al respecto, véase: LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, Tello Alonso, Juan, "El diagnóstico genético preimplantatorio: de nuevo sobre los límites de "Artavia Murillo", La Ley Suplemento Constitucional (en prensa); LAFFERRIERE, Jorge Nicolás. Los límites de "Artavia Murillo" en un interesante fallo en protección del embrión humano, Doctrina judicial, La Ley, Año XXX, Número 06, 5 de febrero de 2014, p. 21-38; HERRERA, Daniel y LAFFERRIERE, Jorge Nicolás. "¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida". La Ley Suplemento Constitucional, 9 de abril de 2013, 16 — La Ley 2013-B; Quintana, Eduardo Martín, "Discurso jurídico versus ciencias biológicas y genéticas (a propósito de un fallo de la C.I.D.H. contra Estado de Costa Rica sobre fecundación in vitro)". Comentario al fallo "Caso A. M. Y Otros (Fecundación In Vitro) Vs. Costa Rica" — CIDH — 28/11/2012", Eldial.com, DC19E9, 14-2-2013

[113] Citado en: Kemelmajer de Carlucci, A. H.; Lamm, M.; Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima; Buenos Aires, La Ley 2014-F, 1075.

3.5.5 OBJETO Y ALCANCE DE LA LEY

Como lo establecen determinados autores del Derecho[114] esta ley apunta a cerrar el círculo legislativo para que determinadas personas puedan recurrir a biotecnologías para concebir y dar a luz un hijo. Se ubica en un criterio liberal ya que se encuentra centrada en un pretendido "derecho" de toda persona a tener un hijo.

En el artículo 1 es donde queda definido el objeto de esta ley y que es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. No cabe lugar a dudas que adopta un concepto amplio que involucra, no sólo las técnicas, sino que también los diferentes procedimientos de esas diferentes prácticas médicas que engloban estos tratamientos.

> ARTICULO 1° — Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

La presente ley tiene alcance a nivel del todo el territorio de la Nación Argentina y es utilizada en la actualidad tanto por matrimonios heterosexuales como por los homosexuales.

3.5.6 ESTRUCTURA DE LA LEY

El artículo 2 define a qué se denomina la reproducción médicamente asistida.

> **ARTÍCULO 2° —** *Definición.* A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

El mismo muestra amplios alcances debido al denominado principio de igualdad entre las parejas heterosexuales y homosexuales, incorporando la posibilidad de la

[114] En este sentido se han pronunciado Aída Kemelmajer de Carlucci y Eleonora Lamm.

donación de gametos y de embriones. Si bien este punto no constituye el tema central de este trabajo diremos que la donación de gametas y/o embriones es altamente sensible y discutible desde los estrados bioéticos, siendo un tema no menor si se piensa que empezarían a confrontarse los derechos personalísimos del embrión o cigoto.

En el artículo 3 se designa al Ministerio de Salud de la Nación como autoridad de aplicación:

> ARTÍCULO 3° — Autoridad de aplicación. Será la autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación.

Toda persona mayor de edad que pueda brindar su consentimiento informado es el beneficiario de este derecho como lo describe al artículo 7 en un sentido amplio al denominar como "personas" y no "parejas".

> **ARTICULO 7° —** *Beneficiarios.* Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

Establece que el consentimiento informado es revocable por la decisión de la mujer hasta el momento de la implantación en el útero.

Un tema en particular es el de la cobertura médica que establece la ley para estos fines ya que en el artículo 8 quedan incluidos todos los sectores de la salud, inclusive el Programa Médico Obligatorio, con lo cual gran parte del patrimonio monetario del grupo poblacional que pudiere no estar de acuerdo con esta metodología debe sin embargo financiarlo. Explícitamente en el mismo artículo 8 admite la donación no sólo de gametos sino de embriones y el número de procedimientos a llevar a cabo en caso de fracasos.

> **ARTÍCULO. 8º.-** Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y

> las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.
>
> También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

3.5.7 ESTRUCTURA DEL DECRETO REGLAMENTARIO 956/2013

El mismo fue dictado el 19/7/2013 y amplía conceptos tales como las definiciones de las técnicas de reproducción médicamente asistida en el artículo 2.

> Art. 2°.- Definiciones. Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la

> consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante.
>
> Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.
>
> La Autoridad de Aplicación resolverá la inclusión de nuevos procedimientos y técnicas en la cobertura que explicita la Ley Nº 26.862, siempre que tales procedimientos y técnicas hayan demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia A, es decir, a través de ensayos clínicos aleatorizados y controlados, y luego de la evaluación técnica realizada por la DIRECCION NACIONAL DE REGULACION SANITARIA Y CALIDAD DE LOS SERVICIOS DE SALUD, conforme las previsiones del PROGRAMA NACIONAL DE GARANTIA DE CALIDAD DE LA ATENCION MEDICA. Los mismos serán incorporados por normas complementarias dictadas por el MINISTERIO DE SALUD.

Se incorpora el concepto de los beneficiarios llamándolos "titular del derecho" debiéndose aplicar lo pertinente a la ley 26.529[115] (ver anexo legal) y a su vez hace una distinción entre lo manipulado por las técnicas de reproducción de baja complejidad y las de alta complejidad en cuanto al momento revocable de la decisión de la mujer.

> Art. 7°.- Beneficiarios. El consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la

[115] La ley 26.529 corresponde a los Derechos de los pacientes en relación a las instituciones de salud. Ver Anexo Legal.

> historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, las Leyes Nº 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y N.º 25.326 de Protección de los Datos Personales.
>
> En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión.

El artículo 8 al igual es una disposición extensa ya que se ocupa del nudo central de la normativa, incorporando a todo argentino y a todo habitante que tenga residencia definitiva y otorgada por autoridad competente y que no posea otra cobertura de salud. Se estipula la cantidad de procedimientos a llevar a cabo y se dice que se debe comenzar con los de baja complejidad. En el sentido de sostener el concepto de pluralidad de familias se autorizan las técnicas tanto homólogas (gametas de la misma pareja) como heterólogas (gametas de un tercero anónimas o no). Esto se encuentra en consonancia con el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

> Art. 8°.- Cobertura. Quedan obligados a brindar cobertura en los términos de la presente reglamentación y sus normas complementarias los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud enmarcados en las Leyes N.º 23.660 y N.º 23.661, las Entidades de Medicina Prepaga (Ley N.º 26.682), el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (Ley N.º 19.032), la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, el Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas, las Obras Sociales Universitarias (Ley N.º 24.741), y todos aquellos agentes que brinden servicios médico asistenciales independientemente de la forma jurídica que posean.
>
> El sistema de Salud Público cubrirá a todo argentino y a todo habitante que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente, y que no posea otra cobertura de salud.

En los términos que marca la Ley N.º 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos.

Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo TRES (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad.

Quedan incluidos en el PROGRAMA MEDICO OBLIGATORIO (PMO), los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8° de la Ley N.º 26.862.

No se considerará como situación de preexistencia, en los términos del artículo 10 de la Ley N.º 26.682, la condición de infertilidad o la imposibilidad de concebir un embarazo.

En caso de que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (Rafes) de la DIRECCION NACIONAL DE REGULACION SANITARIA Y CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD, dependientes del MINISTERIO DE SALUD.

Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante.

La donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.

La autoridad de aplicación podrá elaborar una norma de diagnóstico e indicaciones terapéuticas de medicamentos, procedimientos y técnicas de reproducción asistida para la cobertura por el Programa Médico

> Obligatorio, sin que ello implique demora en la aplicación inmediata de las garantías que establece la Ley N.º 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. La ausencia del dictado de tal norma no implicará dilación alguna en la aplicación inmediata de las mencionadas garantías.

A manera de síntesis de las consideraciones consignadas en esta ley podemos decir que[116]:

1) Garantiza el acceso a las técnicas de reproducción asistida.

2) Permite las técnicas de baja y alta complejidad.

3) Permite la creación de un registro para los Centros donde se realizan las técnicas de reproducción médicamente asistida.

4) Garantiza el acceso igualitario de todos los beneficiarios a las mismas.

5) Tienen derecho al acceso de las técnicas todas las personas mayores de edad previo consentimiento informado el cual es revocable hasta la etapa pre-implantatoria o previo a la inseminación, dependiendo de la técnica.

6) Quedan comprendidos en la cobertura los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivo para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

7) En los términos que marca la Ley N.º 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos.

8) Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo TRES (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad.

[116] Para el análisis de la ley y su consideración ética hemos seguido el trabajo: Lafferriere, N.; Análisis de la Ley de fecundación artificial en la Argentina. En: Vida y Ética, Instituto de Bioética, Pontificia Universidad Católica Argentina, Año 14, N° 1, junio de 2013, pp. 125-127.

9) En caso de que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embrión debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud de la Sistema Integrado de Información Sanitaria Argentina, dependiente del Ministerio de Salud.

10) Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante.

La donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.

3.6 CRÍTICA SOBRE LA BIOTECNOLOGÍA REPRODUCTIVA DESDE LA BIOÉTICA PERSONALISTA ONTOLÓGICA

> "Muchas cosas son terribles, pero ninguna es más terrible que el hombre, ese ser que se dirige al otro lado del canoso mar con la ayuda del invernal noto… poseedor de una sabiduría superior a la esperable, la capacidad de urdir técnicas, unas veces al mal, otras al bien las encamina. Entretejiendo las leyes de la tierra y la justicia de los dioses a la que ha prestado juramento…"
>
> Antígona, Sófocles

La "identidad personal" es uno de esos derechos personalísimos que entra en juego en esta trilogía (ley del matrimonio entre personas de igual sexo, ley de reproducción médicamente asistida y el nuevo Código Civil), por ello la Academia del Plata ha hecho objeciones muy severas a ley 26.862:

> […] La ley en cuestión, con el añadido de que ostenta la triste calidad de inscribirse entre las más laxas y permisivas, en comparación con las vigentes en el Derecho comparado internacional.
>
> […] atenta contra la familia, por ello mismo es lesivo al supremo interés de los menores, suprimiéndose su derecho a la identidad biológica […][117].

[117] Quintana, E.M.; Lukac de Stier, M., Declaración pública de la Academia del Plata sobre la sanción de la Ley que garantiza el acceso a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida [en línea]. Disponible en:<www.centrodebioetica.org>. [Consultado el 5 de julio de 2016].

En el mismo sentido en el año 2013, más específicamente en la sesión del día 26 de junio de 2013, la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas aprobó un documento en donde efectúa severas críticas a la aprobación de la ley. Hace referencia a que la ley no se aboca a resolver las causas de la infertilidad, sino que lo único que hace es *"…poner en evidencia el desconocimiento científico de la realidad de "ser humano" de todo embrión. Tenemos la responsabilidad moral, médica, jurídica y política de recordar que buena parte de la manipulación que se hace del embrión humano no ocurriría si se lo considerara "sujeto" en lugar de "objeto" …"*[118].

Los avances acontecidos en la reproducción humana nos obligan a replantear algunos aspectos de la conducta humana y también la actitud que las distintas sociedades asumen frente a las nuevas posibilidades que se les presentan. Es así como la realidad actual nos remite a hechos que en otras épocas eran impensadas, como, por ejemplo, la de no mediar relación sexual para la procreación. Con el ingreso en el sistema de salud de las biotecnologías reproductivas mediante la ley, en realidad, se comparte la paternidad/maternidad con el médico.

Frente a este mundo de manipulación tecnológica es importante volver a pensar si este avance de la tecno ciencia puesta al servicio de la reproducción humana ha provocado en realidad una alteración o una ayuda en la construcción familiar en donde la sexualidad y la procreación están en una disyunción ya que el mercado biotecnológico brinda su oferta cada vez con más posibilidades a las parejas que no pueden tener hijos, independientemente de su orientación sexual.

Es evidente que la alianza entre la tecnología y la medicina reproductiva abren muchos interrogantes acerca del desarrollo de la "medicina del deseo" y muchas veces el placer de ser padre y madre transformado en pasión con las gratificaciones narcisistas que ello implica o el desafío a la naturaleza en los matrimonios que recurren a las técnicas con material heterólogo, prevalecen por sobre la ontología del niño desvalorizando sus derechos personalísimos.

[118] Declaración del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas sobre la Ley 26.862 de reproducción médicamente asistida [En línea]. Disponible en:<www.centrodbioetica.org>. [Consultado el 3 de marzo de 2016].

El *ethos* del científico ha devenido en múltiples formas de su uso apartándose del orden natural. Como lo expresa Papier debemos tener en claro que las utilizaciones de estos procedimientos no curan la causa:

> Es simple lo que voy a decir, pero es necesario que se entienda, las técnicas de reproducción asistida no tratan la causa, sino lo que hacen es aumentar la chance de embarazo en aquellas parejas que son subfértiles[119].

Pese a ello, asistimos en la actualidad a una *"asepsia con respecto a toda relación axiológica y una carencia notable de regulación ético-normativa"* como lo expresa María Celestina Donadío Maggi de Gandolfi[120] ya que la ciencia y, sin poder generalizar, se encuentra sometida al mecanicismo científico y a un positivismo relativista que la lleva a estar desprovista de toda la problemática antropológica que le impide afirmar que la diferencia específica del hombre es lo racional. Aunque como lo dice la autora, *"valga recordar que "racional" no está designando, directamente, que siempre "razone"*.

En este orden es interesante el concepto de *"ethos del científico"* y *"ethos de la fecundidad"* al que hace referencia dicha filósofa.

> Pareciera que se maneja una distinción entre, por una parte, los planteamientos de los problemas morales y sus respuestas, que atienden a la elección, a la decisión y a la conducta, y, por otra, la validez científica de la Ética. Sucede que se seleccionan las respuestas morales que puedan garantizar satisfacción, éxito o como utilidad, objetivos éstos que bastan como criterios de bien y de mal, de recto e incorrecto. Este relativismo reinante dista ampliamente de ser el resultado de una actitud elaborada, más bien es el fruto de un eclecticismo pragmático, es decir, de acomodar las ideas y los criterios morales a las necesidades e intereses del individuo y de la sociedad[121].

[119] Papier, S.; Sobre los nuevos avances en técnicas de reproducción asistida. En: Nuevas parentalidades, Aperiódico psicoanalista, Buenos Aires, N° 28, Año 13, 2016, p. 12.
[120] Donadío Maggi de Gandolfi, M. C.; Moralidad, Ética y Ciencias. En: Vida y Ética; Revista del Instituto de Bioética, U.C.A.; Año 11; N° 1; junio 2010, p. 54.
[121] Ídem; p. 67.

Gandolfi afirma con un criterio ético moral que dentro del ethos del científico podemos encontrar un condicionamiento moral especial que ocupa un lugar central y es el ethos de la fecundidad. En sus palabras:

> El ethos de la fecundidad será el resultado de una conciliación racional de la verdad tanto científica como filosófica, sobre los auténticos valores de la sexualidad y la fecundidad humanas, que sólo pueden ser tales si contribuyen a la dignidad cabal de la persona. Y, cuando se trata de una legítima dignificación del hombre debemos conciliar la sexualidad y la fecundidad con la verdad, la libertad y la responsabilidad. Esa dignidad reniega de cualquier proyecto asentado en la "libre disposición del cuerpo", por el contrario, exige una sexualidad responsable, al igual que ante la "libre disposición de la fecundidad" aboga por una paternidad responsable. Con esta óptica, la sexualidad y la fecundidad se ponen en camino hacia la verdad de la existencia humana[122].

La pregunta acuciante desde la óptica bioética consiste en reformularse si las técnicas de fertilización asistida son moralmente buenas o si presentan dilemas o conflictos dignos de una discusión moral. Françoise Héritier Augé[123] sostiene que las preguntas que plantean la implementación de las técnicas de reproducción asistida se ubican en la intersección de varias disciplinas: médicas, psicológica, legales, religiosas, éticas, sociológicas y económicas. Lo permitido y lo prohibido es ambiguo y la pasión de un hijo es tomado como algo que debe ser satisfecho.

En este sentido y como se pregunta Emilio García Sánchez[124]¿Es un acto de amor humano la fecundación in vitro? ¿Es radicalmente un acto de amor humano desear hijos satisfaciendo la pasión de tenerlos a través de ese modo artificial?

Los puntos de vista utilitaristas enfocan su atención en la defensa de dichos procedimientos en busca sólo de resultados y beneficios para los padres, disminuyendo la dignidad del embrión humano. Estas éticas se alejan de la teoría de las virtudes inaugurada por Aristóteles y retomada y perfeccionada por Santo Tomás de Aquino.

---

[122] Ídem, pp. 71-72.

[123] Citado en: Alkolombre, P.; Deseo de un hijo pasión por un hijo, Óp. Cit., p. 104.

[124] Sánchez García, E.; ¿Es un acto de amor humano la fecundación in vitro? Una propuesta de análisis ético; Cuadernos de Bioética, N° 25, Año 2014, España, pp. 169-182.

En el artículo anteriormente mencionado[125], su autor desarrolla varias premisas que consideramos interesantes, como sustento bioético ontológico en la consideración de la existencia de una trascendencia en la entrega amorosa que radica en el deseo de un hijo. Dichos postulados, en forma resumida, son:

1- *La infertilidad humana no es un fracaso sino una oportunidad. La infertilidad y la esterilidad conforman un tipo de sufrimiento que puede ser superable y reorientable si se aceptara a priori que, la maternidad y la paternidad fecundas, no constituyen valores o requisitos absolutos sin los cuales se arruina el sentido de sus vidas.*
2- *En el tubo de vidrio no está la raíz del problema. La calificación ética y el significado moral de una técnica no dependen del material ni de los componentes de los instrumentos usados. Resulta decisivo determinar cuál es la razón por la que se hace o la intencionalidad en la que está envuelta esa artificialidad.*
3- *La donación amorosa trasciende la fecundidad biológica. La trascendente decisión entre un hombre y una mujer de querer donarse amorosamente y recíprocamente no puede estar impedida o predeterminada por condiciones naturales de tipo orgánico.*
4- *Los seres humanos han de ser originados y tratados por actos de amor. Si atendemos a la naturaleza de los seres humanos en ella se inscriben unos fines especiales supra biológicos a los que tienden de modo natural y por los cuales puede fundamentarse su superioridad dignidad. Los hombres son los únicos animales racionales y libres. Así el hombre sujeto de deseo y de amor y que se debe extender a todo ser humano que se desea engendrar.*
5- *El hijo como don de un acto de amor incondicional. Si la entrega mutua amorosa alberga el distintivo de la incondicionalidad, tal requisito, asegura que la unión sexual entre ellos constituya el hábitat natural apropiado para desear y tener un hijo.*
6- *¿Es un acto de amor humano desear y tener un hijo eligiendo la fecundación in vitro? Constituyendo el deseo de tener un hijo algo excelente y natural, este se*

[125] Ídem., p. 35.

desordena en cuanto que la existencia sólo se mide con arreglo a que se haya satisfecho a un deseo de los padres, en este caso por medio de una técnica.

Según Alakombre[126], algunas cuestiones de las técnicas de reproducción asistida tienen elementos difíciles de ingresar como representaciones porque han tocado las raíces de la identidad humana como ser:

- Disyunción de la sexualidad y reproducción.
- Pasión del hijo, pasión del embarazo/predominio narcisista.
- Ruptura de la diferencia generacional/lazos de parentesco.
- Lugar del donante/tercero excluido en la pareja y las proyecciones sobre el hijo.

La medicina del deseo invade nuestros cuerpos, ya sea hombre o mujer, los corrige o interviene sobre ellos para "darles" un hijo o una hija que puede ser biológicamente y genéticamente propios o no. Como muy bien lo expresa Lafferriere *"…se ubica en el campo del puro deseo reproductivo que manipula la vida humana de manera cosificante"*[127]. Siguiendo al mismo autor[128], recuerda que el Papa Benedicto XVI enseña que existen dos principios fundamentales que se encuentran en juego al utilizar estos procedimientos para la concepción de un ser humano:

- La inviolabilidad de cada vida humana y
- El respeto a la originalidad de la transmisión de la vida.

Remarca algo más grave aún que es la posibilidad de la utilización de gametas de terceras personas *"extrañas al matrimonio"*. De acuerdo a todas las combinaciones posibles puede ocurrir por ejemplo que si el semen es de un dador y el óvulo es de una dadora, el niño no presente ningún vínculo biológico con aquellos que utilizaron alguna de las técnicas y en consecuencia se daña el derecho a la identidad del hijo.

El desarrollo y la aplicación de estas técnicas abrió nuevos y diversos caminos a la sociedad y dio lugar al nacimiento de hijos con una identidad biológica o genética que, según sea el caso, no se corresponde con la de uno o ninguno de quienes tendrán el rol de padres.

---

[126] Citado en: Alkolombre, P.; Deseo de un hijo pasión por un hijo, Óp. Cit., p. 108.
[127] Laferriere, N.; Análisis de la Ley de fecundación artificial en la Argentina. En: Vida y Ética, Instituto de Bioética, Pontificia Universidad Católica Argentina, Año 14, N° 1, junio de 2013, p. 125.
[128] Laferriere, N.; Las Técnicas de Procreación artificial Heterólogas: Análisis bioético y Jurídico. En: Pontificia Universidad Católica Argentina, Vida y Ética; Edición Aniversario; Año 11; N° 1; junio 2010, pp. 134-152.

Dentro de estos conflictos no resulta un tema menor el de la comercialización de gametas e inclusive de embriones. Hace ya un par de años en un artículo del New England Journal Of Medicine se comentaba esta posibilidad, es decir, se denunciaba que, con el surgimiento de banco de embriones, la comercialización pudiera ser una alternativa. En dicho artículo se critica no sólo la venta de embriones sino también la cosificación de la vida humana y la posibilidad de crear un mercado de "embriones"[129].

Existe un uso de la donación anónima[130], y del uso de las técnicas con material heterólogo, que hace que prácticamente se considere en la generación de la vida humana el no respeto por el proceso natural de la entrega del varón y la mujer trasladando ese sentido mecanicista al producto por nacer convirtiendo al hijo en algo técnico[131]. En este sentido y como lo hemos amplificado anteriormente se diluye la unidad matrimonial, la procreación y la sexualidad desvirtuando así los valores humanos propios de la procreación de la vida humana como también se cosifica al niño por nacer convirtiéndoselo en un producto del mercado y en muchos casos sometiéndolo a procedimientos de selección.

3.7 FILIACIÓN Y VOLUNTAD PROCREACIONAL EN EL CÓDIGO CIVIL

3.7.1 INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial ha introducido un nuevo concepto de filiación en aquellos hijos nacidos por medio de las técnicas de reproducción médicamente asistidas con gametas anónimas, es por eso que aquí haremos especial énfasis en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida la cual se encuentra regulada, en forma particular, en los artículos 560 a 564 de ese articulado legal, ello sin perjuicio de otras normas en las que se refiere al tema, sobre todo en la parte de acciones de filiación.

---

[129] New England Journal of Medicine, "Made to Order Embryos for Sale. ¿A Brave New World?; 25 de abril de 2013. Citado en: Persona y Familia. Centro de Bioética. En línea:<www.centrodebioetica.org> Consultado el 8 de julio de 2016.

[130] Encuestas llevadas a cabo en Chile, en 1.500 personas en edad comprendida entre los 18 y 65 años el 79% aprobó utilizar estas técnicas con material heterólogo. AAVV., Rev. méd. Chile, vol.141, no.7, Santiago jul. 2013. En Argentina de 12.000 tratamientos de fertilización se estima que 1.000 son realizados con gametas anónimas. Oliva, L.; Identidad desconocida. El lado no previsto de la fertilización asistida, La Nación del 18 de mayo de 2014 [en línea]. Disponible en:<www.lanacion.com/enfoques>. [Consultado el 4/6/2016].

[131] Lafferriere, N., Análisis de la Ley de fecundación artificial en la Argentina, Óp. Cit., p. 126.

Nos vamos a referir en primer lugar sobre qué se entiende por filiación y en este sentido es *la procedencia de los hijos respecto de los padres*[132], pero es la etimología de la palabra la que nos enriquece aún más sobre su significado. Proviene de una raíz indoeuropea *hi* que significa "*hilo*"," *filamento*" y de allí derivó al latín como *filum* también con el significado de *hilo*[133]. De esta forma podríamos decir que la filiación es el "hilo conductor" que conduce a los hijos en relación a sus padres.

Sin embargo y desde la óptica jurídica se llama filiación al vínculo legal que se entabla entre dos personas, calificadas por la ley como padre o madre de un lado y como hijo o hija del otro, en tanto el niño es fruto de la unión sexual de la pareja. En otras situaciones el Derecho establece la relación paterno filial como resultado de la aplicación de técnicas de reproducción asistida y en otra figura como es la adopción.

Para Mauricio Luis Mizrahi[134], filiación en un sentido amplio y siguiendo a la tradición francesa, sería toda descendencia en línea directa, comprensiva de la serie de intermediaria o anillos de la cadena que vinculan a una persona determinada con cualquiera de sus antepasados. Sin embargo, en palabras del mismo autor, el sentido restringido queda limitado a la relación de un hijo con su padre o madre, vale decir con sus progenitores inmediatos, siempre y cuando exista coincidencia entre el vínculo jurídico y relación biológica.

Clásicamente y en base al Derecho Romano la filiación ha sido la denominada natural o biológica, en la cual se es hijo de la mujer que tuvo el parto. *"Mater sempre cesta est"*[135], es así que cuando las técnicas de reproducción médicamente asistida no habían deslumbrado a científicos, sólo la generación de la vida humana por la vía natural era posible y por lo tanto, el hombre que embarazaba a una mujer era el mismo que aportaba las gametas y el material genético junto a la mujer. Esta última gestaba el niño en su útero a partir de sus óvulos. El niño era "parido" del útero de esa mujer y así el concepto de lo biológico era muy fuerte estableciéndolo siempre el derecho.

[132] Diccionario de la Real Academia Española, Óp. Cit., p. 716.
[133] Roberts, E., Pastor, B.; Diccionario etimológico de la lengua española, óp. Cit., p. 72.
[134] Mizrahi, M. L.; Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica. La Ley 2002-B, 1198.
[135] Expresión latina que puede ser traducida como: "La madre siempre es conocida" en relación al hecho biológico del embarazo, nacimiento y con carácter filiatorio.

A propósito de esto es interesante recordar que el Código Civil anterior (nos referimos al Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield) regulaba un solo tipo de filiación, es decir la llamada filiación por naturaleza o biológica.

Es en el año 1948 mediante la sanción de la ley 13.252 que se reconoce en nuestro país la filiación por adopción y ya en el año 2014 con el nuevo Código Civil y Comercial se regula también la filiación a partir de las técnicas de reproducción médicamente asistidas, entendiendo que cada una de ellas posee reglas propias. Según algunos autores[136] el nuevo Código Civil recupera la discriminación que el anterior Código presentaba en las reformas de 1888, 1954 y 1985 para los hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos a quienes les estaba vedada la indagación de sus vínculos parentales biológicos.

De acuerdo a todo ello podemos establecer que el Derecho a la filiación hace referencia al conjunto de normas jurídicas relativas al emplazamiento (determinación o establecimiento) de las relaciones paterno-maternas filiales y que de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial (C.C.C.) permite efectuarla (la filiación) en tres ámbitos posibles:

- La filiación natural o biológica.
- La filiación por técnicas de reproducción médicamente asistidas.
- La filiación por adopción.

Va de suyo que nos interesa exclusivamente la filiación en las técnicas de reproducción médicamente asistida con material heterólogo ya que junto al tema de la voluntad procreacional hacen que desde el ordenamiento jurídico se pueda dañar el derecho a conocer los orígenes del niño y así vulnerar el derecho a la identidad del mismo.

3.7.2 LA FILIACIÓN CON EL USO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA CON GAMETAS ANÓNIMAS

El Código Civil y Comercial aprobado en octubre de 2014 por ley 26994, en el Libro II que trata de "Las relaciones de familia", Título V correspondiente a la "Filiación" expresa, como decíamos anteriormente, que existen tres tipos de fuentes de la filiación:

[136] Nos referimos a Paola Alejandra Urbina. Puede consultarse su artículo: Urbina, P.A.; La identidad a partir del Código Civil y Comercial. Promoción y protección de los derechos de niños y niñas [en línea]. Disponible en:<www.AR/DOC/2472/2015>. [Consultado el 16 de junio de 2016].

> ARTÍCULO 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Amplía la causa fuente de la filiación ya que no sólo establece la originaria (biológica) sino que la aumenta a la de adopción y por procedimientos médicos y tal como se expresa ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales en concordancia con el principio de igualdad y no discriminación. Esto significa que una persona puede tener dos madres, dos padres o una madre y un padre. En ese mismo sentido es utilizada la palabra "progenitores" que involucra casos de filiación de igual o distinto sexo.

El tema de la filiación, al utilizar las técnicas de reproducción médicamente asistidas con material heterólogo, crea un caso particular a que a la luz del principal derecho humano comprometido como lo es el de la identidad. Aquí se agrega la identidad llamada biológica ya que, en la utilización de estas técnicas, puede ser necesario el aporte del material genético de un tercero. De esa forma tenemos que en la:

1- Filiación biológica o natural, el elemento biológico y volitivo se unifican en las personas que mantuvieron la relación sexual.
2- Filiación por adopción, el componente biológico se encuentra en la familia de origen mientras que el componente volitivo se halla en la familia adoptiva.
3- Filiación por técnicas de reproducción médicamente asistidas, es más compleja porque cuando se utilizan gametas de terceros el componente biológico recae en otras personas distintas de aquellas que tienen el componente biológico y volitivo (voluntad procreacional).

En este sentido lo expresa claramente el artículo 562 del C.C.C. el cual incorpora la figura de la voluntad procreacional cuando dice:

> ARTICULO 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente

> inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

El C.C.C. determina la filiación de quien prestó el consentimiento, con absoluta independencia de que haya aportado o no las gametas, es así como podemos observar en este tipo de filiación que el dato biológico ocupa un lugar secundario y que carece de entidad suficiente para poder asignar un vínculo jurídico de filiación.

En este sentido el consentimiento informado, como lo estipulan los artículos 560 y 561 es requisito obligatorio.

> ARTICULO 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.
>
> ARTÍCULO 561.- Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

Se establece que el consentimiento informado debe ser previo, informado y libre y debe ser renovado en cada procedimiento al utilizar las gametas y/o embriones. En otras palabras, antes de quien o quienes quieran ser padres y se sometan a las técnicas de reproducción médicamente asistidas, cualquiera fuese su modalidad de alta o baja complejidad utilizándose gametos de la misma pareja o de terceros, el centro de salud interviniente debe solicitar el correspondiente consentimiento. En base a ello nos preguntamos ¿Quién o quiénes son los progenitores del hijo que nace producto de estas prácticas? Una sola respuesta: los que prestaron el consentimiento informado, es decir quienes materializaron a través de él la denominada voluntad creacional.

El centro de salud es una pieza fundamental ya que en él queda la responsabilidad de obtenerlo y como se puede leer en el artículo correspondiente el C.C.C. agrega que la instrumentación del consentimiento no consiste sólo en que sea otorgado o se realice por escrito, sino que también sea protocolizado ante un escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción.

Es imposible interponer acción de impugnación cuando se trata de filiación por las técnicas de procreación médicamente asistidas y se ha prestado el consentimiento informado tal como lo expresa de manera precisa el artículo 577.

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

En relación al conocimiento de sus datos genéticos y una vez nacida la persona que fue concebida por estas técnicas no tiene derecho a conocer la identidad del donante. Este punto nos parece fundamental ya que constituye el daño al derecho a la identidad del niño.

El derecho a la información en el uso de estas técnicas heterólogas se encuentra regulado en el artículo 563 y 564 de los cuales se desprenden al menos 4 elementos en relación al mismo:

- El saber que se ha nacido por medio de estas técnicas. Se advierte que el C.C.C. no dice nada sobre la obligación de los padres de informar al niño que ha sido concebido por estas técnicas a diferencia de lo que ocurre en la adopción.
- La obligación del Estado de resguardar la información sobre el o los donantes.
- El obtener información que no identifique al donante.
- El obtener información identificatoria del donante en forma limitada y a criterio de un tercero.

> ARTICULO 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 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.

De esta forma el poder conocer la identidad del donante es posible sólo en relación a datos médicos, en forma parcial y únicamente a través del centro de salud con la finalidad que sea relevante tal información para la salud del hijo. La otra posibilidad queda sujeta a la autoridad judicial, es decir a un tercero. Para poder cumplir con ambas posibles excepciones, el artículo 563 dispone:

> ARTICULO 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.

En síntesis, el C.C.C. de esta forma completa el cuadro jurídico de regulación de las técnicas de procreación médicamente asistidas en sus aspectos filiatorios.

3.7.3 VOLUNTAD PROCREACIONAL ¿ES SUFICIENTE?

La filiación debería adecuarse a su fundamento natural: la procreación. Esto significa simplemente decir que "mis padres son aquellos que me procrearon" siendo la procreación, el presupuesto biológico fundamental en la relación paterno filial. Sin embargo, en la época actual, asistimos a lo que Eleonora Lamm[137] denomina *"revolución reproductiva"*[138].

[137] Eleonora Lamm es abogada, Doctora en Derecho con líneas de investigación en bioética por la Universidad de Barcelona. Máster en bioética por la Universidad de Barcelona. Es miembro del Observatorio de Bioética y Derecho y becaria del Conicet.

[138] Lamm, E.; La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida. En: Revista de Bioética y Derecho; Buenos Aires, N° 24, pp. 76-91.

Esto es así debido a que fundamentalmente todas estas técnicas separan radicalmente el acto de la reproducción humana con la sexualidad es decir es posible la reproducción y perpetuación de la especie sin el aporte en todos los planos de la sexualidad. Esta situación trajo inmerso un abanico de posibilidades que desbordó las estructuras jurídicas clásicas y existentes hasta el año 2015. Acerca de ello Francoise Héritier, antropóloga francesa, dice:

> […] la procreación fuera de la sexualidad está cambiando radicalmente nuestro concepto de linaje de siglos. Los niños ya no son necesariamente concebidos o nacidos del vientre de su madre y puede haber más de dos padres. Esto compromete la ecuación entre dar vida y dar linaje. Debe aceptarse que la verdad biológica, e incluso la verdad genética, no es ni ha sido el único, ni siquiera el principal criterio en el que se basa el linaje[139].

Es por ello que esta forma de reproducción asexuada (en el sentido de no mediar la sexualidad) ha posibilitado varias cosas:

- Ampliar los tipos de familias.
- Permiten ser padres a quienes no podían hacerlo.
- Habilitan la maternidad de mujeres estériles.
- La paternidad de hombres estériles.
- La maternidad sin paternidad.
- La paternidad sin maternidad.
- La paternidad y/o maternidad de ambos miembros de una pareja homosexual.
- La maternidad de mujeres a edad avanzada.
- Planificación de la reproducción evitando la transmisión de enfermedades congénitas.
- Decidir el momento en el que se quiere tener hijos.
- Decidir el sexo de los hijos.
- Utilizar gametas anónimas.

[139] Héritier, F.; "*Masculin/Femenin. La penseé de la difference"*, Odile Jacob, París, 1966. Citado en: El Derecho a la paternidad y a la maternidad en la era del imperativo tecnológico, Cutuli Mahecha María; Universidad de Belgrano, Departamento de Investigaciones, Año 2010.

- Utilizar úteros subrogados. Maternidad subrogada.
- Utilizar gametas y úteros de terceras personas.
- Utilizar la voluntad para decidir quién o quiénes son los padres.

Para el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en los casos de técnicas de reproducción humana asistida heteróloga son progenitores los que presentan la voluntad procreacional, es decir, el mero acto volitivo de ser padres, no ya quien o quienes hayan aportado el material biológico.

En la misma idea y como lo expresó Kemelmajer de Carlucci[140]:

> […] Hace prevalecer la voluntad de quien realizó un acto generalmente consciente […] sobre el derecho de alguien que nada pudo hacer para evitar el conflicto, pues no estaba en su decisión nacer o no nacer.

Cierta opinión jurídica contraria a la ley natural muestra la base filosófica de la expresión "voluntad procreacional":

> Para poder entender las diferentes maternidades hoy hay que sacarse de la cabeza la idea de "naturaleza" como algo predeterminado y general. Nosotros venimos de un derecho de familia en singular que toda la cuestión filial estaba regida por la idea de "lo natural", natural que una mujer quiera ser madre, natural que una mujer quiera y cuide a su hijo. Y en estos vínculos como en todos, no hay nada "natural" sino que hay "construcciones sociales". No hay nada "natural" en la mujer […][141].

Como lo expresa María Victoria Famá el concepto no es nuevo ya que hace muchas décadas Enrique Díaz de Guijarro distinguía este concepto dentro del acto procreacional y lo definía como el deseo o intención de crear una vida nueva[142]. Se establece que es progenitor quien exterioriza su voluntad de procrear de manera escrita en un

[140] Kemelmajer de Carlucci, A.; El Derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003 en el caso "Odiévre v. France". En: RDF Buenos Aires, Abeledo Perrot, N° 26, Año 2004, p. 89.
[141] Herrera, M.; Algunas Consideraciones acerca de la reforma del Código Civil, Óp. Cit., p. 7.
[142] Citado en: Famá, M.V.; El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. En: Lecciones y Ensayos, Buenos Aires, N° 90, Año 2012, pp. 171-195.

consentimiento libre, formal e informado y es eso lo que vale para generar el vínculo filial entre el niño y el matrimonio.

Es indudable que este concepto de "voluntad procreacional" nace justamente con la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción médicamente asistidas, constituyéndose el ejercicio de la voluntad para obtener la pasión del hijo propio.

En este sentido se ha dicho que:

> […] la llamada voluntad procreacional no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene, sin dudas, el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente en el campo de la reproducción humana asistida, se ha afirmado, es la típica fuente de creación del vínculo[143].

Existen varios fallos judiciales en este mismo camino que ignoran la filiación biológica:

> La filiación es nada menos que la denominada "voluntad procreacional" […] esto importa la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio empero acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior.
> […] La existencia de uniones afectivas donde la reproducción natural no resulta posible, obliga admitir la construcción de un parentesco que no se funde en bases biológicas, sino en la construcción de vínculos basados en la socioafectividad y cuya construcción dependen de la existencia de una voluntad procreacional, a la que sin duda debe dar una respuesta el ordenamiento jurídico[144].

De esta misma manera y como lo expresa Leonardo Pucheta, *"el fallo ha ignorado profundas objeciones ético-jurídicas que afectan a las técnicas de procreación artificial*

[143] Fallo del Juzgado Nacional en lo Civil N° 86 en los autos "NN o D.G.M.B. s/inscripción de nacimiento" citado en: Junyent Bas, B.M.; Fecundación asistida e identidad personal, 1° Edición, Buenos Aires: Astrea, 2016, p. 96.

[144] Citado en: Pucheta, L.; "Legitimación judicial a un alquiler de vientre", Boletín del Centro de Bioética, Persona y Familia; 1 de julio de 2013.

en general. Ahora bien, la admisión de la voluntad procreacional conduce a una discriminación entre progenitores "naturales" y "artificiales" en la medida que en los primeros no se contempla el elemento volitivo para determinar la filiación"[145]. Se aumenta la importancia de la *voluntad* con disminución del valor de la *realidad biológica*.

Así lo asevera y a manera de ejemplo transcribimos un fragmento ilustrativo una sentencia del Tribunal de Familia N° 7 de Rosario cuando establece que:

> […] no se puede desoír la voluntad procreacional del matrimonio quienes han prestado el consentimiento de someterse a la técnica de reproducción humana asistida y solicitan esta autorización para realizar la técnica de gestación por otra mujer, ni resulta ser madre quien ha prestado su consentimiento en someterse a la práctica en forma altruista para que cuando se produzca el parto entregar al bebe a los padres. Madre es querer ser madre y si ese deseo o querer no existe, resulta injusto imponer a la persona gestante la maternidad, la que en los hechos no se hará efectiva[146].

Sin embargo y como lo dispone la Convención de los Derechos del Niño, el proceso de la filiación se encuentra integrado por elementos genéticos, epigenéticos, afectivos, culturales, de cuidado, voluntarios, etc. y en realidad el problema radica en saber cuál de esos factores de la realidad hacen que esos hijos sean hijos en el mundo del derecho. La Convención de los Derechos del Niño, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se inclina por el modelo biológico-genético mientras que en el Derecho Internacional es difícil encontrar un sistema que habilite la "voluntad" como elemento suficiente para determinar la filiación[147].

Además, como lo expresa Úrsula Basset, el objetivo final es la protección del interés del niño y de que su identidad no "se desintegre en múltiples fragmentos", "que su cuerpo coincida con su crianza y su identidad social"[148]. Consideramos que jurídicamente la

[145] Ídem.
[146] Derecho de familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, N° 50, Ed. Abeledo Perrot, 2011, p. 111.
[147] Basset, U., Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos?, Buenos Aires, La Ley N° 6, Año 2016.
[148] Ídem.

voluntad procreacional constituye un contrato entre los adultos donde el hijo es el gran ausente.

La filiación mediante la voluntad procreacional a diferencia de la filiación por naturaleza no crea una identidad del niño en consonancia con la realidad biológica que le dio origen.

Para una mayor claridad hemos esquematizado en el cuadro siguiente las diferencias entre la filiación por naturaleza y la filiación por las técnicas de reproducción médicamente asistidas con material heterólogo.

DIFERENCIAS ENTRE FILIACIÓN POR NATURALEZA Y POR VOLUNTAD PROCREACIONAL[149]	
POR NATURALEZA	***POR VOLUNTAD PROCREACIONAL***
Existe el acto sexual	No media el acto sexual
El elemento biológico es aportado por la misma persona que aporta el elemento volitivo	El elemento biológico no es aportado por la misma persona que aporta el elemento volitivo
La impugnación jurídica se funda en la falta del vínculo biológico	La impugnación jurídica se funda en la falta del elemento volitivo. Debe existir el consentimiento prestado. Si se consintió no puede impugnar.
Permiten adquirir una identidad no sólo nominal sino moral.	No permite adquirir una identidad moral total sino parcial y nominal

[149] Si se desea ampliar el tema comparativo entre la filiación entre el niño adoptado y el niño por técnicas de fertilización asistida puede consultarse el interesante trabajo del Dr. Nicolás Lafferriere de dónde ha sido adaptado el cuadro: "Código Civil: la vulneración del derecho a la identidad". Boletín del Centro de Bioética, 18 de noviembre de 2013.

En este orden de ideas, en los niños nacidos de técnicas de reproducción médicamente asistida no se generan vínculo jurídico alguno con el donante, pero sí el correspondiente a la voluntad procreacional.

En esta nueva forma de "crear vida", el acto de la voluntad es soberano ya que todos los demás elementos de la procreación pueden ser cambiados o sustituidos. Lo único inalterable y que no puede ser suplido, es la voluntad.

Resumiendo, el niño nace por el imperativo de alguien que estableció que nazca siendo la voluntad la causa eficiente para dicho acto, es la más relevante y sin ella ese hijo no hubiese existido. Desde la óptica jurídica existe una restricción al derecho a la identidad del hijo ya que la voluntad procreacional determina la imposibilidad de desplazar la filiación al tercero que ha aportado las gametas, por ello "ser la madre" o "ser el padre" en esta concepción, se atribuye únicamente a un constructo derivado de la voluntad.

3.8 CRÍTICA A LA VOLUNTAD PROCREACIONAL DESDE LA BIOÉTICA PERSONALISTA ONTOLÓGICA

Desde la bioética personalista ontológica consideramos que esta postura sólo valora la "pasión" de ser madre o padre como algo subjetivista y deja de lado valores axiológicos más profundos conduciendo a la cosificación del niño. La idea de voluntad procreacional en su raíz profunda del problema bioético no es sencillo para aquellas bioéticas que hunden sus nociones metafísicas en la persona humana.

Su fundamento se encuentra en la base de sustentación moral y bioética constructivista y utilitarista que desconoce lo dado por la naturaleza y que da génesis y engloba a estas cuestiones y que han quedado plasmadas en las leyes positivas.

¿Hasta dónde se extiende la pasión y hasta dónde la "voluntad procreacional"? ¿O la primera engloba a la segunda?

Si bien todo parece encaminarse hacia la protección de la voluntad procreacional y el derecho al hijo propio, aun así, afirmamos que los niños nacidos en esas circunstancias deben tener el derecho a conocer su origen biológico por el daño que se les puede producir en el derecho a su identidad. A manera de ejemplo pensamos en la posibilidad de un matrimonio constituido por dos hombres que tienen la voluntad procreacional y planifican una familia, ellos deben recurrir a un banco de óvulos con el anonimato de la dadora para cumplir su "voluntad" y a una gestante subrogada. En el caso descripto el hijo no tendrá

madre sino dos padres, es decir una copaternidad. La misma situación se presenta de igual forma en dos mujeres constituidas en matrimonio que deben recurrir a la búsqueda de esperma para poder llevar a cabo su "voluntad procreacional" teniendo en este caso dos madres, una comaternidad.

El problema radica fundamentalmente en las consecuencias para el hijo nacido por la "voluntad procreacional" en estas circunstancias ya que, el mismo no puede conocer su identidad biológica.

Podemos mencionar algunos argumentos en favor de prevalecer el interés superior del niño en relación a la identidad del mismo:

> […] la noción *interés superior del niño* no es una noción abstracta apoyada en afirmaciones dogmáticas, sino que es necesario que respete y reconozca la historia vital del niño respecto del cual se decide, su identidad, que analice las situaciones en las cuales han estado inmersos los afectos que las mismas han producido en ellos y cuáles son los referentes adultos aptos para su adecuado resguardo y contención. En definitiva, el interés superior del niño debe representar su reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no pueden ejercerlos por sí mismos, siendo una directriz, una pauta a la hora de decidir ante un conflicto de intereses y un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño[150].

Con el mismo motivo el interés superior del niño se encuentra definido en nuestro país en el artículo 3 de la ley 26.061 de Protección integral de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando establece que:

> A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

De esta forma hace referencia Úrsula Basset cuando dice que:

[150] Lloveras-Oviedo, El interés superior del niño, niña y adolescente; La Ley 2011-B-390.

> El elegir de tenor de fondo de la voluntad de adultos cambia el eje de la filiación. El punto de partida ya no es el verdadero quicio del régimen filiatorio, que es la configuración ab initio de todas las reglas de acuerdo al interés superior del niño, sino que ab nitio se analiza el derecho de los padres a engendrar y después que lo engendraron (y así situaron al niño en una situación determinada en relación a sus derechos y a su identidad) recién entonces, frente al hecho consumado se consideran (a posteriori) los derechos del niño.
>
> Es así como, el derecho opta por una perspectiva, por mirar la realidad no desde los "ojos del niño" sino desde los derechos subjetivos del adulto[151].

Es de esta manera que el conflicto se traslada a la antípoda existente entre la voluntad procreacional de los progenitores y el derecho a conocer sus orígenes de los nacidos por estas técnicas con material heterólogo.

Resulta evidente que existen en el Derecho de Familia numerosas y nuevas situaciones creadas por estas tecnologías reproductivas y que no sólo generan modificaciones en ese aspecto, sino que también necesitan de la mirada en el campo de la bioética. Por ello que la visión jurídica o el conocimiento de la medicina reproductiva por sí solas no basta, siendo necesario una óptica que analice la problemática y las nuevas circunstancias planteadas en forma interdisciplinar y fundamentalmente a la luz de los principios y valores morales.

Creemos que en este contexto se ha utilizado el concepto de "voluntad procreacional" como un elemento totalmente suficiente y válido para desdibujar o al menos para dejar entre la nebulosa la identidad del niño nacido por utilización de estas técnicas.

3.9 ¿IDENTIDAD O ANONIMATO DEL DONANTE EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA? POSTURA EN EL CÓDIGO CIVIL

"Conocerán la verdad y la verdad los hará libres"

[151] Basset, U., Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto…Óp. Cit., p. 15.

Existe un enfrentamiento entre el derecho a la identidad del donante reclamado por algunas personas nacidas gracias a la donación anónima y el derecho a resguardar la intimidad del donante asegurado por la ley. No obstante, ello desde hace aproximadamente dos años existe el llamado "Programa de identidad abierta" por medio del cual, y bajo ciertos aspectos existe como alternativa a la donación anónima de gametos, brindándole información a la persona nacida sobre algunos datos del donante.

Es así que se estipula que los donantes de identidad abierta pertenecen a un programa específico, en el cual permanecen anónimos para las receptoras, pero aceptan que las personas nacidas mediante el uso de sus donaciones puedan en un futuro tener acceso a información de su identidad. El acuerdo que se desarrolla en el marco de este programa, entre los donantes y el/los receptores, establece que la persona nacida al cumplir la mayoría de edad legal podrá acceder, si así lo quisiera y hasta los 25 años, al portfolio de su donante. Portfolio que contiene, a la par de la historia clínica, los datos identificatorios del donante como ser: información sociodemográfica, información física, ensayo motivacional (es decir, sus "porqué" se unió al programa) y descripción e informe sobre su temperamento y personalidad.

Esta situación presenta algunos puntos legales oscuros, por cierto, cuyo denominador común radica en que el derecho a la información es un derecho personalísimo, de titularidad de la persona nacida mediante la práctica, cuyo ejercicio no puede ser objeto de un contrato celebrado por terceros ni sujetarse a una franja etaria arbitraria.

Creemos, como lo dice Bescós que, si en este programa los donantes admiten brindar su identidad a la persona nacida con su material genético, esta información debería estar al alcance del pedido e interés del hijo según su edad y grado de madurez siendo el principio de autonomía progresiva uno de los pilares que sostiene el Código Civil y Comercial de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño.

¿Que debería hacer la persona que decide ejercer su derecho a la información en un momento de su vida distinto como por ejemplo antes de cumplir los 18 años?[152]

[152] Bescós Vera, I.; Falta un golpe de horno: sombras y tensiones del Programa de Identidad Abierta; Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro. 22 – 08.11.2016

3.9.1 POSTURAS A FAVOR DEL ANONIMATO DEL DONANTE

En todas las clínicas en las que funcionan bancos de semen y de óvulos se garantiza tanto a los donantes como a los receptores el anonimato. Incluso en el pasado la mayoría de estos centros alentaban a los futuros padres a olvidarse del tratamiento una vez logrado el embarazo.

El Comité Consultivo Nacional de Ética de Francia sostiene que anonimato y secreto no cubren el mismo terreno ya que la revelación del secreto puede hacer surgir la cuestión del anonimato, pero si se mantiene el secreto la cuestión del anonimato no pude ni siquiera plantearse. De esta manera el secreto se extiende a la identidad de la persona que donó las gametas, mientras que el anonimato consiste en la reserva respecto de la identidad del donante, siendo la ausencia de toda circulación entre donantes y receptores de cualquier información relativa a sus identidades. Con más fuerza el anonimato se extiende a la imposibilidad de que estos datos sean conocidos por terceras personas ajenas a las instituciones sanitarias o de conservación de gametos, lo que incluye a los nacidos como resultado de la donación[153]. Marisa Herrera reafirmando esta postura dice:

> Por otra parte, cabe destacar una diferencia sustancial entre el derecho a conocer los orígenes en la adopción y en las técnicas de reproducción asistidas con material de un tercero para contestar cualquier crítica que se apoye en la supuesta violación al principio de igualdad y no discriminación. En este último caso, se está hablando de conocer la realidad genética de quien aportó material, persona totalmente ajena al proyecto de maternidad/paternidad; en cambio en la adopción, nos encontramos con un derecho a conocer los orígenes mucho más amplios, que involucran un "bios", la biografía de un niño, su historia, lo que sucedió con su familia de origen, si vivió durante un tiempo en un hogar, con quién, cuánto y cómo transitó ese tiempo, todo esto involucra la identidad de este niño, tanto en su faz estática como dinámica[154].

[153] Comité Consultor National d Ethique de Francia, Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación [en línea]. Disponible en: < http://www.ccne-ethique.fr/docs/en/avis090.pdf >. [Consultado el 24 de enero de 2017].

[154] Herrera, M.; Lamm, E.; De identidad a identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga, Buenos Aires, La Ley, 2014-D, 594.

No acordamos con esta autora que valora el conocer los orígenes biológicos en los niños adoptados, pero se olvida o descarta eso mismo en los hijos provenientes de la fertilización asistida. Nos preguntamos en esta conceptualización: ¿por qué un niño puede conocer su dato biológico y el otro no?

En el niño adoptado existe la "historia previa" de sus progenitores, en el niño que proviene de las técnicas de reproducción asistida existe el anonimato.

En nuestra opinión, estas expresiones no sólo cosifican al nacido, sino que marcan una segregación y diferencia entre los hijos nacidos en un modo y en el otro.

3.9.2 POSTURAS A FAVOR A CONOCER LA IDENTIDAD DEL DONANTE

Cuando nos referimos a conocer al donante lo decimos en forma absoluta, es decir a que en cualquier momento el hijo tenga el derecho a conocer totalmente tanto la identidad como las características del mismo. Dentro de esta postura se alzan las voces como la de Isabel Rolando que en este sentido expresa[155]:

> ¿Qué razón más debidamente fundada puede existir que la necesidad de conocer todos los aspectos que construyen la identidad de una persona?
> Nuestra organización viene luchando desde hace mucho tiempo para que se garantice el derecho a la identidad de los nacidos. Y también para que el Estado tome cartas en el asunto. […] Y lo que es más grave: tenemos casos de chicos nacidos mediante estas técnicas en clínicas que han cerrado. Y nadie sabe qué pasó con sus datos.

Florencia Luna[156] en este sentido afirma que la cuestión del anonimato cercena la posibilidad de conocer los orígenes y que hay estudios que demuestran que la necesidad de conocer existe. En nuestra opinión sostenemos que un esquema sin anonimato piensa más en el niño mientras que un esquema anónimo piensa más en el médico y la pareja.

La gran cantidad de elementos jurídicos que postulan el derecho a conocer la identidad del donante y que mencionaremos a continuación en realidad revela la existencia

[155] Presidenta de la Asociación Civil Concebir (Grupo de apoyo a personas con trastornos de la reproducción).

[156] Florencia Luna es filósofa, especialista en bioética. Investigadora del Conicet y docente de la Universidad de Buenos Aires y de Flacso.

de un problema latente sobre la identidad de los donantes que evidentemente aún no se encuentra definitivamente resuelto. Comenzó en Suecia y se extendió a países como España por medio de la Ley Española 14/2006; la Ley Griega 3089/2003; el Código Civil Francés introducido por Ley 94-653; la Ley Austríaca 275/1992 que establece taxativamente que "*los donantes de semen no tienen derecho al anonimato"*; en Suiza se admite la revelación de la identidad del donante por medio de la Ley federal 810.11; en el caso de Holanda se suprimió el anonimato para los donantes por medio de la Ley del 25/4/2002; en Noruega en el mismo sentido por medio de la Ley 100 del 5/12/2003 dice que: *"Cualquier persona que haya nacido como resultado de la reproducción asistida utilizando esperma donado tiene el derecho a la información sobre la identidad del donante del esperma, a la edad de 18 años".* En Gran Bretaña el anonimato fue suprimido por la "Human fertilisation and Embryology Autority Regulation" 2004 por la Ley 1511 del 1/7/2004 y por último en Finlandia se suprimió el anonimato de los donantes de gametas por la Ley 1237/2006.

El derecho a conocer los orígenes como un derecho humano ha sido considerado en varias legislaciones comparadas y a forma de ejemplo la Constitución Federal de la Confederación Suiza establece que toda persona tiene acceso a los datos concernientes a su ascendencia.

> Art. 119 Reproducción asistida por la medicina e ingeniería genética en los seres humanos 1 El ser humano debe estar protegido contra los abusos de la medicina en el campo de la reproducción asistida y de la ingeniería genética. 2 La Confederación elaborará la normativa sobre la utilización del patrimonio genético y embrionario humano; de esta manera velará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y se guiará especialmente según los siguientes principios: a. se prohíbe toda forma de clonación y toda intervención dentro del patrimonio genético de las células reproductoras y los embriones; b. no se podrá introducir o mezclar elementos genéticos o embrionarios no humanos en el patrimonio genético humano; c. el recurso a métodos de reproducción asistida por la medicina no estará autorizado más que en los casos de esterilidad y de peligro de transmisión de enfermedad grave no curable por otro

> medio, y nunca para desarrollar ciertas cualidades en el niño o en casos dedicados a la investigación científica; la fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer sólo estará autorizado en los casos previstos por la ley; no se podrán desarrollar fuera del cuerpo de la mujer hasta el estadio de embrión un número de óvulos humanos superior a los que puedan ser implantados inmediatamente. d. se prohíbe la donación de embriones, así como las todas las formas de maternidad de sustitución; e. el comercio con material germinal humano o con productos resultantes de embriones está prohibido; f. el patrimonio genético de una persona no puede ser analizado, registrado o publicado si no es con el consentimiento del sujeto o sobre la base de una prescripción legal; g. toda persona tiene acceso a los datos concernientes a su ascendencia.

En el mismo sentido la Constitución de Venezuela en su artículo 56 se establece que:

> Artículo 56. Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad. Toda persona tiene derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación

De un mismo modo la Constitución de Colombia en su artículo 16 dice:

> **Artículo 16.** Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

Así también la Constitución de Etiopía en su artículo 36 deja sentado:

> Article 36 Rights of Children 1. Every child has the right: a. To life; b. To a name and nationality; c. To know and be cared for by his or her parents or legal guardians; d. Not to be subject to exploitative practices, neither to be required nor permitted to perform work which may be hazardous or harmful to his or her education, health or well-being; e. To be free of corporal punishment or cruel and inhumane treatment in schools and other institutions responble for the care of children. 2. In all actions concerning children undertaken by public and private welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the primary consideration shall be the best interest of the child. 3. Juvenile offenders admitted to corrective or rehabilitative institutions, and juveniles who become wards of the State or who are placed in public or private orphanages, shall be kept separately from adults. 4. Children born out of wedlock shall have the same rights as children born of wedlock. 5. The State shall accord special protection to orphans and shall encourage the establishment of institutions which ensure and promote their adoption and advance their welfare, and education[157].

Una de las preocupaciones en nuestro país fue la de relacionar la existencia anónima de información médica del donante que en el futuro sea importante para la salud de la persona concebida por gametas anónimas con un mecanismo claro y de fácil acceso para que el concebido pueda tener a su disposición dicha información y que la misma pueda ser fácilmente proporcionada.

[157]La traducción nos corresponde: Artículo 36 Derechos de los niños: Todo niño tiene derecho a: a la vida; nombre y nacionalidad; conocer y ser cuidado por sus padres o tutores legales; no estar sujeto a prácticas explotadoras, ni ser requerido ni permitido realizar trabajos que puedan ser peligrosos o dañinos para su educación, salud o bienestar; estar libre de castigos corporales o tratos crueles e inhumanos en las escuelas y otras instituciones responsables por el cuidado de los niños. 2. En todas las acciones relativas a los niños emprendidas por instituciones de bienestar público y privadas, tribunales de justicia, autoridades administrativas o órganos legislativos, la consideración primaria será el interés superior del niño. 3. Los delincuentes juveniles admitidos en instituciones correctivas o rehabilitadoras, y los menores que se conviertan en pupilos del Estado o que se encuentren en orfanatos públicos o privados, se mantendrán separados de los adultos. 4. Los hijos nacidos fuera del matrimonio tendrán los mismos derechos que los hijos nacidos del matrimonio. 5. El Estado otorgará protección especial a los huérfanos y fomentará el establecimiento de instituciones que garanticen y promuevan su adopción y avance, su bienestar y educación.

3.9.3 POSTURAS INTERMEDIAS O RESTRICTIVAS A CONOCER LA IDENTIDAD DEL DONANTE

Esta postura es la sostenida por nuestro país a través del C.C.C. y en este punto el texto del artículo 564 del Código Civil establece que:

> 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;
> 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[158].

Es así como el Código promueve y protege toda la información para que la persona pueda saber que ha nacido por medio de las técnicas de reproducción asistida con material biológico de una tercera persona ajena a su entorno. Sin embargo, la identificación del donante es restricta a un "anonimato relativo", ya que se debe dar intervención judicial esgrimiéndose razones valederas especialmente de salud. Es por ello que una de las cuestiones que preocupa particularmente para acceder a la identidad del donante se relaciona con la información médica de este para el futuro de la salud y el cuidado de la persona concebida.

Los únicos argumentos que se sostienen a favor de esta restricción se circunscriben a *"un interés general", "que haya donaciones", "que nazcan niños por estas técnicas con material de un tercero y por ende que varias personas o parejas puedan ser padres/madres"*[159].

Según los especialistas del derecho, se adopta una postura intermedia entre los restrictivos y los liberadores. Su antecedente es la Ley Portuguesa 32/2006 sobre "La procreación médicamente asistida" especialmente el artículo 15.

De acuerdo a ello nuestra legislación tiene como regla general el anonimato del donante y excepcionalmente poder conocerlo por "razones debidamente fundadas" y

[158] Código Civil y Comercial de la Nación; Buenos Aires: Erreius,1° Edición, 2015, p. 229.
[159] Herrera, M.; Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar, Suplemento especial nuevo Código Civil y Comercial, Buenos Aires, N° 39, noviembre de 2014.

poniendo como filtro que serán evaluadas por la autoridad judicial. En este sentido se continúa el camino de la ley 25.326 sobre la protección de datos personales asentados en bancos o archivos tanto estatales como privados y que se encuentra mencionada en el decreto reglamentario de la ley 26.862 que regula los procedimientos de reproducción médicamente asistidas, específicamente en su artículo 7.

Nuestro pensamiento es que, en este sentido ponderando los derechos en juego como explicáramos ut supra, se debe priorizar siempre la dignidad de aquel que no pudo decidir a la de quien o quienes han prestado deliberadamente y en forma voluntaria su consentimiento (han podido decidir) para la donación de las gametas para el acto procreacional.

3.10 CRÍTICA DESDE LA BIOÉTICA PERSONALISTA ONTOLÓGICA

Consideramos que los planteos analizados anteriormente son específicamente de la pasión de quien decide utilizar este tipo de fertilización dejando de lado el interés superior del niño.

Nos preguntamos: ¿qué pasaría si la donación dejase de ser anónima? Si existiese la posibilidad de conocer a los donantes ¿alteraría el vínculo afectivo entablado entre esa persona y sus padres? No podemos conocer una respuesta certera. En nuestra posición bioética estamos en condiciones de decir que se desconoce que el origen es único e irrepetible para cada persona y es el puente de partida donde cada uno se lanza a la construcción de su identidad biográfica que le permitirá luego saber quién es y de dónde proviene fundando su propio ser.

Estamos en condiciones de afirmar que en vista a la formación de la identidad del niño proveniente de técnicas médicamente asistidas con gametas de terceras personas se encuentra justificado ampliamente el sacrificar el anonimato de quien ha donado su material biológico.

Si en el concepto de “adopción” el niño con edad y grado de madurez suficiente tiene el derecho a conocer los datos de su origen y puede acceder cuando lo requiera al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción, no advertimos el motivo o el razonamiento para cercenar esa posibilidad cuando se usan las técnicas de reproducción médicamente asistidas con el uso de gametas heterólogas sujetándolo a la decisión exclusiva del juez.

En realidad, lo esbozado en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación Argentina ofrece una raíz alejada del respeto por la dignidad ontológica de la persona ya que ofrece una limitación importante al derecho de obtener su dato biológico. Pero por sobre todas las cosas, al permitir la fecundación con gametos de terceros, se admite una vulneración del derecho a la identidad siendo este el problema de fondo ya que una vez que ocurre el hecho consumado de la concepción del hijo irrumpe inmediatamente el otro problema: el de la vinculación con el donante y el derecho del concebido a conocer sus orígenes.

Tanto la dación de gametas como su recepción integran el ámbito de la intimidad y debería preservarse toda intrusión que quiebre el derecho del secreto. Sin embargo, frente a este anonimato surge el derecho del hijo concebido con el uso de estas técnicas a conocer su realidad biológica, ello sin perjuicio que en nuestra opinión la solución de fondo es no admitir las técnicas heterólogas pues ellas generan un quiebre en los elementos de la identidad del niño.

3.11 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Recorrimos un largo camino desde el inicio de este capítulo, pero lo creemos de suma importancia para nuestro tema ya que en él se describen las condiciones que favorecen la expansión de la pasión por un hijo en nuestra sociedad actual.

Observamos cómo desde el andamiaje jurídico y por medio de la estructuración legal a partir de la sanción de la ley 26.618 que modifica nuestro Código Civil y Comercial, aquello que en otras épocas era impensable, en la actualidad es una realidad marcada por la ley positiva. La constitución de dos hombres o dos mujeres bajo la denominación de matrimonio fue autorizada por la ley. Las posturas a favor o en contra son y serán siempre discordantes ya que se alteró el esquema que respondía a la ley natural y a uno de sus objetivos que es la transmisión natural de la vida.

Los hijos también fueron estructurados de manera diferente por la ley en el seno familiar, en este caso por la ley 26.862 que brinda una cobertura extensa al acceso a las técnicas de procreación médicamente asistidas por lo cual las parejas heterosexuales y las parejas integradas por personas del mismo sexo acceden a ellas con posibilidad de gametas de terceros.

Dejando de lado la gran cantidad de conflictos bioéticos que todas estas situaciones producen y abocándonos específicamente al daño que se produce en la identidad del niño no podemos dejar de recordar aquello que citamos en el cuerpo de este capítulo y que proviene de la Academia del Plata: *"Tenemos la responsabilidad moral, médica, jurídica y política de recordar que buena parte de la manipulación que se hace del embrión humano no ocurriría si se lo considerara "sujeto" en lugar de "objeto"*. Es así como en el mundo de la manipulación biotecnológica regulada por la ley con el uso de gametas heterólogas, los adultos hundidos en la pasión le roban un fragmento fundamental de la biografía del niño como es el derecho a su identidad.

El hijo que quiero es mí felicidad y no me interesa que él desconozca parte de su origen, por eso nos preguntamos ¿efectivamente es un acto de amor humano la reproducción médicamente asistida con gametas anónimas?

En el mismo sentido desarrollamos la problemática surgida a partir de la sanción del nuevo C.C.C. en el aspecto de la filiación y de la incorporación de la figura legal de la voluntad procreacional. Pudimos ver que existen muchas formas de definir y establecer la filiación, pero en forma general establecimos que es la procedencia de los hijos respecto de los padres y etimológicamente es el "hilo" conductor de hijos a sus padres. Jurídicamente es un vínculo legal que se establece entre dos personas calificadas por la ley como madre y padre. Así pudimos recorrer dicho significado en varios autores y comentamos que desde el derecho Romano siembre fue la natural o biológica por eso "mater sempre cesta est".

Es por ello que con la modificación del C.C.C. e implementación de los procedimientos de reproducción médicamente asistida con gametas heterólogas y la incorporación de matrimonio constituido por personal de igual sexo pasan a existir tres formas de filiación:

1- Por naturaleza o biológica, donde son padres quienes aportaron las gametas sexuales.
2- Por adopción, en el sentido de brindarle al niño una familia para su desarrollo, pero este puede conocer a sus progenitores biológicos.
3- Por voluntad procreacional, en la cual queda establecido que son padres quienes han brindado su voluntad para serlo y no quienes aportaron las gametas. El hijo no tiene posibilidades de conocer al o los donantes de gametas salvo en casos muy especiales y bajo autorización de un juez.

Como pudimos ver el conflicto bioético mayor radica en negarle, en esta última modalidad, el poder conocer el dato biológico al niño no respetando así el interés superior del mismo en cuanto a su derecho a conocer y estructurar a partir de la verdad biológica su identidad con el consecuente daño a la misma.

El tema de la identidad siempre se vuelve fundamental cuando se comienza a pensar en el niño como persona y no como objeto de la pasión es por ello que se desarrolló puntualmente el derecho a la identidad, específicamente en los hijos provenientes de la biotecnología reproductiva con material heterólogo y para ello nos pareció necesario confrontar los argumentos en relación al derecho a conocer la identidad del donante por parte del hijo versus el derecho del donante a resguardar su identidad. A partir de allí vimos que nuestro articulado legal adoptó una postura restrictiva o de anonimato relativo debido a que el niño sólo puede conocer al donante si media una situación especial de salud y el juez lo autoriza.

Finalizamos con el análisis desde la bioética personalista ontológica donde pudimos evidenciar que se deja en un plano secundario el interés superior del niño a conocer su origen biológico por lo cual resulta inadecuado el anonimato del donante.

CAPÍTULO 4

"CONSECUENCIAS"

DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO

SU AFECTACIÓN

4.1 INTRODUCCIÓN

Habiendo explorado a partir de la pasión por un hijo, de las leyes que autorizan a constituir un matrimonio con personas de igual sexo, tener un hijo con técnicas de reproducción asistida con gametas anónimas y estableciendo jurídicamente que es padre/madre de acuerdo a quién expresó la voluntad procreacional como reafirmación de esa pasión, nos introducimos en el daño producido en el derecho a su identidad que puede sufrir el niño cuando se le niega el conocimiento de quienes fueron los donantes de las gametas, es decir su dato biológico.

En este capítulo nos hemos de abocar a los derechos personalísimos y específicamente al derecho a la identidad personal como algo inherente del ser. También hacemos las consideraciones jurídicas en vista a la importancia de la identidad de la persona y las formas en que se puede producir el daño. En el mismo camino abordamos la cuestión del derecho a la identidad de los niños que provienen de las técnicas de reproducción médicamente asistidas con material heterólogo en nuestro C.C.C. y por último, efectuaremos las consideraciones desde la bioética personalista ontológica.

Los derechos personalísimos y dentro de la concepción del ser y como eje de la bioética, se constituyen como un tema prioritario, siendo uno de los derechos personalísimos más jerárquico el derecho a la identidad personal.

Al respecto Fernández Sessasego[160] ha dicho que *"...la atención de la ciencia jurídica en torno a la identidad personal es un tema que aparece en la última década"* y por ello su discusión es totalmente novedosa. Este derecho personalísimo hace a la esencia metafísica del ser, no pudiendo dejar de gozar de él.

Dentro de este derecho a la identidad personal existen elementos que pueden ser objeto de probables daños ya que la persona nace con una identidad personal que desde ese momento crucial es parte de su biografía y de su verdad pasando a construir la totalidad de su identidad a lo largo de toda su vida y conservándola hasta el momento de su muerte.

Existe un cúmulo de elementos jurídicos que permite que las personas puedan contraer matrimonio independientemente de la orientación sexual también que por medio de la reproducción asistida se planteen la posibilidad cierta de ser progenitores y hagan efectivo su derecho a tener un hijo propio. Consideramos en este sentido que este niño quizá jamás conozca su verdad biológica y ese desconocimiento su verdad personal implicaría un grave daño a su identidad personal.

Comenzaremos a detallar los derechos personalísimos para luego profundizar en el derecho a la identidad personal y al daño que se puede producir en el comienzo de la existencia de la persona cuando se utilizan gametas anónimas.

4.2 DERECHOS PERSONALÍSIMOS

No podríamos hablar del daño al derecho a la identidad del niño mediante el uso de las técnicas de reproducción médicamente asistidas con gametas anónimas si previamente no consideramos una breve referencia a los derechos personalísimos donde este derecho a la identidad se encuentra inmerso.

Son muchos y variados los autores que se han referido a estos derechos ya sea definiéndolos o haciendo una apología de ellos desde diversas concepciones filosóficas. Uno de los conceptos más claros, enunciativos y clásico sobre este tema, entre otros

[160] Fernández Sessasego, C.; El derecho a la identidad personal, 1° Edición, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1992, p.29.

autores[161] es el de Cifuentes cuando dice que en la doctrina se entiende por ellos a los referentes de:

> […la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la intimidad, la imagen, el secreto, la identidad, el nombre, la creación del autor son asuntos propios de los derechos personalísimos. La sola enunciación inspira un profundo respeto. No hay cuestiones más considerables, de más clara esencia. No sólo para el individuo en cuanto tal, sino también como integrado en la sociedad y por ser social o coexistencial][162].

Es unánime el concepto que los derechos personalísimos hacen referencia a la esencia misma de la persona humana. Se nace con ellos y permanecen durante toda la vida hasta la muerte, considerándoselos extra patrimoniales por lo cual no pueden ser objeto de manipulación alguna ni de enajenación. Si bien muchos autores del Derecho los han conceptualizado, todos han coincidido en establecer que estos derechos particulares hacen raíz en garantizar a la persona aspectos importantísimos de su propia personalidad, hacen gozar los derechos de nosotros mismos, su sola enunciación despierta un respeto único, se refieren a cuestiones muy considerables y de una muy clara esencia.

El ordenamiento jurídico debe protegerlos obligatoriamente de una forma adecuada vigilando su respeto para todas las personas, en especial frente al avance de las ciencias biológicas. Nuestra Constitución Nacional, en el artículo 75 inciso 22 incorporó en el año 1994 numeroso Tratados Internacionales en el que muchos de esos derechos se encuentran tutelados.

Existen en ellos determinadas características que son comunes a todos los derechos personalísimos y el derecho a la identidad personal no escapa a ello, es así que este tipo de derechos, emanan de la misma condición humana y por lo tanto al ser inherentes a la persona son innatos. Al tener carácter vitalicio significa que están durante toda la vida de la persona y no pueden faltar en ningún momento de ella y de las dos condiciones anteriores surge la idea de ser necesarios. Son derechos extra patrimoniales ya que sobrepasan toda

[161] Como, por ejemplo: Juan G. Navarro Floria, *Los derechos personalísimos,* Buenos Aires: El Derecho, 2016.

[162] Cifuentes, S.; Derechos Personalísimos*,* 2° Edición*,* Buenos Aires, Ed. Astrea, 1995, pp. 108-175.

apreciación dineraria, son indisponibles surgiendo de manera clara que no pueden ser renunciados, son inembargables, inenajenables y no sujetos a la expropiación.

Dentro de los derechos llamados de la personalidad encontramos, en la actualidad, nuevos derechos que se incorporan a los tradicionales y con esto no estamos diciendo que estos sean nuevos, dado que siempre han existido desde el inicio de la humanidad, pero lo que sucede actualmente es que debido al avance de las ciencias biológicas que avasallan algunos de ellos, cobran nuevamente una importancia superlativa.

Tomando como punto de partida la doctrina y la jurisprudencia se trató de establecer una enumeración de los mismos, pero siempre ha sido una opinión firme que no es posible detallarlos totalmente. Si bien el derecho a la vida es el más importante ya que sin él todos los demás no podrían existir; encontramos también la integridad corporal, la libertad, el honor, la intimidad, la identidad, entre muchos otros.

En el C.C.C., dentro del Libro I, Título I (Persona humana), Capítulo 3 que lleva por nombre *"Derechos y actos personalísimos"* se hace referencia a la mayor parte de los temas vinculados a la persona, tales como la inviolabilidad de la persona humana, afectación a su dignidad, actos de disposición sobre el cuerpo y sus partes, manipulaciones genéticas, investigaciones en seres humanos, consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en el terreno de la salud y directivas médicas anticipadas. Con esto se ha incorporado un régimen sistémico de los derechos de la personalidad que han sido largamente reclamados por la doctrina jurídica argentina. Este capítulo del C.C.C. comienza con una declaración abierta acerca de la dignidad de la persona humana y se reconocen expresamente los derechos a la intimidad, al honor, imagen y a la identidad[163]. Nosotros analizaremos y detallaremos uno de todos ellos que constituye el eje vertebral de este trabajo: el derecho a la identidad personal.

4.3 DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

En este apartado consideramos uno de los derechos personalísimos que más se ha debatido y que también ha tenido numerosas aristas en el debate del trámite de la sanción

[163] Navarro Floria, Juan G., Los derechos personalísimos, Buenos Aires, El Derecho, 2016, 229 páginas.

del C.C.C. en lo relativo a la utilización de las técnicas de reproducción médicamente asistidas con material heterólogo. Se circunscribe al derecho que tienen los hijos provenientes de dichas prácticas a conocer su origen y poder afirmar su identidad. Es por ello que nos proponemos ahondar en el concepto no sólo desde la óptica biológica, jurídica y bioética sino también desde otras disciplinas.

El concepto del derecho a la identidad se refiere a aquel que ostenta cada persona y la hace ser ella misma, de distinguirse sobre la base de atributos propios y de sus propias cualidades personales que hacen que esa persona sea distinta a las otras. En este sentido, existen cuestiones que la persona se plantea cuando piensa en su identidad. ¿Quién soy? ¿De dónde vengo? ¿Quiénes son mis padres? Preguntarse ¿Quién soy?, en realidad es el equivalente a preguntarse por su "identidad".

El interrogante sobre nuestro origen traspasa el "de quién soy hijo" sino también "¿por qué soy hijo de quien soy hijo?", significando que la identidad se encuentra ligada a nuestra historia y también a nuestra prehistoria como nos referíamos al comienzo de este trabajo y ambas, en definitiva, son constitutivas del ser.

Sin embargo, cualquiera sea la postura en la disciplina científica involucrada en la discusión bioética, es coincidente en que el punto de partida es el mismo: existe el derecho a la identidad como un derecho humano y personalísimo. Es por eso que más profundamente la identidad personal supone "ser uno mismo" y no otra persona y este hecho implica un concepto complejo y un entramado especial para los distintos campos del conocimiento.

El concepto de "identidad" comenzó a desarrollarse primero en el campo de las ciencias sociales en Estados Unidos y en la época actual ha pasado a ser una cuestión importante por las llamadas "identidades ocultas" que se han visto materializadas en hijos de personas homosexuales[164]. En este sentido, fue el psicoanalista Erik Erikson el pionero en desarrollar el concepto de "crisis de identidad":

> […] baste aquí con decir que el sentido de la identidad es lo que permite que alguien sienta su propio *sí mismo* como algo dotado de continuidad e identidad y actúe en consecuencia[165].

[164] Rotemberg, E.; Wainer, B. A.; Homoparentalidades; Óp. Cit.; p. 33.
[165] Citado en: Descombres, V.; El Idioma de la Identidad, Óp. Cit., p. 32

En realidad, lo que quiere decir Erikson, es que tener identidad consiste en llevar dentro de sí los distintos momentos de la propia historia pasada y estar orientado firmemente en el presente y en el futuro por lo cual esta situación involucra, como parte de la historia personal, conocer los orígenes biológicos, las raíces de mi inicio en esa historiografía que marca mi identidad. Erikson aporta otro concepto muy útil para nuestro tema ya que para él la "construcción de la identidad" constituye un esfuerzo de integración a sí mismo que involucra y debe llevar a una conformación y relación de la persona con su medio.

Esto comienza a darse en el momento de la adolescencia en la cual se debe llegar a una única identidad que le permita una correcta inserción en su grupo y que le procure el sustento de su *"ethos"*. Nos planteamos ¿es esto posible, en los hijos nacidos con gametas anónimas cuando en realidad en el inicio de su historia personal su origen biológico es una sombra imposible de alumbrar?

Desde el campo jurídico[166]se reafirma que en el concepto de "identidad" se encuentra una doble dimensión, una estática y una dinámica. La identidad "estática" responde al concepto restrictivo de identificación y se expresa por datos tales como la fecha y lugar de nacimiento, las huellas dactilares, el nombre entre otros, mientras que la identidad "dinámica" involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida y que por lo tanto comprende su biografía existencial, su estructura social y cultural. La "identidad estática" se suele conocer habitualmente como "identificación", en cambio la "identidad dinámica" es aquella que se proyecta socialmente a la "verdad personal", como conjunto de atributos de la persona en su proyección social, y que incluye el irrestricto respeto a su "verdad biográfica".

Esta diferencia o distinción es apoyada por muchos autores especialmente en el campo de la psicología[167]. De una forma más amplia la identidad de una persona puede establecer una lista de atributos variados tales como la nacionalidad, la profesión, la religiosidad, el sexo, las opiniones y también sus orígenes y su estatuto familiar. Ella no puede ser destruida, esta verdad podrá ser ocultada pero no eliminada ya que en ella y desde

[166] Es así reconocido por Kemelmajer de Carlucci Aída en su artículo: Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico. Publicado en La ley 2012-E, 1257.

[167] Rotemberg, E.; Wainer, B. A.; Homoparentalidades. Nuevas Familias; Ed. Lugar, Buenos Aires, 2° Edición, 2010, p. 25.

el mismo momento de la fecundación es donde el niño halla sus raíces y sus condicionamientos traspasando el presente para proyectarse al futuro.

Por su parte Erich Fromm la define como una necesidad primero afectiva "sentimiento", luego cognitiva "conciencia de sí mismo y del otro como persona diferente" y finalmente activa "tomar decisiones" especialmente haciendo uso de su libertad y voluntad[168].

En este sentido Jürgen Habermas define la identidad como:

> […] aquella decisión solitaria por la que el individuo moral asume la responsabilidad de su propia biografía que lo lleva a convertirse en aquél que es.
> Todo individuo hace primero experiencia de sí como producto histórico de circunstancias de vida contingentes. Pero al elegirse a sí mismo como tal producto es que se construye un sí mismo que a sí mismo se imputa la rica concreción de la propia biografía a que se enfrenta como algo de lo que retrospectivamente quiere dar cuenta[169].

También Ernst Tugendhat[170] considera falso que la identidad de una persona se cree, pues tiene una base que ha existido siempre (el dato biológico). Es así que en el mismo sentido se dice que la identidad personal tiene dos componentes, por un lado, la identidad individual y por otro la identidad cualitativa. La identidad individual se vincula con las características concretas que tienen que ver con el nacimiento, el territorio y la biografía particular, mientras que la identidad cualitativa no es un hecho e implica la idea de identificarse con algo o alguien, es decir, estructurar en términos de elección y voluntad la identificación con ciertos valores o formas de vida.

Como lo expresa Adriana Krasnow en su libro "Filiación"[171]donde cita la definición de Zannoni quien dice que la "identidad" es un vocablo que reviste tres dimensiones a saber:

---

[168] Fromm, E.; Psicoanálisis de la sociedad contemporánea; 5° Edición, México: Fondo de la Cultura Económica, 1967, p. 55.
[169] Habermas, J; Identidades nacionales y postnacionales; 1° Edición, Madrid: Editorial Tecnos, 1989, p. 99.
[170] Tugendhat, E.; Identidad: personal, nacional y universal. Citado en: Famá, M.V.; El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de código civil y comercial de la nación, Buenos Aires, Lecciones y ensayos, N° 90, Año 2012.
[171] Krasnow, A.; "Los valores en la filiación". En: Filiación, Buenos Aires, La Ley, Año 2006, Capítulo 7.

1- Identidad de la persona en relación a su realidad biológica, es decir, el derecho de toda persona a conocer su origen biológico haciendo diferencia en dos aspectos de la identidad: a- La identidad genética, que como su nombre lo dice abarca el patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos y b- Identidad filiatoria, que resulta de emplazar a una persona en un determinado estado de familia en relación de quienes aparecen jurídicamente como sus padres.
2- Identidad personal, que hace referencia a los caracteres físicos de la persona.
3- Identidad personal, en relación a la realidad existencial de la persona, es la realización de su proyecto personal y existencial.

En el mismo orden, Matilde Zavala de González dice que, entre las numerosas manifestaciones del derecho a la identidad personal, se señalan el derecho a una identificación, el derecho al conocimiento de la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar, el derecho a una sana y libre formación de la identidad personal, el derecho a transformar la identidad personal[172].

Nora Lloveras[173] señala que en la identidad biológica:

> […] importa el derecho a conocer la fuente de donde proviene la vida, la dotación cromosómica y genética particular, así como los transmisores de la misma, los progenitores o padres, y el entorno del medio en que se expresan los genes, que importa la definición del contexto histórico y cultural del nacimiento o aparición en el mundo externo y social de la persona.

Algunos autores han definido la identidad en forma restringida:

> […] la identidad igual que la filiación como el estado de familia del generado que surge directamente de su generación. El derecho a la misma comprende el que no sea perturbada, el hacerla valer *erga omnes* y, como

[172] Citado en: Ahargo, A.C.; El derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes [en línea]. Disponible en:<http://www.AR/DOC/3390/2013>. [Consultado el 21 de junio de 2016].
[173] Ídem.

> principio y punto de partida, el derecho a conocerla y a que sea determinada legalmente[174].

En el mismo sentido y como lo expresa Maliandi es posible definir la identidad como algo inherente a la persona en forma sincrónica y diacrónica:

> En el sentido de la sincronía algo es idéntico a sí mismo en la medida en que posee caracteres diferenciales que lo presentan en contraste con cualquier cosa […] En el sentido de la diacronía algo es idéntico a sí mismo en la medida en que conserva caracteres a través de los cambios temporales en los que ciertos caracteres son reemplazados por otros[175].

Es muy común asociar el derecho a la identidad con la verdad de la definición biológica, es decir, con la identificación de los progenitores. Si bien no es esto lo único que podemos encontrar en ella, tampoco es lo menos importante ya que el punto de partida es justamente ese: el aspecto biológico, saber de dónde provengo y quiénes son mis progenitores. Ese conocimiento permite elaborar a la persona un correlato con un punto de partida inicial y proyectar durante su vida el desarrollo de la identidad dinámica.

A manera de ejemplo piénsese en lo ocurrido en la Argentina entre los años 1976 y 1983 donde muchos niños fueron apropiados por terceros siendo hijos de padres desaparecidos y no pudiendo nunca hasta la actualidad completar el proceso identitario. Muchos continúan aún en la búsqueda sus orígenes y en otros que lo han hallado, su biografía personal ha variado a partir de ese momento. Con este sólo ejemplo podemos dimensionar lo importante de conocer el origen biológico para sustentar el concepto total de identidad humana.

El normal desarrollo psicofísico del niño implica que no se trabe la obtención a respuestas a interrogantes vitales por conocer su identidad de origen. La dignidad de la persona está en juego porque es la específica verdad personal lo que el sujeto naturalmente

[174] Méndez Costa, Encuadre legal del derecho a la identidad, en "Estudios en honor a Pedro Frías", Tomo III, p. 1107. Citado por: Ahargo, A. C., Óp. Cit., p. 34.
[175] Maliandi, R.; Ética, dilemas y convergencias: cuestiones éticas de la identidad, la globalización y la tecnología; 1° Edición, Buenos Aires: Editorial Biblos, 2006, p.21.

desea poseer como vía irremplazable que le permita optar por proyectos de vida, elegidos desde la libertad que resulta mancillada cuando el acceso a la verdad es obstruido[176].

Algunos autores profundizan en el concepto ético de la identidad[177], que es muy significativo e importante para nuestra hipótesis de trabajo y consiste en saber que existe un uso *elemental* y un uso *moral*. Se habla de un uso "elemental" de la identidad cuando se la utiliza en el concepto primitivo del vocablo. Si una persona entra en algún sitio decimos: "es fulano de tal" y dicho de otra forma esa persona que acaba de entrar no es otro que el que lleva ese nombre y apellido. En otro sentido se habla de un uso "moral" de la identidad con el significado de la afirmación de sí a partir de una idea de sí mismo cuyo respeto y reconocimiento por parte de los demás es exigido. Ya hemos dicho anteriormente que, en la raíz más profunda, la identidad es la historia del individuo y lógicamente cualquier historia debe comenzar en un punto y ese punto debe ser verídico.

Es de suponer que si estas condiciones no se cumplen la persona no tiene el sentido real de su identidad (aunque se pueda inculcar otra, pero no tiene la real) llevando a la persona a sentirse "extranjero" de sí mismo, desposeído o desapropiado. Por ello la identidad moral consiste en alguna condición fija que el individuo debe cumplir para tener la sensación de ser él mismo y no otro.

Frente a una crisis de identidad es la identidad moral aquella vulnerada porque, aunque el individuo sepa que su nombre es "tal" (identidad elemental) en realidad no sabe quién es por falla de su identidad moral (se pregunta quién soy sin poder brindarse una respuesta efectiva). Es por eso que la identidad personal supone la mismidad como la raíz propia de la existencia en la que los datos del inicio biológico siendo fundamental.

La identidad personal descansa en los siguientes elementos:

1. **<u>La dignidad</u>**. Si bien es una cualidad inherente a todo ser humano por el simple hecho de existir y de ser (dignidad ontológica) también lo es por el hecho de vivir y desarrollar hábitos morales que le imprimen a su vida determinada característica (dignidad moral). Jurídicamente se encuentra protegida por nuestra Constitución Nacional y en todos los Pactos Internacionales reconocidos por ella. A modo de ejemplo diremos que en nuestro Código Civil

[176] Krasnow, A., Zabalza, G., Schiro, M.; Una Madre Invisibilizada y una madre biológica "visible": dos madres y la filiación del niño; Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Mes de febrero, Año 2011.

[177] Descombres, V.; El idioma de la identidad; 1° Edición, Buenos Aires: Eterna Cadencia, 2015, Traducción: Cecilia González.

y Comercial en su artículo 52 se establece bajo el título "Afectaciones a la dignidad" que: *"La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro tercero, Título V, Capítulo I".*

2. **La Verdad.** Todo aquello que vulnere el sentido de la verdad o su esencia de cualquier ser humano puede transformarse en un potencial daño para la persona. Se ha dicho que la afirmación de la verdad personal constituye la nota conceptual determinante del derecho a la identidad personal[178]. Es por ello que la verdad acerca de lo que cada persona es no puede bajo ninguna circunstancia ser distorsionada ya que de serlo se estaría falseando la identidad personal. Es así como consideramos que existe un derecho a la verdad que guarda relevancia para intentar indagar acerca de la verdadera paternidad y maternidad de una persona.
3. **La igualdad**. Nuestra igualdad, en el tema que nos ocupa, radica en ser criaturas de igual naturaleza y dignidad. La igualdad como principio implica una igualdad ontológica de todos los hijos.

Es por ello que se ha dicho que la identidad personal permite *"ejercer libremente la capacidad del autoconocimiento integral incluyendo el acceso a la verdad sobre sus raíces"*[179]. Esa posibilidad del autoconocimiento surge del conocimiento de nuestras raíces, de nuestro origen, de nuestra historia ya que sino no seríamos nosotros. Va de suyo entonces que el conocimiento del origen familiar es sustento en la formación de la identidad general y ello hace a la formación de la personalidad.

El derecho a la identidad personal indica una búsqueda del hombre y de su antropología en su propia interioridad y por ello en las palabras de Julio Cortázar:

> El hijo es hijo en relación a ese lugar, lugar donde se formula la pregunta sobre la identidad. ¿Quién soy yo para? Quienes se apropian del origen de la historia y de la herencia física y psíquica de los niños, violados en el derecho a la identidad, mal pueden cumplir una función materna, pues

[178] Junyent Bas, B.M.; Fecundación asistida e identidad personal; 1° Edición, Buenos Aires: Astrea; 2016, p. 45.
[179] Junyent Bass, B.M.; Fecundación asistida e identidad personal; Óp. Cit., p. 46.

> no sólo le roban la historia que los precede, sino la continuidad de su propia historia[180].

4.4 CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN RELACIÓN A LA IDENTIDAD PERSONAL

El Derecho a la Identidad ha sido reconocido por numerosos ordenamientos jurídicos nacionales y en forma explícita en diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional en nuestro país.

El estudio de este tipo de derecho personalísimo surge claramente hacia fines del 1990, especialmente en Italia. En la República Argentina ha fue tratado por autores como Zavala de González, Kemelmajer de Carlucci, Méndez Costa, Cifuentes, Mosset Iturraspe, Úrsula Basset. El derecho a la identidad es la conciencia de la mismidad de cada ser humano elevada por el derecho a la categoría de bien jurídico protegido, lo que se considera digna de tutela jurídica[181].

A nivel Constitucional, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra este derecho humano. En efecto, los artículos 2, 7 y 8 disponen:

> Artículo 2.2: Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación.
> Artículo 7: El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
> Artículo 8: Los 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.

Cuando se incorporó a nuestra Carta Magna, se debatió la inserción en el texto el concepto de "identidad" como una "verdadera y genuina identidad personal, legal y

[180] Citado en: Urbina. P., A., La identidad a partir del Código Civil y Comercial. Promoción y protección de los derechos de niños y niñas; Buenos Aires, DF y P, 3 de septiembre de 2015, N° 147.
[181] Junyent Bas, B. M.; Fecundación asistida e identidad personal, Buenos Aires, Óp. Cit., p. 68.

familiar"[182] y no sólo limitarlo al concepto de nacionalidad, nombre y a las relaciones familiares. Debe entenderse luego de las discusiones que dicha Convención tutela la identidad en sentido amplio.

Basset señala que el derecho a la identidad presenta múltiples dimensiones y enfatiza la importancia de que se conserve la unidad de todos los elementos que conforman la identidad de un niño, pues ello es una exigencia de justicia[183].

La Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niño y adolescentes regula este derecho a la identidad en su artículo 11 cuando dice:

> Artículo 11: Derecho a la identidad. 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, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.
>
> Los organismos del estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización y obtención de información de los padres, u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando estos estuvieren separados o divorciados o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo amenazare o violare alguno de los derechos de niños, niñas y adolescentes que consagra la ley.
>
> En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del estado deben garantizar a los niños, niñas y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquellos, siempre que no contraríe el interés superior del niño.

Sólo en aquellos casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una

[182] Di Lella, P., en Identidad y Convención de Derechos del niño, X Congreso Internacional de Derechos de Familia, Mendoza, 1998.

[183] Basset, Ú. C., Derecho del niño a la unidad de toda su identidad, La Ley, 2011-1005.

familia adoptiva de conformidad con la Ley. Es decir, que los organismos estatales debieran facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información de los padres u otros familiares de estos niños y niñas para de esta forma facilitar su encuentro familiar en vista de estructurar su identidad totalizadora.

También debemos citar por su importancia a la Ley 23.511 ley nacional de banco genético:

> Artículo 1: Créase el Banco Nacional de Datos Genéticos a fin de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación […].
> Artículo 5: Todo familiar consanguíneo de niños desaparecidos o supuestamente nacidos en cautiverio, tendrán derecho a solicitar y obtener los servicios del Banco Nacional de Datos Genéticos […] El panorama constitucional e infra constitucional descrito denota que corresponde sin duda alguna al Estado garantizar el derecho a conocer los orígenes como derivación de la noción de identidad.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 12 ha reconocido expresamente el valor fundamental de la identidad personal cuando dice:

> Todas las personas de la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos:
> 1- A la vida, desde la concepción hasta la muerte natural.
> 2- A conocer la identidad de origen.
> 3- Al respeto de la dignidad, al honor, la integridad física, psíquica y moral.
> 4- A la información y la comunicación.
> 5- A la inviolabilidad de los documentos privados y cualquier otra forma de comunicación personal. La ley establecerá los casos de excepción en los que por resolución judicial fundada podrá procederse al examen, interferencia o interceptación de los mismos o de la correspondencia epistolar.

En el plano internacional es importante destacar que en el marco del derecho comunitario europeo el llamado "Consejo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina" dictado por el Consejo de Oviedo el 4 de abril de 1997 y que en su artículo 1 dispuso:

> Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.
> Cada Parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio.

Es así que contempla las consecuencias que derivan de vulnerar la dignidad de la persona humana por medio de la alteración de los derechos personalísimos enumerados. De acuerdo al texto, cualquier persona que sienta menoscabado sus derechos personalísimos, inclusive la identidad, puede reclamar la prevención y reparación del daño conforme lo estipulado en el capítulo 1 del mismo texto legal.

En este sentido, una parte de la identidad personal, la llamada estática, como derecho personalísimo quedó plasmada también en los artículos 62 a 71 de nuestro Código Civil y Comercial. Estas normas se refieren al nombre de las personas, cómo se elige, quién lo elige, en qué casos puede ser modificado y otras disposiciones que resguardan el nombre como una de las expresiones fundamentales de la identidad personal.

En el aspecto de adopción el C.C.C. expresa firmemente el derecho a conocer los orígenes de la persona:

> Artículo 596: Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos […].

Esta misma protección y dada la importancia del derecha a la identidad personal ha quedado impresa en varias leyes de identificación del recién nacido. Inicialmente existió

la Ley 14.586 del año 1958 del Registro del Estado Civil de las Personal de la Ciudad de Buenos Aires y en ella se establecía la obligatoriedad de la identificación del recién nacido y de su madre. En forma posterior, específicamente en el año 1963, se promulgó el Decreto Ley 8204 para regular la identificación personal del recién nacido. En sus tramos más importantes y a manera de síntesis se establecía que la inscripción del nacimiento se realizará dentro de los 5 días hábiles que siguen al mismo.

El Certificado de Nacimiento debe ser extendido por el médico o la partera y en caso de no estar presente el médico y/o la partera se inscribirá con la declaración de dos testigos hábiles. En el año 1995 por la Ley 24.540 se actualizó ese procedimiento y quedó estipulado que la identificación del recién nacido consiste en identificar a la madre durante el trabajo de parto y al recién nacido antes del cordón umbilical siempre que esto último no ponga en riesgo al recién nacido. La identificación se realizará sobre una ficha única y numerada en tres ejemplares con los datos establecidos por la ley. Para los partos múltiples se realizará el mismo procedimiento para cada uno de los recién nacidos. Se debe obtener los calcos dactilares de ambos pulgares de la madre y los calcos palmares y plantar derecho del recién nacido, en el nacimiento y al egreso. Un juego de fichas quedará archivado en el organismo asistencial, otro es para el Registro Civil y el último es para la familia.

Luego en el año 1997, se sancionó la Ley 24.884 que modificó algunos artículos de la anterior, pero que no cambió la parte substancial de la anterior legislación. En el año 2003 se sanciona la Ley 1226 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que establece:

> Artículo 3° - Identificación materna
> La identificación materna deberá ser realizada antes del nacimiento y comprenderá los siguientes pasos:
> a) Toma de una gota de sangre de la madre que será recogida en la tarjeta única de identificación.
> b) Colocación en la muñeca de la madre de una pulsera plástica de cierre inviolable y codificado, la cual deberá estar adherida a una pulsera de idénticas características y cuya separación de su par materno deberá realizarse al momento mismo del nacimiento del niño.
> c) En caso de parto múltiple se procederá de igual modo por cada hijo.
> Artículo 4° - Identificación del Recién Nacido
> La identificación del recién nacido se efectuará inmediatamente de producido el nacimiento y deberá ajustarse a los siguientes pasos:

> a) Producido el nacimiento se tomará una gota de sangre del cordón umbilical del recién nacido, la cual será recogida en la tarjeta única de identificación.
> b) Colocación en la muñeca del recién nacido del par correspondiente a la pulsera determinada en el Art. 3°, Inc. b).
> c) En caso de parto múltiple se procederá de igual modo con cada recién nacido.

Es manifiesto que el derecho a la identidad de la persona resulta inmerso dentro de un amplio y extenso articulado legal lo tuteló en miras a no ser manipulado ni desviado y mucho menos anulado.

Existen sentencias paradigmáticas de nuestros Tribunales donde se expresaron conceptos como los siguientes en resguardo de la identidad personal:

> La realización de la prueba de histocompatibilidad, cuando está en juego la identidad del menor, no afecta derechos fundamentales como la vida, la salud o la integridad corporal […] Al no afectar la extracción de sangre dispuesta ninguna garantía constitucional, negar su cumplimiento importaría desconocer lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la ley 23.849 e incorporada a la Carta Magna en el artículo 75 inc. 22 por la reforma del año 1994, lo que podría ocasionar la responsabilidad por parte del Estado del incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos[184].

> […] el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquella. De acuerdo con ello, la "verdad biológica" no es un valor absoluto cuando se la relacional con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño. Ello claro está, respetando el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones de familia, tales como los estados parte firmantes de la citada convención se comprometen a resguardar […] resultaría conveniente

[184] Fallo de la Corte Suprema de la Nación en el caso "G., Mirta Liliana s/querella".

intentar ubicar y restablecer contacto con aquella familia, en especial con la madre, a fin de que el menor tome conocimiento de su verdadera identidad biológica, dado que ello constituye su derecho fundamental […][185].

La identidad […] tiene origen en la concepción misma del ser humano y está íntimamente vinculada a la libertad y a la dignidad personal. Todo desarrollo somático, moral, psicológico, intelectual, cultural, social y espiritual, contribuye a la toma de conciencia de que el hombre es un ser único e irrepetible y, al mismo tiempo, lo caracteriza como diferente a los otros. La identidad personal surge, pues, tanto del peculiar código genético individual como de la personalidad que cada ser construye a través de su vida en tanto ser libre y coexistencial[186].

Haciendo expresa referencia a la verdad personal se manifestó el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el caso de una pareja constituida por dos mujeres que recurrieron a una técnica de fertilización asistida para procrear. Una de ellas recibió el óvulo de la otra que fue fecundado in vitro con semen de un donante anónimo. Al nacer el niño el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas lo inscribió consignando como progenitora sólo a quien lo había dado a luz. Ante tal situación solicitaron el dictado de una medida cautelar auto satisfactoria tendiente a que el organismo dejara sin efecto la denegación de inscribirlo como hijo de ambas. El juez hizo lugar a lo peticionado ordenando rectificar la partida de nacimiento. En este sentido el tribunal expresó que corresponde rectificar la partida de nacimiento de un menor, debiendo consignarse que es hijo de quien lo dio a luz y de la mujer que es su pareja y donó el óvulo para que se produjera la fecundación pues una solución contraria implicaría asentar registralmente una filiación que no corresponde a su verdadero mapa biológico[187].

[185] Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "G, H. J. y D. de G, M.E. s/guarda pre adoptiva".
[186] Fallo del Juzgado Contencioso Administrativo, Sala V del 29/4/2014 en el caso "C., E.M. y otros c. M. Salud s/Amparo Ley 16.986.
[187] Juzgado Contenciosos Administrativo N° 4 de CABA del 774/11 en La Ley, 2011-C-370.

Esta verdad es parcial ya que es anónimo para el niño el aportante del espermatozoide. Más esclarecedor en relación a la verdad resulta el fallo del Tribunal Superior de Córdoba cuando sus integrantes expresan que *"el primer paso para la consagración del derecho a la identidad del niño está dado por el momento de su nacimiento por ello la determinación del vínculo biológico padre-madre-hijo debe asegurarse en su integridad como paso indispensable para la formación dinámica de la personalidad"*[188].

Es así como al ámbito jurídico le cabe reparar, justamente el derecho que tiene todo individuo de conocer la verdad sobre su identidad de origen y que no sólo debe estar dirigido a amparar a quienes hayan sido víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, sino que también se debe proteger dicho derecho a quienes buscan su estado filiatorio para completar su identidad con la utilización de fertilización asistida con gametas heterólogas. En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace referencia al tema de conocer la identidad en varios fallos y para ejemplificarlo transcribimos un párrafo del voto en disidencia del Dr. Petracchi en el fallo *Muller, Jorge c/denuncia* de fecha 13/11/1990[189]. En él se alude el derecho a la identidad y mediante su comentario se afirma que debe incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen ya que conocer ese derecho personalísimo implica conocer su propia génesis, su procedencia, y es aspiración connatural al ser humano que incluyendo lo biológico, lo trasciende.

> La identidad es representada como un verdadero y propio derecho personalísimo cuyo contenido está delimitado […] por tener el sujeto caracteres propios que lo hacen diverso a los otros e idéntico sólo a sí mismo […] es la titularidad de un derecho, que es propiamente el de ser ella misma, esto es, tener una propia verdad individual[190].

En este sentido otro fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[191]destacó:

[188] Tribunal Superior de Córdoba del 4/5/2000, "A.E. Acción de reclamación de Estado. Recurso Directo".

[189] CSJN, *Muller, Jorge s/Denuncia.* 13/11/1990, Fallos 313:1.113.

[190] Voto del Dr. Petracchi, ídem.

[191] Hacemos referencia al fallo S.1801 XXXVIII, "S., C. s/adopción" del 2 de agosto de 2005.

> […] la consideración primordial del niño […] el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores pues es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación.

En igual orden la Cámara Nacional en lo Civil, Sala K en una sentencia de fecha 23 de septiembre de 2003 en el caso "G. C. R. c. C. P. E." estableció que *"…dentro de un vínculo familiar es imprescindible que una persona sepa quién es, cuál es su nombre, cuál es su origen, quiénes son sus padres para poder ejercer su derecho a la identidad biológica"*[192].

Tanto la donación de gametas como su recepción se pretende que integren el ámbito de la intimidad y por lo tanto, que se preserve toda aquella intrusión que tienda a vulnerar el derecho del secreto o reserva de los sujetos involucrados. Pero frente a ese anonimato se encuentra el derecho del niño concebido con el empleo de las técnicas de reproducción asistidas heterólogas a conocer su realidad biológica y fundamentar su identidad. En el tema identitario se debe pensar tanto desde lo jurídico como desde lo biológico y lo bioético en que el conjunto de todos los elementos que constituyen la identidad humana apuntala el "interés superior del niño" quien no es simplemente un "objeto" de la pasión, sino el protagonista de su vida.

4.5 EL DAÑO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN EL COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA

Como hemos visto la identidad personal no implica sólo aquellos atributos necesarios para la identificación de la persona, sino que va mucho más allá con la proyección social de los comportamientos humanos. Por eso Fernández Sessarego ha expresado en este sentido que:

> […] la tutela de la verdad personal se pone de manifiesto a través de la proyección social de la personalidad que tiende a incorporarse a los

[192] La Ley, 2004-B, 970.

> ordenamientos jurídicos a través de normas que configuren un derecho subjetivo perfecto o típico[193].

Dentro del derecho a la identidad personal existen elementos que interesan por la posibilidad de los daños que pueden producir, especialmente en el comienzo de la existencia de la persona ya que la misma se encuentra en un mayor grado de vulnerabilidad y es por eso que el ordenamiento jurídico debe reconocerlos y protegerlos con especial interés.

Desde su concepción[194] la persona tiene el derecho a conocer su origen biológico, a su verdad personal, pero sabemos que también pueden producirse daños en otras etapas de la vida como por ejemplo en la ancianidad o en el momento de la muerte.

Aquí trataremos cómo el desconocimiento del dato biológico implica un daño en dicha identidad, sus formas en el inicio de la persona y los fundamentos que avalan la producción de ese daño.

4.5.1 FORMA DEL DAÑO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN EL INICIO DE LA PERSONA

Resulta evidente que, en el inicio de la existencia de la persona, la misma se halla en un estado de indefensión y altamente vulnerable y desde el momento de la concepción tiene el derecho a conocer su verdad personal ya que ese ser es un fin en sí mismo y por lo tanto el no conocer su dato biológico implica no poder tener un punto de partida veraz para construir su biografía personal.

Sabemos que en la evolución biológica de la persona existen dos momentos en que ella es totalmente frágil: el nacimiento y en el momento de la muerte. Nos interesa para este trabajo el comienzo y es justamente allí donde cobra importancia nuestra verdad personal, la del comienzo de nuestra historia.

Es así como el niño requiere en la búsqueda y formación de su identidad la verdad acerca de quiénes son sus progenitores biológicos. En este sentido somos únicos e irrepetibles y distintos de los otros por lo cual se necesita conocer la verdad del origen.

---

[193] Fernández Sessarego, C.; Derecho a la identidad personal; Óp. Cit., p. 122.
[194] Recordamos que para este trabajo “concepción” es igual a “fecundación”.

No puede dejar de negarse que en todas las situaciones surge un menoscabo moral por haberse privado de conocer su verdadera identidad, siendo que se le atribuye falsamente a un hijo determinados padres que no lo son desde la óptica biológica.

El daño en el comienzo de la existencia de la persona se puede originar en algunas de estas maneras[195]:

- Por el desconocimiento de la paternidad y/o maternidad, ya que es sabido que los padres tienen un conjunto de obligaciones para con los hijos como por ejemplo el nombre, la obligación de alimentos y el derecho del hijo a conocer su identidad biológica.

- Por el impedimento de poder saber quiénes son sus padres biológicos en las técnicas de reproducción médicamente asistidas con material heterólogo (los que aportaron las gametas).

Si bien es cierto que pudieran existir otras formas de dañar la identidad, consideramos que en estas situaciones se produce un daño indiscutible a una persona a la cual se le atribuye su filiación (por ejemplo, por la figura de la voluntad procreacional) de un padre y/o madre que no lo son en lo biológico.

En el caso específico de la biotecnología reproductiva con gametas heterólogas es probable que el niño desde su emplazamiento familiar y filiación jurídica se encuentre tranquilo pero que tenga interés en ejercer su derecho a conocer su identidad biológica, a conocer su origen genético donde reconocerá muchos de sus comportamientos, rasgos físicos, y por qué no enfermedades.

Una primera forma del daño al derecho a la identidad de la persona reside en que el hombre nace con una carga genética cuya mitad proviene del óvulo y la otra mitad proviene del espermatozoide estableciendo su herencia biológica. En relación a ello toma jerarquía la importancia de conocer dentro de las ciencias médicas lo datos personales y heredofamiliares de los padres que generalmente son reveladas al profesional cuando este lleva a cabo la denominada anamnesis y que consiste en una serie de preguntas sobre los antecedentes en la familia de determinadas dolencias. En nuestro caso la misma es efectuada cuando el niño presenta alguna enfermedad específica donde se hace necesario

[195] Sólo para la enumeración (aunque modificada por nosotros para este trabajo) hemos seguido el trabajo de: Junyent Bas, B.M.; Fecundación asistida e identidad personal; Óp. Cit., p. 55.

conocer acerca de enfermedades de los padres biológicos. Esto es en relación a diversas patologías tales como ciertos tipos de cánceres, patologías cardíacas, diabetes, enfermedades de los ojos e incluso aquellas de transmisión genética que tienen un abanico muy amplio. Esto revela la importancia que tiene para la persona conocer su origen biológico y no alterar su identidad.

En el mismo orden de ideas podríamos citar enfermedades oculares tales como anomalías congénitas que se producen por alteraciones genéticas, la transmisión de los caracteres tanto normales como patológicos, el síndrome de atrofia óptica de origen genético, el síndrome de degeneración pigmentaria del globo pálido, los cánceres con fuerte predominio o predisposición familiar en donde el antecedente es muy importante como en el cáncer de mama y colon por nombrar sólo algunos. Todo esto es prueba evidente de la necesidad de proteger el derecho a conocer el dato biológico y por lo tanto a la identidad del niño. Si bien el C.C.C. autoriza en forma restrictiva el conocimiento de antecedentes médicos, ello sólo es para situaciones puntuales.

Una segunda forma de daño se encuentra dado por el desconocimiento tanto de la paternidad como de la maternidad biológica y que engloban los deberes de los progenitores, tales como el de reconocer a sus hijos, de darles un nombre, alimentos y asistencia.

Como tercera forma de daño y como lo evidencian estudios[196], efectuados en Estados Unidos, que llegaron a la conclusión que los niños concebidos con donación anónima de gametas, al existir ausencia en el conocimiento de su dato biológico, repercute en el desarrollo de su identidad y en el ajuste psicológico del niño, así como también las relaciones con sus progenitores.

En el *Estudio Europeo de Familias de Reproducción Asistida*[197] se formuló como uno de los interrogantes a contestar por las parejas cuáles eran las razones para mantener el secreto por el cual no se les decía a esos niños que eran producto de donantes anónimos respondieron *que les preocupaba que sus hijos se sintiesen angustiados, conmocionados y confundidos al saber que no estaban emparentados con uno o ambos de sus progenitores*.

En el mismo estudio se manifestó una situación, que la comentamos anteriormente y que se puso en evidencia cuando las parejas describieron el problema de la falta de parecido físico de los niños así nacidos con sus padres, además no sabían cómo decírselo a

[196]Golombok, S.; Familias modernas. Padres e hijos en las nuevas formas de familia; Universidad de Cambridge, Traducción de: Cristina Piña Aldao; 1° Edición, 2016, p. 109.
[197] Ídem, p. 115.

sus hijos y ya que los donantes eran anónimos les preocupaba no poder responder a la pregunta inevitable: "Si tú no eres mi madre biológica, ¿quién lo es?"[198].

Es así como abundan cada vez más las pruebas de que la principal razón manifestada por hijos nacidos de donantes anónimos para buscar su dato biológico es la de completar su historia familiar y mejorar su sentimiento de identidad. En el mismo sentido resulta interesante y que reafirma la importancia de la afectación al derecho de la identidad es que en el año 2000, un niño concebido con semen de donante anónimo y su madre crearon en Estados Unidos el Donor Sibling Registry (Registro de hermanos por parte del donante) que es una página diseñada para facilitar la búsqueda de donantes y también de familias que comparten el mismo donante. Desde entonces en la página se han registrado 44.000 usuarios y se han establecido más de 11.000 coincidencias entre hijos de donantes, donantes y hermanos por parte del donante. De esta manera parece que el conocimiento de los orígenes biológicos es importante para la formación de la identidad de las personas concebidas con gametas anónimas[199].

Una cuarta forma del daño al derecho a la identidad personal es jurídica ya que va en contra de numerosas disposiciones legales que la protegen a las cuales ya hicimos referencia en el capítulo correspondiente. Sin embargo, diremos que en el ámbito judicial es posible la demostración del daño a la identidad que se produce en estas circunstancias, tanto moral como psicológico, cuando se lesiona a una persona al atribuírsele falsamente la filiación de un padre o madre que no es y un engaño de esta magnitud indiscutiblemente genera angustia y dolor en el niño. Esto es resarcible a nivel de los estrados judiciales.

Si bien en el mismo sentido el C.C.C. en el apartado correspondiente impide iniciar acciones legales por filiación, en numerosos casos judiciales los integrantes del Tribunal profundizan en los reclamos indemnizatorios "por gastos de tratamientos psicológicos" ya que se encuentra acreditada su necesidad motivada en el daño al derecho en la identidad que sufre el hijo por la falta de reconocimiento biológico tanto paterno y/o materno[200].

Todo lo expuesto es prueba evidente de lo importante de proteger ya desde el momento de la fecundación el derecho a conocer el origen biológico con la finalidad de proteger el derecho a la identidad. Este derecho implica conocer íntegramente nuestro pasado y el mismo comienza antes de existir, con nuestros padres biológicos. Es por eso

[198] Ídem, p. 116.
[199] Ídem, p. 126.
[200] Capel Comodoro Rivadavia, 28/3/08, "S.M.G. c/C.H.", Responsabilidad Civil y Seguros, Año I, N° 39, citado en: Junyent Bas, B.M.; Fecundación asistida e identidad personal, Óp. Cit.

que nuestra verdad personal, específicamente en el comienzo de nuestra existencia, está íntimamente ligada a nuestra dignidad por el simple hecho de ser. Esta persona que soy es una complejidad creciente en la formación de su personalidad requiriendo en la búsqueda de su identidad la verdad sobre su pasado.

4.6 CONCLUSIONES

Desarrollamos el tema medular de nuestro trabajo comenzando a circunscribir los llamados derechos personalísimos que se encuentran y hacen a la esencia de la persona, pudimos ver la importancia que ellos tienen y por eso que merecen una tutela jurídica especial. Destacamos algunas de sus características como el que toda persona nace con ellos, permanecen durante toda la vida, extra patrimoniales, indispensables, no pueden ser embargables, no pueden ser enajenables y no son sujetos a la expropiación.

Uno de esos derechos personalísimos es el derecho a la identidad personal. Pudimos ver que presenta una dimensión estática y una dimensión dinámica implicando esta última la verdad personal o biográfica de la persona. Hemos sustentado las bases jurídicas de este derecho de cualquier persona a conocer su origen biológico, en otras palabras, saber de dónde vengo y quiénes son mis progenitores elementos que le permiten elaborar un punto de partida fijo inicial válida para construir su identidad dinámica.

Algunos autores elaboran el concepto moral de la identidad personal que consiste en alguna condición fija que el individuo debe cumplir para saber que es el mismo y no otro. Va de suyo que esa condición fija es el dato biológico. Una persona a la que se le niega el conocimiento de su origen no puede ejercer la capacidad del autoconocimiento integral ya que se lo ha privado del acceso a la verdad.

Se comentaron también los pilares sobre los cuales se basa la identidad personal a saber: la dignidad, la verdad, la igualdad. Luego y para finalizar citamos las opiniones de diversos autores del derecho sobre el tema y todo el articulado legal que la sustenta y los conceptos sobre el tema vertidos en las sentencias judiciales.

Luego expusimos las características del daño a la identidad en el comienzo de la existencia de las personas haciendo una referencia especial acerca de la verdadera importancia de conocer nuestros orígenes. Así se comentó que construir la identidad personal sabiendo que sus progenitores biológicos son desconocidos deja al niño sin sus

raíces y se constituye en una situación muy difícil de afrontar para cualquier ser humano que impide el libre desarrollo de su personalidad.

Analizamos las formas de dañar el derecho a la identidad del concebido y su apoyatura en estudios realizados en Estados Unidos, en nuestra jurisprudencia y en la manera de que dispone la justicia para retribuir dicho daño. En este sentido hemos podido observar que existe un daño moral y psicológico en la vulneración al derecho a la identidad del hijo que es posible mensurarlo en las causas judiciales por medio de peritaciones adecuadas y específicas que evidencian tanto el daño moral como el psicológico que la biotecnología reproductiva con gametas anónimas y las leyes actuales marcan en el niño.

CONCLUSIONES DEL TRABAJO DE TESIS

En las realidades estudiadas en este trabajo se evidenció la existencia de un avasallamiento del campo biológico y jurídico sobre el concebido en materia de reproducción asistida con gametas heterólogas que dañan un derecho personalísimo fundamental como es el derecho a la identidad. Es por ello que nuestra hipótesis de trabajo se basó en destacar que *la transformación del deseo de un hijo en pasión por el niño, junto a situaciones favorecedoras como las modificaciones del Código Civil, el cambio de paradigma en la institución del matrimonio y el acceso por ley a las técnicas y procedimientos de reproducción médicamente asistida con gametas heterólogas, producen una afectación del derecho a la identidad del concebido.*

En estas circunstancias y desde nuestra postura bioética personalista ontológica sostenemos que es el hijo quién merece el foco de la atención ya que, por ser el concebido una persona con dignidad ontológica no puede ser considerado como un mero “objeto”. Pero ¿qué ocurre cuando la fertilidad falla y no se puede tener un hijo en forma natural generándose un caudal de sufrimiento y de búsqueda incesante por parte de la pareja? ¿qué sucede en aquellas uniones con personas de igual sexo que imperiosamente quieren conformar una familia (igual a la natural) con hijos? Frente a la adversidad natural que malogra esa espera silenciosa (deseo) o por la conformación de la pareja con personas de igual sexo se transforma ese deseo en la llamada pasión por el niño y esa pasión es el centro de sus decisiones.

En la generalidad de los casos se requiere de una respuesta de la ciencia para poner en marcha diagnósticos, tratamientos, intervenciones que permitan desterrar la o las causas, pero cuando ello no es posible (las situaciones de las parejas de igual sexo están incluidas) se debe recurrir al aporte de gametas externas a la pareja.

Dentro de esa pasión se ha descuidado y hasta desconocido el derecho a la identidad de la persona cuando en realidad, el mismo es estudiado y protegido profundamente por el ordenamiento jurídico, por otras disciplinas científicas y por numerosos autores que lo han resguardado ya que, en ella se encuentra lo que esa persona es, sus orígenes y su pertenencia.

Aquí comienza el problema bioético porque como dice Úrsula Basset:

> Si buceamos en el significado de la palabra "origen" representa el "ir hacia el comienzo, haber nacido". Es interesante advertir que la palabra origen designa no sólo el hecho, el punto de la línea temporal, sino también el proceso previo causal, el fenómeno que es en sí mismo la génesis del evento[201].

Es así como en este sentido lo establece nuestra Constitución Nacional con la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, la ley de Protección integral de los derechos del niño, niñas y adolescentes, la ley Nacional de Banco Genético, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y numerosas disposiciones legales, sentencias judiciales y fallos que se desarrollaron en este trabajo.

Siempre fue entendido de esta manera y se dijo que:

> […] la identidad en cuanto fundamental interés existencial no puede ser ignorada o soslayada por el derecho, sino que por el contrario debe protegerse de modo preferente. La vida, la libertad y la identidad conforman una trilogía de intereses que podemos calificar de esenciales

[201] Basset, U.; El derecho a la identidad y el emplazamiento filiatorio en las prácticas de procreación asistidas; en El derecho de familia latinoamericana, 103-2011-A-697.

> entre los esenciales. Por ello merecen una privilegiada y eficaz tutela jurídica[202].

La problemática del derecho a la identidad es prioritaria ya que es aquella forma de ser propia de cada persona y que lo caracteriza, ser ella misma inserta en una sociedad. Es garantizar lo que el ser es. La identidad personal no sólo incluye conocer el origen biológico sino otras particularidades como las ideas políticas, religiosos, intelectuales, éticas y humanas que hacen a esa persona ser ella misma y diferente a otra. Saber quién soy y conocer mí propia génesis, es decir mí origen.

El derecho a la identidad de la persona resulta inmerso dentro de su dignidad ontológica siendo tutelada por un amplio y extenso articulado legal en miras a no ser manipulada ni desviada y mucho menos anulada.

En este sentido y como lo hemos dicho, el elemento que otorga razón de ser al derecho a conocer los orígenes es el papel que desempeña en la construcción de la identidad personal, en la medida que la identidad viene dada por el conjunto de características que hacen que una persona sea ella misma. Es un ejercicio de autoconocimiento que no permite vacío ni cambios repentinos.

El desconocer el origen biológico crea un nicho ausente en la biografía de ese niño y por ende en su identidad. Es por eso que autores del derecho manifiestan que el derecho a la identidad de cualquier niño concebido por esta biotecnología reproductiva con gametas heterólogas se encuentra severamente afectada:

> El derecho a la identidad: […] Los planteos críticos hacia las técnicas de fecundación artificial con gametos de terceros con fundamento en el derecho a la identidad han ido ganando terreno firme en la legislación y la jurisprudencia. Las pretensiones de desarticularlos a través de un derecho a conocer los orígenes se han demostrado como insuficientes y se requiere ser audaces para señalar la necesidad de prohibición de la fecundación heteróloga como único camino compatible con el derecho a la identidad. En este sentido, una profundización del derecho a la identidad está dado por la línea de investigación señalada por Úrsula

[202] Fernández Sarassego, Derecho a la identidad personal, en: Junyent Bass, B.M.; Fecundación asistida e identidad personal, Óp. Cit., p. 167.

> Basset cuando se refiere al derecho del niño a la identidad de todos sus elementos identitarios[203].

Siempre los individuos han querido saber qué lugar tienen dentro de una sociedad y con mayor importancia a qué familia pertenecen y pareciera paradójico que en la historia de la humanidad siempre se ha puesto énfasis en la búsqueda, cuando por cualquier motivo los lazos sanguíneos se quebraron, de padres, hijos, hermanos, etc. inclusive en personas desaparecidas durante gobiernos militares argentinos. Piénsese no sólo en la relevancia jurídica y bioética que conlleva conocer la filiación de una persona en cuanto a derechos y obligaciones sino también lo importante que resulta establecer la concordancia de una persona con sus padres.

De acuerdo a ello y como el concepto de identidad se extiende desde la concepción hasta la muerte, es que da comienzo con el conocimiento de nuestra verdad biológica personal. Saber quiénes son nuestros padres para luego desarrollar la construcción social[204].

Hace unos cuantos años se profundiza y se reafirma la pasión por el hijo satisfaciendo el puro deseo reproductivo, sin tener en cuenta el daño que eso puede ocasionar en el niño. Una parte actual del corpus jurídico y médico así lo avala. Cuando, por ejemplo, se sanciona la ley 26.618 que autoriza a las personas de igual sexo a constituirse en matrimonio no escapa al ideal de los mismos el conformar una familia con la incorporación de un hijo (símil a la natural lo cual resulta paradójico), pero ocurre que obligatoriamente deben recurrir a la fertilización asistida con gametas heterólogas debido a la constitución biológica de sus integrantes. De igual forma los matrimonios heterosexuales en los cuales el camino al hijo se encuentra direccionado bajo la forma de la pasión y si las gametas propias no son aptas para la fecundación utilizan material biológico anónimo.

Otro hito importante que intensifica la pasión fue la sanción de la ley 26.862 y por medio de ella se abrió la puerta al acceso integral a las técnicas de reproducción médicamente asistidas que, mediante una cobertura amplia con la incorporación de elementos biológicos extraños a la pareja y con la autorización de las técnicas, se permite llegar a un hijo.

---

[203] Basset, U., El derecho a la identidad…Óp. Cit.

[204] Junyent Bas, B.M.; Óp. Cit., p. 43.

En el mismo sentido la filiación por la figura jurídica de la voluntad procreacional que se encuentra en el Código Civil y Comercial ha reforzado como una nueva fuente de filiación privilegiando la voluntad de quién o quienes quieren ser padres.

A esta altura de las reflexiones la pregunta que divide las aguas es ya de índole moral y no jurídica. ¿La existencia de un hombre y de una mujer (como progenitores biológicos) que aportaron la mitad cada uno de una importante información genética y que por lo tanto los vincula indefectiblemente al nuevo ser puede desvincularse a partir de una ley positiva?

Nuestra respuesta es un no rotundo ya que la ley positiva que prioriza la autonomía del adulto en desmedro del concebido y lo cosifica puede ser legal pero no tiene una licitud moral buena y en este sentido acordamos con Lafferriere cuando expresa que:

> […] Cuando el legislador o el juez asumen una aproximación desreguladora, que otorga primacía a la autonomía de la voluntad de los adultos y no respeta la originalidad de la transmisión de la vida humana, quedan vulnerados importantes valores personales y familiares que son exigencia del bien común y de la dignidad de la persona humana[205].

Con ello se lesiona la identidad de una persona ya desde el inicio de su vida y durante el transcurso de la misma. En el origen de la vida es cuando la persona se encuentra, quizás, en la etapa más vulnerable de su existencia y se debe tutelar con más fortaleza sus derechos.

Cuando dos hombres o dos mujeres requieren la donación de gametas de un tercero desconocido, la identidad biológica del hijo provendrá del hombre o la mujer que aportó la gameta y la del tercero que donó la otra.

Existen diversas formas de afectar el derecho a la identidad personal como se vio en este trabajo y en base a la argumentación brindada queremos demostrar que el rol de lo biológico es muy fuerte en la configuración de la identidad. Existe un peso consciente de lo genético ya que es determinante y es un disparador de la presencia de la diversidad genética y a la inclusión de otro que le aportará al hijo el 50% de los genes. Es por eso que

[205] AAVV.; Bioética y nuevos derechos; Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida; Óp. Cit., p. 135.

la palabra "identidad" y ya desde algunos años tiene la connotación que *hay una cosa que posee la virtud de ser ella misma*[206].

La situación de la identidad humana y en particular de aquellas personas que han nacido por acción de las técnicas de reproducción asistida con material heterólogo se complejiza cuando se incorpora por ley la figura de la voluntad procreacional para definir quiénes son los padres.

De acuerdo al argumento jurídico, biológico, psicológico y bioético expuesto en el desarrollo de este trabajo, se constituye en fundamento necesario para conocer la identidad biológica de quienes aportaron las gametas y que debe prevalecer en todos los casos ya que el derecho a conocer los orígenes personales del hijo siempre debe ser prioritario. En base a esta argumentación quedó comprobada nuestra hipótesis de trabajo cuando nos proponíamos demostrar que la transformación del deseo de un hijo en pasión por el niño, junto a situaciones favorecedoras como las modificaciones del Código Civil, el cambio de paradigma en la institución del matrimonio y el acceso por ley a las técnicas y procedimientos de reproducción médicamente asistida con gametas heterólogas, producen una afectación del derecho a la identidad del concebido.

En base a estas reflexiones surge la necesidad imperiosa de un debate con un diálogo racional y específicamente bioético para poder avanzar hacia un acuerdo que legitime normas morales válidas y universales. Son dificultades bioéticas que deben resolverse adecuadamente.

No podemos obviar un aspecto que percibimos en nuestra investigación y en las reiteradas consultas a la bibliografía bioética del tema y que se refiere a la escasa enunciación del mismo desde la óptica personalista ontológicamente fundamentada.

Vaya este aporte para contribuir a la discusión bioética que traspasa lo jurídico y lo estrictamente biológico, para irrumpir en la esencia del ser concebido por medio de las técnicas de fertilización asistida con gametas anónimas, dejando la impronta indeleble del daño al derecho a la identidad personal.

Frente a este panorama, ¿estaremos recién amaneciendo en una problemática existencial de generaciones que en realidad dejan desvanecer su esencia? ¿qué responder frente a la pregunta ¿quién soy? Muchas de las actividades que lleva a cabo la ciencia se encuentran enfrentadas desde el punto de vista ético y es allí donde deberíamos revalorizar

[206] Ídem, p. 16.

la primera concepción de la bioética como disciplina que pone el acento en el aspecto moral frente al avasallamiento biológico.

El derecho a la identidad, como se ha desarrollado en este trabajo, es un elemento indispensable para la persona y plantea discusiones bioéticas profundas que aún no han podido asomar al horizonte de la vida.

La postura prohibitiva de las técnicas de reproducción médicamente asistidas con material heterólogo es la forma más consistente y respetuosa del derecho a la identidad del concebido, pero si ello no fuera posible y desde nuestra posición bioética concluimos que:

1) Es necesario que no se produzca ningún tipo de restricción a conocer la verdad en cuanto a la identidad personal del niño y por ello las leyes y reglamentaciones deben adecuarse a esta forma.
2) Se debe establecer límites bioéticos a estos avances biológicos, pero entendiendo que dichos límites tienen como función evitar el descarrilamiento o salida del cauce moral personalista ontológico que permita no causar daños a un tercero involucrado como es el caso del que no puede defenderse, es decir del niño concebido.
3) Si bien es cierto que la libertad y la autonomía del ser humano le permite tener acceso a diversas formas de "ser padres", ello no implica desconocer que existe "el derecho del hijo" a conocer sus orígenes biológicos para poder construir su identidad.
4) Cuando existe un conflicto de intereses entre dos derechos humanos, en nuestro caso el derecho al anonimato de los dadores de gametas y el derecho de los hijos a conocer la identidad de su o sus progenitores biológicos nacidos de estas técnicas, es este último el que debe prevalecer según la ley de protección a niñas, niños y adolescentes para no causarle daño en su identidad al nacido.
5) Es necesario redactar normas que reglamenten cómo deben funcionar los bancos de recepción de gametas en relación con las prescripciones fundamentales que permitan la identificación de los dadores a fin de preservar el derecho de identidad y el derecho a la salud de los nacidos bajo estas técnicas con material heterólogo.
6) Establecer legajos completos archivados en un fichero único que resguarden la información de cada donante y sus beneficiarios.

7) Profundizar desde la bioética personalista ontológicamente fundamentada la discusión de esta problemática y su correspondiente difusión, tanto académica como a nivel poblacional.

GLOSARIO

A.D.N.: Sigla que significa ácido desoxirribonucleico.

A.R.N.: Sigla que significa ácido ribonucleico.

C.C.C.: Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

CIGOTO: Nombre que recibe el producto de la concepción.

ESTERILIDAD Se dice de la mujer o de la pareja que no usando métodos anticonceptivos durante un año y medio no logra embarazarse.

ESPERMATOGÉNESIS: Proceso fisiológico por el cual se produce en el testículo la formación de espermatozoides y cuyo paso fundamental es la división meiótica por la cual se reduce a la mitad el número normal de cromosomas.

FECUNDACIÓN: Proceso por el cual se unen el espermatozoide y el óvulo generalmente en el tercio externo de la trompa de Falopio.

FERTILIZACIÓN HETERÓLOGA: Se refiere a la utilización de alguna técnica de reproducción médicamente asistida con gametas anónimas.

GAMETAS HETERÓLOGAS: Se refiere a un espermatozoide o un óvulo que se obtienen de un tercero anónimo, es decir no pertenece a la pareja.

HOMOPARENTALIDADES En el habla común se refiere a las uniones o matrimonios con personas de igual sexo.

INFERTILIDAD: Se dice de la mujer que por diversas causas médicas queda embarazada pero no puede llegar a término con el embarazo.

MEIOSIS: División celular que tiene como finalidad reducir a la mitad el número normal de cromosomas. Se efectúa en el espermatozoide y óvulo.

MIGRACIÓN: Es el movimiento de traslación por la Trompa de Falopio del huevo o cigoto hasta llegar a la cavidad uterina. En la especie humana dura 7 días.

NIDACIÓN: Es el proceso por el cual el cigoto se introduce en el endometrio del útero preparado por las hormonas del ovario.

OVOGÉNESIS OVULACIÓN: Proceso fisiológico que se desarrolla en el ovario y da lugar a la formación de óvulos con la mitad del número normal de cromosomas.

PARTENOGÉNESIS Término que proviene de la biología y significa un tipo de reproducción asexuada a partir de una sola gameta.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

1. AAVV, Diversidad Sexual, Buenos Aires: Ed. APA, 1º Ed., 2010.
2. AAVV, Felicidad y Deseo; Editorial Biblos, Buenos Aires, 1° Edición, 2009, Traductores: Aníbal Fornari y Dante Klocker.
3. AAVV.; Bioética y nuevos derechos; Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida; director Carlos María Romeo Casabona; España, Editorial Comares; 2016.
4. AAVV, Asociación Médica Argentina, Código de Ética para el Equipo de Salud, 2° Edición, Buenos Aires: Asociación Médica Argentina, 2011.
5. AAVV, Problemas Éticos que plantean las técnicas que actúan sobre la reproducción humana; 1° Edición, Buenos Aires: San Pablo; 1994.
6. Arribere, R.; Coco, R.; Nacer bien, 1° Edición, Buenos Aires: Tiempo, 2005.
7. Artigas, M., Filosofía de la naturaleza; 5° Edición, España: Eunsa; 2003.
8. Andruet, A.; Bioética y derechos humanos; 1° Edición, Buenos Aires: Editorial Universitaria Católica de Córdoba, 2007.
9. Anzoátegui, M., Bolla, L., Femenías, M.L.; Antropología Filosófica, 1° Edición, Buenos Aires: Waldhuter; 2016.

10. Alkolombre, P.; Deseo de hijo. Pasión de hijo; Buenos Aires; Editorial Letra Viva; 1° Edición; 2008.
11. Aquino, T., Summa Teológica, Edición de Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993.
12. Aristóteles, Ética a Nicómaco, Biblioteca de Filosofía, Editorial Mestas, Madrid, Traducción Vicente Gutiérrez, 2° Edición, 2003.
13. Aristóteles, Ética, Editorial Gredos, España, 2007.
14. Aristóteles, Metafísica, Editorial Gredos, España, 2007.
15. Arribere, R.; Bioética y Derecho, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 1° Edición, 2008.
16. Bañares J.; Miras J.; Matrimonio y Familia, 1° Edición, Buenos Aires: Ed. Logos, 2011.
17. Baso, D., Obiglio, H., Principios de bioética en el catecismo de la iglesia católica, Centro de Investigaciones en Ética Biomédica, Buenos Aires, 1993.
18. Basso D.; Nacer y Morir con Dignidad, 4° Edición, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.
19. Basso, D.; Los Fundamentos de la Moral, 2° Edición, Buenos Aires: Educa, 1993.
20. Bernarth, V., Gente Nueva, 1° Edición, Sudamericana, Buenos Aires, 2015.
21. Bimbi, B.; Matrimonio Igualitario, 1° Edición, Buenos Aires: Editorial: Planeta; 2010.
22. Bunge, M.; Filosofía para médicos, 1° Edición, Buenos Aires: Gedisa, 2012.
23. Carmona Blázquez, F., Del Prado Devesa, A.; Cano Galindo, M.; Diccionario de términos éticos, Editorial Verbo Divino, España, 1999, 1° Edición.
24. Caturelli, A.; Orden Natural y Orden Moral, Educa, 2011, Buenos Aires.
25. Cifuentes, S.; Derechos Personalísimos, 2° Edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1995.
26. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Buenos Aires, Erreius, 2016.
27. Comparato, M.; Esterilidad, 2 Edición, Buenos Aires: Editorial: Organon, 2013.
28. Comte- Sponville, A.; La felicidad, desesperadamente; Trad. Enric Folch González; Paidós, Buenos Aires, 2004
29. Consejo Pontificio para la Familia; 1° Edición, Lexicón, 2004, Madrid: Ediciones Palabra.
30. Chiapero, S.M.; Maternidad subrogada; 1° Edición, Buenos Aires: Astrea; 2012.
31. Ciccone, L.; Bioética. Historia. Principios. Cuestiones; 2° Edición, Madrid: Pelícano, 2006.
32. Damasio, A., En busca de Spinoza, 1° Edición, Buenos Aires: Paidós, 2014.

33. Debeljuh, P.; El desafío de la Ética; 1° Edición, Buenos Aires: Temas Grupo Editorial, 2003.
34. Derisi, O.; Estudios de metafísica y gnoseología; 1° Edición, Buenos Aires: Educa; 1985.
35. Descombres, V.; El Idioma de la Identidad, editorial Eterna Cadencia, Francia, traducido por Cecilia González, 1° Edición, 2015.
36. Diccionario de la Real Academia Española. Año 2014.
37. Di Segni, S.; Sexualidades; 1° Edición, Buenos Aires: Fondo de la Cultura Económica, 2013.
38. Engelhardt, H.T.; Los fundamentos de la bioética; 1° Edición, Buenos Aires: Paidós; 1995.
39. Etcheverría, M.T.; ¿Qué es la Bioética?; 2° Edición; España: Salamanca, 1999.
40. Etxeberria, X.; Temas Básicos de Ética, 3° Edición, España: Centro Universitario de la Compañía de Jesús, 2005.
41. Edwards, R.; Pastor, B.; Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española; 1° Edición, Madrid: Alianza diccionarios, 1996.
42. Famá, M.V.; El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de código civil y comercial de la nación; Lecciones y Ensayos; N° 90; Año 2012.
43. Fernández Sessasego, C.; El derecho a la identidad personal, 1° Edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992.
44. Franca-Tarragó, O., Fundamentos de bioética, Buenos Aires: Paulinas; 1° Edición, 2008.
45. Fromm, E.; Psicoanálisis de la sociedad contemporánea; 5° Edición, México: Fondo de la Cultura Económica, 1967.
46. Gafo, J.; Bioética teológica, 1° Edición, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2003.
47. García, J.J., Compendio de bioética, Buenos Aires: Librería Córdoba, 1° Edición, 2006.
48. Golombok, S.; Familias modernas. Padres e hijos en las nuevas formas de familia; Universidad de Cambridge, Traducción de: Cristina Piña Aldao; 1° Edición, 2016.

49. Habermas, J; Identidades nacionales y postnacionales; 1° Edición, Madrid: Editorial Tecnos, 1989.
50. Herrera, M.; Técnicas de reproducción humana asistida. Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación. 1° Edición, Buenos Aires: Ediciones La Ley; 2015, pp. 295-442.
51. Hildebrand von, D.; Ética. 1° Edición española, Madrid: Ediciones Encuentro, 1983, Traducción: Juan José García Norro.
52. Hildebrand, V.D.; Ética Cristiana; 1° Edición, Barcelona: Herder, 1962.
53. Junyent Bas de Sandoval, B. M.; Fecundación Asistida e Identidad Personal, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016.
54. Kemelmajer de Carlucci, A.; El Derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003 en el caso "Odiévre v. France", RDF Buenos Aires, Abeledo Perrot, N° 26, Año 2004.
55. Kvitko, L.A.; Consentimiento Informado, 2° Edición, Buenos Aires: Tribunales, 2015.
56. Kottow, M., Introducción a la bioética, Chile: Mediterráneo, 1° Edición, 2005.
57. Lafferriere, N.; Franck, M.I.; Bioética en el Aula; 1° Edición; Buenos Aires: Bonum, 2013.
58. Lersch, P., Sobre la esencia de los sexos, Madrid: Ed. Oriens, 1968.
59. Levermann, J. A., Apuntes en defensa del matrimonio, 1° Edición, Buenos Aires: Ed. Antiprattein, 2012.
60. Lipovetsky, G.; El Crepúsculo del Deber, 2° Edición, Barcelona: Anagrama, Traducido por Juana Bignozzi, 1994.
61. Lolas Stepke, F.; Freitas Drumond, J.G.; Bioética, Buenos Aires: Mediterráneo, 1° Edición, 2013.
62. López Moratalla, N.; Iraburu Elizalde, M.; Los quince primeros días del embrión humano; 2° Edición, España: Eunsa, 2004.
63. Lugo, E.; Introducción a la bioética clínica. Perspectiva personalista; 1° Edición, Buenos Aires: Ágape, 2010.
64. Madueño, M.; Un grito por la vida. Bioética para todos, Buenos Aires: PPC cono sur, 1° edición, 2016.
65. Maggi Donadío de Gandolfi, María Celestina, Biodiversidad y biotecnología. Reflexiones en bioética, educa, 1º Edición, 2004.
66. Maliandi, R.; Ética, dilemas y convergencias: cuestiones éticas de la identidad, la globalización y la tecnología; 1° Edición, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2006.
67. Marrama, S.; Fecundación in vitro y Derecho, 1° Edición, Entre Ríos: Dictumediciones, 2012.

68. Maritain, J., Lecciones fundamentales de filosofía moral; 1° Edición; Buenos Aires: Club de lectores; 1966.
69. Obiglio, H.; Ray, C.; Bioética de Pío XI a Benedicto XVI; 1° Edición, Buenos Aires: Educa, 2010.
70. Ortega y Gasset, J.; Historia como sistema, Obras Completas, Madrid, 1947.
71. Oro, O.R.; Persona y Personalidad, 2° Edición, Buenos Aires: Fundación Víctor Frankl, 2005.
72. Pieper, J., Felicidad y Contemplación, 1° Edición, Librería Córdoba, Argentina, 2012.
73. Pieper, J.; Tratado sobre las virtudes, II Virtudes Teologales, 1° Edición, Buenos Aires: Librería Córdoba; 2008.
74. Quiles, I.; Aristóteles. Vida, Escritos, doctrina.; 3° Edición, Buenos Aires. De Palma; 1986.
75. Real Academia española, Diccionario de la lengua española, 23° Edición, 2012.
76. Revello, R.; Bioética: La Verdad que Busca el Bien; 1° Edición, Buenos Aires: Educa; 2010.
77. Rodríguez Duplá, L.; Ética; 1° Edición, Madrid: Biblioteca de autores cristianos, 2006.
78. Rodríguez Luño, A.; Ética General, 6° Edición, España: Eunsa; 2010.
79. Rodríguez Varela, A.; La persona antes de nacer, 1° Edición, Buenos Aires: Ágape, 2014.
80. Ronchietto, C.; la Filiación: sus desafíos jurídicos hoy, Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina, 1° edición, 2010.
81. Rotemberg, E., Wainer, B. A., Homoparentalidades. Nuevas Familias, Editorial Lugar, Buenos Aires, 2° Edición, 2012.
82. Roudinesco, E., La Familia en Desorden, 1° Edición, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.
83. Sádaba, J.; Principios de Bioética Laica; 1° Edición, España: Gedisa, 2004.
84. Sambrizzi, E.; La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano; 1° Edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot; 2001.
85. San Agustín, Confesiones, Trad. Ángel Custodio Vega, 6° Edición, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos; 1974.
86. Santo Tomás de Aquino, Summa Teológica, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2011.
87. Sgreccia, E.; Manual de bioética, II tomos, Madrid: Biblioteca de autores cristianos, 4° Edición, 2007.

88. Singer, P., Ética práctica, Universidad de Cambridge, 2° Edición, 1995.
89. Spinoza, Ética III, Definición I de las afecciones, 1° Edición, Buenos Aires: Águila, 1969.
90. Tarrago-Franca, O.; Bioética en el principio de la vida; 1° Edición; Buenos Aires: Paulinas, 2008.
91. Urbina. P., A., La identidad a partir del Código Civil y Comercial. Promoción y protección de los derechos de niños y niñas; Buenos Aires, DF y P, 3 de septiembre de 2015, N° 147.
92. Vieja López, M.T., Bioética y ciudadanía, Madrid: Biblioteca nueva, 1° Edición, 2008.
93. Vila-Coro, M.D.; Huérfanos biológicos, 1° Edición, Buenos Aires: San Pablo, 1997.
94. Warnock, M.; Fabricando bebés. ¿Existe un derecho a tener hijos?, Barcelona: Gedisa, 2004.
95. Zurriaráin, R.G.; Los embriones humanos congelados, 1° Edición, Madrid: Tribuna; 2007.

REVISTAS

1. AAVV., Rev. méd. Chile, vol.141, no.7, Santiago jul. 2013.
2. Análisis de la Ley de fecundación artificial en la Argentina. En: Vida y Ética, Instituto de Bioética, Pontificia Universidad Católica Argentina, Año 14, N° 1, junio de 2013, pp. 125-127.
3. Arias de Ronchietto, C.; Filiación por dación o abandono del concebido crioconservado. Técnicas de procreación humana asistida. Reglamentación legal en la Argentina, Vida y Ética, Año 4, N° 1, junio de 2003.
4. Basset, U., Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos?, Buenos Aires. La Ley N° 6, Año 2016.
5. Basset, Úrsula C., Derecho del niño a la unidad de toda su identidad. La Ley, 2011-1005.
6. Bescós Vera, I.; Falta un golpe de horno: sombras y tensiones del Programa de Identidad Abierta; Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro. 22 – 08.11.2016

7. Bottini de Rey, Z., La crianza de niños por parejas homoparentales y los trabajos científicos. Vida y Ética, Pontificia Universidad Católica Argentina, Instituto de Bioética, Año 14, N° 1, junio de 2013,
8. Código Civil: la vulneración del derecho a la identidad. Boletín del Centro de Bioética, 18 de noviembre de 2013.
9. Congregación para la Doctrina de la Fe, Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales, Roma, 3 de junio de 2003, Vida y Ética, Año 4, N° 1, junio de 2003.
10. Derecho de familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, N° 50, Ed. Abeledo Perrot, 2011, p. 111.
11. Donadío Maggi de Gandolfi, M. C.; Moralidad, Ética y Ciencias. Vida y Ética; Revista del Instituto de Bioética, U.C.A.; Año 11; N° 1; Junio 2010, p. 54.
12. García Sánchez, E., ¿Es un acto de amor humano la fecundación In vitro?, Cuadernos de bioética XXV, 2014, p. 180
13. Gutiérrez Berisso, M. C., La Bioética y la Libertad Humana. Vida y Ética, Publicación del Instituto de Bioética de la U.C.A.; Año 11; N° 1; junio de 2010, p. 106.
14. Herrera, M.; Lamm, E.; De identidad a identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga, Buenos Aires. La Ley, 2014-D, 594.
15. Kemelmajer de Carlucci, A. H.; Lamm, M.; Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima; Buenos Aires, La Ley 2014-F, 1075.
16. Kemelmajer de Carlucci Aída en su artículo: Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico. Publicado en La ley 2012-E, 1257.
17. Krasnow, A.; Los valores en la filiación. La Ley, Año 2006.
18. Laferriere, N.; Análisis de la Ley de fecundación artificial en la Argentina. Vida y Ética, Instituto de Bioética, Pontificia Universidad Católica Argentina, Año 14, N° 1, junio de 2013, p. 125.
19. Laferriere, N.; Las Técnicas de Procreación artificial Heterólogas: Análisis bioético y Jurídico. Vida y Ética; Edición Aniversario; Año 11; N° 1; junio 2010, pp. 134-152.

20. Lafferriere, N., ¿Qué regula la ley cuando regula el matrimonio?, Revista de Instituciones, Ideas y Mercados N.º 54 | mayo 2011 | pp. 261-275 | ISSN 1852-5970
21. Lamm, E.; La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida. En: Revista de Bioética y Derecho; Buenos Aires, N° 24, pp. 76-91.
22. Lloveras-Oviedo, El interés superior del niño, niña y adolescente. La Ley 2011-B-390.
23. Mizrahi, M. L.; Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica. La Ley 2002-B, 1198.
24. Mizrahi, M.; Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica. La Ley del 23/8/2004.
25. Pucheta, L.; Legitimación judicial a un alquiler de vientre. Boletín del Centro de Bioética, Persona y Familia; 1 de julio de 2013.

FALLOS JUDICIALES

1. Capel Comodoro Rivadavia, 28/3/08, "S.M.G. c/C.H.", Responsabilidad Civil y Seguros, Año I, N° CSJN, *Muller, Jorge s/Denuncia*. 13/11/1990, Fallos 313:1.113.
2. Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "G, H. J. y D. de G, M.E. s/guarda pre adoptiva".
3. Fallo de la Corte Suprema de la Nación en el caso "G., Mirta Liliana s/querella".
4. Fallo del Juzgado Contencioso Administrativo, Sala V del 29/4/2014 en el caso "C., E.M. y otros c. M. Salud s/Amparo Ley 16.986.
5. Fallo del Juzgado Nacional en lo Civil N° 86 en los autos "NN o D.G.M.B. s/inscripción de nacimiento" citado en: Junyent Bas, B.M.; Fecundación asistida e identidad personal, 1° Edición, Buenos Aires: Astrea, 2016.
6. Fallo S.1801 XXXVIII, "S., C. s/adopción" del 2 de agosto de 2005.
7. Formeron e hija c. Argentina", Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de abril de 2013.

8. Juzgado Contenciosos Administrativo N° 4 de CABA del 774/11 en La Ley, 2011-C-370.
9. Tribunal Superior de Córdoba del 4/5/2000, "A.E. Acción de reclamación de Estado. Recurso Directo".
10. Fallo del Juzgado Contencioso Administrativo, Sala V del 29/4/2014 en el caso "C., E.M. y otros c. M. Salud s/Amparo Ley 16.986.

DOCUMENTOS DE LA IGLESIA

1. Carta Encíclica *Casti Connubii,* Papa Pío XI, Sobre el Matrimonio Cristiano.

2. Conferencia Episcopal Argentina, En búsqueda de una ética universal: Una nueva mirada sobre la ley natural; Buenos Aires: Conferencia Episcopal argentina, 1° Edición, 2011.

3. Conferencia Episcopal Argentina; Sobre el bien inalterable del Matrimonio y la Familia; Declaración Pública en la 99° Asamblea Plenaria, Pilar, 20 de abril de 2010.

4. Dignitas Personae, Congregación para la Doctrina de la Fe, 8 de septiembre de 2008.

DICCIONARIOS

1. Carmona Blázquez, F., Del Prado Devesa, A.; Cano Galindo, M.; Diccionario de términos éticos, 1° Edición, España: Editorial Verbo Divino, 1999.
2. Edwards, R.; Pastor, B.; Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española; 1° Edición, Madrid: Alianza diccionarios, 1996.
3. Real Academia española, Diccionario de la lengua española, 23° Edición, Tomo IX, Argentina, 2014.

ARTÍCULOS DE INTERNET

1. "Argentina concede por primera vez triple filiación a hijo de pareja gay" [en línea] Disponible en:<www.sentidog.com/lat/2015/argentina-concede-por-primera-vez-triple-filiacion-a-hijo-de-pareja-gay.html>. Consultado el 3 de marzo de 2016.

2. Ahargo, A.C.; “El derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes” [en línea]. Disponible en:<http/7AR/DOC/3390/2013>. Consultado el 21 de junio de 2016.
3. Comité Consultor National d Ethique de Francia, “Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación” [en línea]. Disponible en:< http://www.ccne-ethique.fr/docs/en/avis090.pdf > Consultado el 24 de enero de 2017.
4. Contardi, S., “La FDA estudia autorizar técnica para engendrar bebés con ADN de tres personas” [en línea]. Disponible en: <http//centrodebioetica.org>. Consultado el 5 de julio de 2016.
5. Epicuro, “Carta a Meneceo” [en línea] Disponible en:<http://coebioetica.salud-oaxaca.gob.mx7biblioteca/libros7ceboax-0075.pdf> Consultado el 2 de febrero de 2016.
6. Genestoux, R., “El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo” [en línea]. Disponible en:< http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pod=S1870-21472017000100011&script=sci_arttext> Consultado el 19 de agosto de 2017.
7. González, C.A.; “Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas: el derecho a conocer los orígenes. ¿Legislación versus subjetividad?” [en línea]. Disponible en:< http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2016000200009> Consultado el 19 de agosto de 2017.
8. Lafferriere, J. N. (2010). “La contribución del matrimonio al bien común: perspectivas y desafíos” [en línea] Disponible en:<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/contribucion-matrimoniobien-comun-perspectivas.pdf> Consultado el 4 de agosto de 2017.
9. Moya, G., “Problemática ético morales vinculadas a las técnicas de fertilización asistida” [en línea]. *Vida y Ética*, año 15, N° 1(2014), Disponible en: htpp://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/porblematica-ético-morales-vinculadas.pdf. Fecha de consulta: 9 de agosto de 2017.
10. New England Journal of Medicine, “Made to Order Embryos for Sale. ¿A Brave New World?; [en línea] Disponible en: :<www.centrodebioetica.org> Consultado el 8 de julio de 2016.
11. Oliva, L.; “Identidad desconocida. El lado no previsto de la fertilización asistida” [en línea] Disponible en: < www.lanacion.com/enfoques>. Consultado el 4/6/16.

12. Pettigiani, E.; "¿Atribuir un progenitor o conocer quién es el progenitor? A propósito de la obtención compulsiva de la prueba biológica en los juicios de filiación" [en línea] Disponible en.: <www.ar/doc/94/2010> Consultado el 24 de junio de 2016.
13. Quintana, E.M.; Lukac de Stier, M., "Declaración pública de la Academia del Plata sobre la sanción de la Ley que "garantiza el acceso a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida" [en línea] Disponible en: <www.centrodebioetica.org>. Consultado el 5 de julio de 2016.
14. Ríos, S.; "Paternidad entre amigos, una nueva forma de familia*"* [en línea] Disponible en: <www.lanacion.com/sociedad>. Consultado el 3 de junio de 2016.
15. Diario Perfil, "A 30 años de la fertilización in vitro en la Argentina" [En línea]. Disponible en: <http://www.perfil.com/ciencia/a-30-anos-de-los-primeros-bebes-in-vitro-de-argentina-0207-0053.phtml>. Consultado el 25 de septiembre de 2017.

PERIÓDICOS

1. Bassols, M.; La Familia y sus Semblantes. En: Nuevas Parentalidades, Aperiódico Psicoanalítico, Buenos Aires, Año 13, N° 28, 2016.
2. Belluscio, A.; Carta de lectores, Diario La Nación, 11/3/2007.
3. Carbajal, M.; Gestar a préstamo, Página 12, 28/2/2016.
4. Diario La Nación, "La identidad desconocida: el lado no previsto de la fertilización asistida*"*, 18 de mayo de 2014.
5. Editorial del diario La Nación del 21/2/2007.
6. Herrera, M., Algunas Consideraciones Acerca de la Reforma del Código Civil. En: Nuevas Parentalidades, Aperiódico Psicoanalista, Año 13, N° 28, 2016.
7. Najles, A., R., Familiaridades. En: Nuevas Parentalidades, Periódico Psicoanalítico, Buenos Aires, Año 13, N° 28.
8. Ormat, E.; El Último Bastión del Sujeto. En: Nuevas Parentalidades, Periódico Psicoanalítico, Buenos Aires, 2016, Año 13, N° 28.
9. Osojnik, A.; Llega el turno del matrimonio homosexual, Página 12, 2007, Febrero 14.

10. Papier, S., Sobre los nuevos avances en técnicas de reproducción asistida. En: Nuevas Parentalidades, Periódico psicoanalítico, Buenos Aires, N° 28, Año 13, 2016.

ANEXO LEGAL

LEY 26.618 LEY DE MATRIMONIO CONSTITUIDO POR PERSONAS DE IGUAL SEXO

Sancionada: Julio 15 de 2010

Promulgada: Julio 21 de 2010

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

ARTICULO 1º — Modifíquese el **inciso 1 del artículo 144** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

1. Cualquiera de los cónyuges no separado personalmente o divorciado vincularmente.

ARTICULO 2º — Sustitúyese el **artículo 172** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 172: *Es indispensable para la existencia del* ***matrimonio*** *el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.*

El ***matrimonio*** *tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.*

El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

ARTICULO 3º — Sustitúyese el **artículo 188** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 188*: El matrimonio deberá celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las* ***Personas*** *que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, en su oficina, públicamente, compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales.*

Si alguno de los contrayentes estuviere imposibilitado de concurrir, el matrimonio podrá celebrarse en el domicilio del impedido o en su residencia actual, ante cuatro testigos. En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en ***matrimonio****.*

El oficial público no podrá oponerse a que los esposos, después de prestar su consentimiento, hagan bendecir su unión en el mismo acto por un ministro de su culto.

ARTICULO 4º — Sustitúyese el **artículo 206** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 206: *Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo, se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad.*

Los hijos menores de CINCO (5) años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

ARTICULO 5º — Sustitúyese el **artículo 212** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 212: *El cónyuge que no dio causa a la separación personal, y que no demandó ésta en los supuestos que prevén los artículos 203 y 204, podrá revocar las donaciones hechas al otro cónyuge en convención matrimonial.*

ARTICULO 6º — Sustitúyese el **inciso 1 del artículo 220** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

1. Cuando fuere celebrado con el impedimento establecido en el inciso 5 del artículo 166. La nulidad puede ser demandada por el cónyuge incapaz y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. No podrá demandarse la nulidad después de que el cónyuge o los cónyuges hubieren llegado a la edad legal si hubiesen continuado la cohabitación, o, cualquiera fuese la edad, si hubieren concebido.

ARTICULO 7º — Modifíquese el **inciso 1 del artículo 264** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

1. En el caso de los hijos matrimoniales, a los cónyuges conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que el acto realizado por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el artículo 264 quáter, o cuando mediare expresa oposición.

ARTICULO 8º — Sustitúyese el **artículo 264 ter** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 264 ter: *En caso de desacuerdo entre los padres, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministerio Pupilar. El juez podrá, aun de oficio, requerir toda la información que considere necesaria, y oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriere cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder de DOS (2) años.*

ARTICULO 9º — Sustitúyese el **artículo 272** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 272: *Si cualquiera de los padres faltare a esta obligación, podrá ser demandado por la prestación de alimentos por el propio hijo, si fuese adulto, asistido por un tutor especial, por cualquiera de los parientes, o por el ministerio de menores.*

ARTICULO 10. — Sustitúyese el **artículo 287** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 287*: Los padres tienen el usufructo de los bienes de sus hijos matrimoniales o extramatrimoniales voluntariamente reconocidos, que estén bajo su autoridad, con excepción de los siguientes:*

- *1. Los adquiridos mediante su trabajo, empleo, profesión o industria, aunque vivan en casa de sus padres.*
- *2. Los heredados por motivo de la indignidad o desheredación de sus padres.*
- *3. Los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador hubiera dispuesto que el usufructo corresponde al hijo.*

ARTICULO 11. — Sustitúyese el **artículo 291** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 291: *Las cargas del usufructo legal de los padres son:*

- *1. Las que pesan sobre todo usufructuario, excepto la de afianzar.*
- *2. Los gastos de subsistencia y educación de los hijos, en proporción a la importancia del usufructo.*
- *3. El pago de los intereses de los capitales que venzan durante el usufructo.*
- *4. Los gastos de enfermedad y entierro del hijo, como los del entierro y funerales del que hubiese instituido por heredero al hijo.*

ARTICULO 12. — Sustitúyese el **artículo 294** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 294: *La administración de los bienes de los hijos será ejercida en común por los padres cuando ambos estén en ejercicio de la patria potestad. Los actos conservatorios pueden ser otorgados indistintamente por cualquiera de los padres.*

Los padres podrán designar de común acuerdo a uno de ellos administrador de los bienes de los hijos, pero en ese caso el administrador necesitará el consentimiento expreso del otro para todos los actos que requieran también la autorización judicial. En caso de graves o persistentes desacuerdos sobre la administración de los bienes, cualquiera de los padres podrá requerir al juez competente que designe a uno de ellos administrador.

ARTICULO 13. — Sustitúyese el **artículo 296** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 296: *En los TRES (3) meses subsiguientes al fallecimiento de uno de los padres, el sobreviviente debe hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio, y determinarse en él los bienes que correspondan a los hijos, so pena de no tener el usufructo de los bienes de los hijos menores.*

ARTICULO 14. — Sustitúyese el **artículo 307** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 307: *Cualquiera de los padres queda privado de la patria potestad:*

- *1. Por ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus*

hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo.

- *2. Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por otro progenitor o un tercero.*
- *3. Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, inconducta notoria o delincuencia.*

ARTICULO 15. — Sustitúyese el **artículo 324** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 324: *Cuando la guarda del menor se hubiese otorgado durante el matrimonio y el período legal se completará después de la muerte de uno de los cónyuges, podrá otorgarse la adopción al sobreviviente y el hijo adoptivo lo será del matrimonio.*

ARTICULO 16. — Sustitúyese el **artículo 326** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 326: *El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación.*

En caso de que los adoptantes sean cónyuges de distinto sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva. En caso de que los cónyuges sean de un mismo sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro. Si no hubiere acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente.

En uno y otro caso podrá el adoptado después de los DIECIOCHO (18) años solicitar esta adicción.

Todos los hijos deben llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de los hijos.

Si él o la adoptante fuese viuda o viudo y su cónyuge no hubiese adoptado al menor, éste llevará el apellido del primero, salvo que existieran causas justificadas para imponerle el del cónyuge premuerto.

ARTICULO 17. — Sustitúyese el **artículo 332** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 332*: La adopción simple impone al adoptado el apellido del adoptante, pero aquél podrá agregar el suyo propio a partir de los DIECIOCHO (18) años.*

El cónyuge sobreviviente adoptante podrá solicitar que se imponga al adoptado el apellido de su cónyuge premuerto si existen causas justificadas.

ARTICULO 18. — Sustitúyese el **artículo 354** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 354: *La primera línea colateral parte de los ascendientes en el primer grado, es decir de cada uno de los padres de la persona de que se trate, y comprende a sus hermanos y hermanas y a su posteridad.*

ARTICULO 19. — Sustitúyese el **artículo 355** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 355: *La segunda, parte de los ascendientes en segundo grado, es decir de cada uno de los abuelos de la persona de que se trate, y comprende al tío, el primo hermano, y así los demás.*

ARTICULO 20. — Sustitúyese el **artículo 356** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 356: *La tercera línea colateral parte de los ascendientes en tercer grado, es decir de cada uno de los bisabuelos de la persona de que se trate, y comprende sus descendientes.*

De la misma manera se procede para establecer las otras líneas colaterales, partiendo de los ascendientes más remotos.

ARTICULO 21. — Sustitúyese el **artículo 360** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 360: *Los hermanos se distinguen en bilaterales y unilaterales. Son hermanos bilaterales los que proceden de los mismos padres. Son hermanos unilaterales los que proceden de un mismo ascendiente en primer grado, difiriendo en el otro.*

ARTICULO 22. — Sustitúyese el **artículo 476** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 476: *El cónyuge es el curador legítimo y necesario de su consorte, declarado incapaz.*

ARTICULO 23. — Sustitúyese el **artículo 478** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 478*: Cualquiera de los padres es curador de sus hijos solteros, divorciados o viudos que no tengan hijos mayores de edad, que puedan desempeñar la curatela.*

ARTICULO 24. — Sustitúyese el **inciso 3 del artículo 1.217**, el que quedará redactado de la siguiente forma:

3. Las donaciones que un futuro cónyuge hiciere al otro.

ARTICULO 25. — Sustitúyese el **inciso 2 del artículo 1.275,** el que quedará redactado de la siguiente forma:

2. Los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares de cualquiera de los cónyuges.

ARTICULO 26. — Sustitúyese el **artículo 1.299,** el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 1.299: *Decretada la separación de bienes, queda extinguida la sociedad conyugal.*

Cada uno de los integrantes de la misma recibirán los suyos propios, y los que por gananciales les correspondan, liquidada la sociedad.

ARTICULO 27. — Sustitúyese el **artículo 1.300**, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 1.300: *Durante la separación, cada uno de los cónyuges debe contribuir a su propio mantenimiento, y a los alimentos y educación de los hijos, en proporción a sus respectivos bienes*.

ARTICULO 28. — Sustitúyese el **artículo 1.301**, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 1.301*: Después de la separación de bienes, los cónyuges no tendrán parte alguna en lo que en adelante ganare el otro cónyuge.*

ARTICULO 29. — Sustitúyese el **artículo 1.315**, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 1.315: *Los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por iguales partes entre los cónyuges, o sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos.*

ARTICULO 30. — Sustitúyese el **artículo 1.358** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 1.358: *El contrato de venta no puede tener lugar entre cónyuges, aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos.*

ARTICULO 31. — Sustitúyese el **inciso 2 del artículo 1.807** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

2. El cónyuge, sin el consentimiento del otro, o autorización suplementaria del juez, de los bienes raíces del matrimonio.

ARTICULO 32. — Sustitúyese el **artículo 2.560** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 2.560: *El tesoro encontrado por uno de los cónyuges en predio del otro, o la parte que correspondiese al propietario del tesoro hallado por un tercero en predio de uno de los cónyuges, corresponde a ambos como ganancial.*

ARTICULO 33. — Sustitúyese el **artículo 3.292** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 3.292: *Es también indigno de suceder, el heredero mayor de edad que es sabedor de la muerte violenta del autor de la sucesión y que no la denuncia a los jueces en el término de UN (1) mes, cuando sobre ella no se hubiese procedido de oficio. Si los homicidas fuesen ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del heredero, cesará en éste la obligación de denunciar.*

ARTICULO 34. — Sustitúyese el **artículo 3.969** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 3.969: *La prescripción no corre entre cónyuges, aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente.*

ARTICULO 35. — Sustitúyese el **artículo 3.970** del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 3.970*: La prescripción es igualmente suspendida durante el matrimonio, cuando la acción de uno de los cónyuges hubiere de recaer contra el otro, sea por un recurso de garantía, o sea porque lo expusiere a pleitos, o a satisfacer daños e intereses.*

ARTICULO 36. — Sustitúyese el **inciso c) del artículo 36 de la *Ley 26.413***, el que quedará redactado de la siguiente forma:

c) El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de DOS (2) testigos de conocimiento, debidamente identificados quienes suscribirán el acta;

ARTICULO 37. — Sustitúyese el **artículo 4º de la *Ley 18.248***, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 4º: *Los hijos matrimoniales de cónyuges de distinto sexo llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado deseare llevar el apellido compuesto del padre, o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los DIECIOCHO (18) años. Los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo llevarán el primer apellido de alguno de ellos. A pedido de éstos podrá inscribirse el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregarse el del otro cónyuge. Si no hubiera acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente. Si el interesado deseare llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido, o el*

del otro cónyuge, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los DIECIOCHO (18) años.

Una vez adicionado el apellido no podrá suprimirse.

Todos los hijos deben llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de los hijos.

ARTICULO 38. — Sustitúyese el **artículo 8º de la *Ley 18.248***, el que quedará redactado de la siguiente forma:

***Artículo 8º**: Será optativo para la mujer casada con un hombre añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición "de".*

En caso de matrimonio entre personas del mismo sexo, será optativo para cada cónyuge añadir a su apellido el de su cónyuge, precedido por la preposición "de".

ARTICULO 39. — Sustitúyese el **artículo 9º de la *Ley 18.248***, el que quedará redactado de la siguiente forma:

***Artículo 9º**: Decretada la separación personal, será optativo para la mujer casada con un hombre llevar el apellido del marido.*

Cuando existieren motivos graves los jueces, a pedido del marido, podrán prohibir a la mujer separada el uso del apellido marital. Si la mujer hubiera optado por usarlo, decretado el divorcio vincular perderá tal derecho, salvo acuerdo en contrario o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades.

Decretada la separación personal, será optativo para cada cónyuge de un matrimonio entre personas del mismo sexo llevar el apellido del otro.

Cuando existieren motivos graves, los jueces, a pedido de uno de los cónyuges, podrán prohibir al otro separado el uso del apellido marital. Si el cónyuge hubiere optado por usarlo, decretado el divorcio vincular perderá tal derecho, salvo acuerdo en contrario o que por el ejercicio de su industria, comercio o profesión fuese conocida/o por aquél y solicitare conservarlo para sus actividades.

ARTICULO 40. — Sustitúyese el **artículo 10 de la *Ley 18.248***, el que quedará redactado de la siguiente forma:

***Artículo 10**: La viuda o el viudo está autorizada/o para requerir ante el Registro del Estado Civil la supresión del apellido marital.*

Si contrajere nuevas nupcias, perderá el apellido de su anterior cónyuge.

ARTICULO 41. — Sustitúyese el **artículo 12 de la *Ley 18.248***, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 12: *Los hijos adoptivos llevarán el apellido del adoptante, pudiendo a pedido de éste, agregarse el de origen. El adoptado podrá solicitar su adición ante el Registro del Estado Civil desde los DIECIOCHO (18) años.*

Si mediare reconocimiento posterior de los padres de sangre, se aplicará la misma regla.

Cuando los adoptantes fueren cónyuges, regirá lo dispuesto en el artículo 4º.

Si se tratare de una mujer casada con un hombre cuyo marido no adoptare al menor, llevará el apellido de soltera de la adoptante, a menos que el cónyuge autorizare expresamente a imponerle su apellido.

Si se tratare de una mujer o un hombre casada/o con una persona del mismo sexo cuyo cónyuge no adoptare al menor, llevará el apellido de soltera/o del adoptante, a menos que el cónyuge autorizare expresamente a imponerle su apellido.

Cuando la adoptante fuere viuda o viudo, el adoptado llevará su apellido de soltera/o, salvo que existieren causas justificadas para imponerle el de casada/o.

Cláusula complementaria

ARTICULO 42. — **Aplicación**. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo.

Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo.

ARTICULO 43. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS QUINCE DIAS DEL MES DE JULIO DEL AÑO DOS MIL DIEZ.

— REGISTRADA BAJO EL Nº 26.618

— JOSE J. B. PAMPURO. — EDUARDO A. FELLNER. — Enrique Hidalgo. — Juan H. Estrada.

LEY N° 26.862 DE ACCESO INTEGRAL A LOS PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS MÉDICO-ASISTENCIALES DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA

Sanción: 05/06/2013; Promulgación de Hecho: 25/06/2013; Boletín Oficial 26/06/2013.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

Artículo 1º.- Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

Art. 2º.- Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación.

Art. 3º.- Autoridad de aplicación. Será la autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación.

Art. 4º.- Registro. Créase, en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida. Quedan incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones.

Art. 5º.- Requisitos. Los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida sólo pueden realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine la autoridad de aplicación.

Art. 6º.- Funciones. El Ministerio de Salud de la Nación, sin perjuicio de sus funciones como autoridad de aplicación y para llevar a cabo el objeto de la presente, deberá:

a) Arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la presente;

b) Publicar la lista de centros de referencia públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional con miras a facilitar el acceso de la población a las mismas;

c) Efectuar campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones.

d) Propiciar la formación y capacitación continua de recursos humanos especializados en los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida.

Art. 7º.- Beneficiarios. Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

Art. 8º.- Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria

del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

Art. 9º.- Presupuesto. A los fines de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación deberá proveer anualmente la correspondiente asignación presupuestaria.

Art. 10.- Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes.

Art. 11.- La presente ley será reglamentada dentro de los noventa (90) días de su publicación.

Art. 12.- Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS CINCO DEL MES DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL TRECE.

Amado Boudou; Julián A. Domínguez; Gervasio Bozzano; Juan H. Estrada.

DECRETO REGLAMENTARIO N° 956/2013 DE LA LEY N° 26.862

Bs. As., 19/7/2013

ARTICULO 1°.- Objeto. Entiéndase que la garantía establecida por la Ley Nº 26.862 tiene por objeto el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, como la posibilidad de acceder a dichos procedimientos y técnicas cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho. A

esos fines, los Prestadores del Servicio de Salud de los ámbitos público, de la Seguridad Social y privado, deberán proveer sus prestaciones respectivas conforme la Ley Nº 26.862, la presente reglamentación y demás normas complementarias que al efecto se dicten.

ARTICULO 2°.- Definiciones. Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante.

Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.

La Autoridad de Aplicación resolverá la inclusión de nuevos procedimientos y técnicas en la cobertura que explicita la Ley Nº 26.862, siempre que tales procedimientos y técnicas hayan demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia A, es decir, a través de ensayos clínicos aleatorizados y controlados, y luego de la evaluación técnica realizada por la DIRECCION NACIONAL DE REGULACION SANITARIA Y CALIDAD DE LOS SERVICIOS DE SALUD, conforme las previsiones del PROGRAMA NACIONAL DE GARANTIA DE CALIDAD DE LA ATENCION MEDICA. Los mismos serán incorporados por normas complementarias dictadas por el MINISTERIO DE SALUD.

ARTICULO 3°.- Autoridad de Aplicación. La Autoridad de Aplicación de la Ley Nº 26.862 y de la presente Reglamentación es el MINISTERIO DE SALUD y la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD, en lo que resulte materia de su competencia.

La Autoridad de Aplicación podrá coordinar con las autoridades sanitarias provinciales y de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES el desarrollo y aprobación de las normas de habilitación categorizante de los servicios de reproducción humana asistida.

ARTICULO 4°.- Registro. El registro único de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida y los bancos de gametos y/o embriones funcionará en el ámbito del REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (Rafes) en la DIRECCION NACIONAL DE REGULACION SANITARIA Y CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD, dependiente de la SUBSECRETARIA DE POLITICAS, REGULACION Y FISCALIZACION de la SECRETARIA DE POLITICAS, REGULACION E INSTITUTOS del MINISTERIO DE SALUD. Las autoridades sanitarias de las provincias y de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES serán las responsables de registrar los establecimientos que hayan habilitado a tal fin, conforme a las normas de habilitación categorizante que se hubieran aprobado.

ARTICULO 5°.- Requisitos. La Autoridad de Aplicación deberá establecer los requisitos de habilitación de los establecimientos sanitarios destinados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, en el marco de la normativa de habilitación categorizante del PROGRAMA NACIONAL DE GARANTIA DE LA CALIDAD DE LA ASISTENCIA MEDICA.

La habilitación sanitaria del servicio y de los establecimientos será otorgada por la autoridad jurisdiccional competente.

ARTICULO 6°.- Funciones. El MINISTERIO DE SALUD, a los fines de cumplir con lo establecido por el artículo 6° de la Ley Nº 26.862, deberá:

a) Coordinar con las autoridades sanitarias de las provincias y de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES la creación de servicios de reproducción medicamente asistida de distintas complejidades, según necesidades y existencia previa de los mencionados servicios en establecimientos sanitarios públicos de cada jurisdicción o a nivel regional, que cumplan con los requisitos generales de habilitación categorizante del PROGRAMA NACIONAL DE GARANTIA DE LA CALIDAD DE LA ASISTENCIA MEDICA.

b) Mantener en la página Web del MINISTERIO DE SALUD y en el SISTEMA INTEGRADO DE INFORMACION SANITARIA la lista actualizada de establecimientos sanitarios públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional, para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida.

c) Realizar campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones a través del PROGRAMA DE SALUD SEXUAL Y PROCREACION RESPONSABLE, dependiente de la DIRECCION DE MEDICINA COMUNITARIA en la órbita de la SUBSECRETARIA DE SALUD COMUNITARIA de la SECRETARIA DE PROMOCION Y PROGRAMAS SANITARIOS.

d) Promover conjuntamente con el MINISTERIO DE EDUCACION, la actualización del capital humano en la materia, involucrando a las universidades formadoras en ciencias de la salud.

ARTICULO 7°.- Beneficiarios. El consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, las Leyes Nº 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y Nº 25.326 de Protección de los Datos Personales.

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

ARTICULO 8°.- Cobertura. Quedan obligados a brindar cobertura en los términos de la presente reglamentación y sus normas complementarias los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud enmarcados en las Leyes Nº 23.660 y Nº 23.661, las Entidades de Medicina Prepaga (Ley Nº 26.682), el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (Ley Nº 19.032), la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, el Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas, las Obras Sociales Universitarias (Ley Nº 24.741), y todos aquellos agentes que brinden servicios médico asistenciales independientemente de la forma jurídica que posean.

El sistema de Salud Público cubrirá a todo argentino y a todo habitante que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente, y que no posea otra cobertura de salud.

En los términos que marca la Ley Nº 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos.

Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo TRES (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad.

Quedan incluidos en el PROGRAMA MEDICO OBLIGATORIO (PMO), los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8° de la Ley Nº 26.862.

No se considerará como situación de preexistencia, en los términos del artículo 10 de la Ley Nº 26.682, la condición de infertilidad o la imposibilidad de concebir un embarazo.

En caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (Rafes) de la DIRECCION NACIONAL DE REGULACION SANITARIA Y CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD, dependientes del MINISTERIO DE SALUD.

Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante.

La donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.

La autoridad de aplicación podrá elaborar una norma de diagnóstico e indicaciones terapéuticas de medicamentos, procedimientos y técnicas de reproducción asistida para la

cobertura por el Programa Médico Obligatorio, sin que ello implique demora en la aplicación inmediata de las garantías que establece la Ley Nº 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. La ausencia del dictado de tal norma no implicará dilación alguna en la aplicación inmediata de las mencionadas garantías.

ARTICULO 9°.- Presupuesto. Conforme lo establecido por el artículo 6° de la Ley Nº 26.862, el MINISTERIO DE SALUD asignará anualmente las partidas presupuestarias correspondientes, para la atención de la población en los términos del artículo 8° de la presente reglamentación.

ARTÍCULO 10.- Las respectivas autoridades sanitarias de las jurisdicciones provinciales y de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES, deberán adoptar los recaudos tendientes a la efectiva implementación de la Ley en el ámbito de sus competencias, incluyendo las previsiones presupuestarias correspondientes.

LEY 26.529 LEY DE LOS DERECHOS DEL PACIENTE EN RELACIÓN A LAS INSTITUCIONES DE SALUD

Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Sancionada: octubre 21 de 2009 Promulgada de Hecho: noviembre 19 de 2009 El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley: DERECHOS DEL PACIENTE, HISTORIA CLINICA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO ARTICULO 1º — Ámbito de aplicación. El ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la

voluntad, la información y la documentación clínica, se rige por la presente ley. Capítulo I DERECHOS DEL PACIENTE EN SU RELACION CON LOS PROFESIONALES E INSTITUCIONES DE LA SALUD ARTICULO 2º — Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: a) Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente; b) Trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes; c) Intimidad. Toda actividad médico - asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley Nº 25.326; d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente; e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o

desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente. (Inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012) f) Información Sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información. g) Interconsulta Médica. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud. Capítulo II DE LA INFORMACION SANITARIA ARTICULO 3º — Definición. A los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos. ARTICULO 4º — Autorización. La información sanitaria sólo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad. Capítulo III DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO ARTICULO 5º — Definición. Entiéndase por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones

que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. (Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012) ARTICULO 6º — Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. (Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012) ARTICULO 7º — Instrumentación. El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación. f) En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5° deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto. (Inciso incorporado por art. 4° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012) ARTICULO 8º — Exposición con fines académicos. Se requiere el consentimiento del paciente o en su defecto, el de sus representantes legales, y del profesional de la salud interviniente ante exposiciones con fines académicos, con carácter previo a la realización de dicha exposición. ARTICULO 9º — Excepciones al consentimiento informado. El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán

de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo. ARTICULO 10. — Revocabilidad. La decisión del paciente, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica. Las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. (Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012) ARTICULO 11. — Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó. (Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012) Artículo 11 bis: Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma. (Artículo incorporado por art. 7° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012) Capítulo IV DE LA HISTORIA CLINICA ARTICULO 12. — Definición y alcance. A los efectos de esta ley, entiéndase por historia clínica, el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud. ARTICULO 13. — Historia clínica informatizada. El contenido de la historia clínica, puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma. A tal fin, debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad. La reglamentación

establece la documentación respaldatoria que deberá conservarse y designa a los responsables que tendrán a su cargo la guarda de la misma. ARTICULO 14. — Titularidad. El paciente es el titular de la historia clínica. A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, salvo caso de emergencia. ARTICULO 15. — Asientos. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes y de lo que disponga la reglamentación, en la historia clínica se debe asentar: a) La fecha de inicio de su confección; b) Datos identificatorios del paciente y su núcleo familiar; c) Datos identificatorios del profesional interviniente y su especialidad; d) Registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes; e) Antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos del paciente, si los hubiere; f) En el caso de las historias clínicas odontológicas, éstas deben contener registros odontológicos que permitan la identificación del paciente; g) Todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas. Los asientos que se correspondan con lo establecido en los incisos d), e), f) y g) del presente artículo, deberán ser realizados sobre la base de nomenclaturas y modelos universales adoptados y actualizados por la Organización Mundial de la Salud, que la autoridad de aplicación establecerá y actualizará por vía reglamentaria. Para el caso del inciso f) debe confeccionarse el registro odontológico, integrante de la historia clínica, en el que se deben individualizar las piezas dentales del paciente en forma estandarizada, según el sistema dígito dos o binario, conforme al sistema de marcación y colores que establezca la reglamentación. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.812 B.O. 21/1/2013) ARTICULO 16. — Integridad. Forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante. ARTICULO 17. — Unicidad. La historia clínica tiene carácter único dentro de cada establecimiento asistencial público o privado, y debe identificar al paciente por medio de

una "clave uniforme", la que deberá ser comunicada al mismo. ARTICULO 18. — Inviolabilidad. Depositarios. La historia clínica es inviolable. Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas. A los depositarios les son extensivas y aplicables las disposiciones que en materia contractual se establecen en el Libro II, Sección III, del Título XV del Código Civil, "Del depósito", y normas concordantes. La obligación impuesta en el párrafo precedente debe regir durante el plazo mínimo de DIEZ (10) años de prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual. Dicho plazo se computa desde la última actuación registrada en la historia clínica y vencido el mismo, el depositario dispondrá de la misma en el modo y forma que determine la reglamentación. ARTICULO 19. — Legitimación. Estableése que se encuentran legitimados para solicitar la historia clínica: a) El paciente y su representante legal; b) El cónyuge o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo según acreditación que determine la reglamentación y los herederos forzosos, en su caso, con la autorización del paciente, salvo que éste se encuentre imposibilitado de darla; c) Los médicos, y otros profesionales del arte de curar, cuando cuenten con expresa autorización del paciente o de su representante legal. A dichos fines, el depositario deberá disponer de un ejemplar del expediente médico con carácter de copia de resguardo, revistiendo dicha copia todas las formalidades y garantías que las debidas al original. Asimismo podrán entregarse, cuando corresponda, copias certificadas por autoridad sanitaria respectiva del expediente médico, dejando constancia de la persona que efectúa la diligencia, consignando sus datos, motivos y demás consideraciones que resulten menester. ARTICULO 20. — Negativa. Acción. Todo sujeto legitimado en los términos del artículo 19 de la presente ley, frente a la negativa, demora o silencio del responsable que tiene a su cargo la guarda de la historia clínica, dispondrá del ejercicio de la acción directa de "habeas data" a fin de asegurar el acceso y obtención de aquélla. A dicha acción se le imprimirá el modo de proceso que en cada jurisdicción resulte más apto y rápido. En jurisdicción nacional, esta acción quedará exenta de gastos de justicia. ARTICULO 21. — Sanciones. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiere corresponder, los incumplimientos de las obligaciones emergentes de la presente ley por parte de los profesionales y responsables de los establecimientos asistenciales constituirán falta grave,

siendo pasibles en la jurisdicción nacional de las sanciones previstas en el título VIII de la Ley 17.132 —Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas— y, en las jurisdicciones locales, serán pasibles de las sanciones de similar tenor que se correspondan con el régimen legal del ejercicio de la medicina que rija en cada una de ellas. Capítulo V DISPOSICIONES GENERALES ARTICULO 22. — Autoridad de aplicación nacional y local. Es autoridad de aplicación de la presente ley en la jurisdicción nacional, el Ministerio de Salud de la Nación, y en cada una de las jurisdicciones provinciales y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la máxima autoridad sanitaria local. Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a adherir a la presente ley en lo que es materia del régimen de sanciones y del beneficio de gratuidad en materia de acceso a la justicia. ARTICULO 23. — Vigencia. La presente ley es de orden público, y entrará en vigencia a partir de los NOVENTA (90) días de la fecha de su publicación. ARTICULO 24. — Reglamentación. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los NOVENTA (90) días contados a partir de su publicación. ARTICULO 25. — Comuníquese al Poder Ejecutivo. DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTIUN DIAS DEL MES DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL NUEVE. — REGISTRADA BAJO EL Nº 26.529 —

DECRETO REGLAMENTARIO 1089/12 DE LA LEY 26.529

DECRETO 1089/2012 Bs. As., 5/07/2012 Fecha de Publicación: B.O. 6/07/2012 VISTO el Expediente Nº 1-2002-6745/12-3 del registro del MINISTERIO DE SALUD y la Ley Nº 26.529 modificada por la Ley Nº 26.742, y CONSIDERANDO: Que por Ley Nº 26.529 promulgada de hecho el 19 de noviembre de 2009 se sanciona la Ley de Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado. Que por Ley Nº 26.742 promulgada de hecho el 24 de mayo de 2012 se modifica la Ley Nº 26.529. Que en tal sentido corresponde en esta instancia dictar las normas reglamentarias necesarias que permitan la inmediata puesta en funcionamiento de las previsiones contenidas en la Ley Nº

26.529 modificada por la Ley Nº 26.742. Que la DIRECCION GENERAL DE ASUNTOS JURIDICOS del MINISTERIO DE SALUD ha tomado la intervención de su competencia. Que la presente medida se dicta en uso de las facultades conferidas por el artículo 99, incisos 1° y 2° de la CONSTITUCION NACIONAL. Por ello, LA PRESIDENTA DE LA NACION ARGENTINA DECRETA: Artículo 1° — Apruébese la reglamentación de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742 que, como ANEXO I, forma parte del presente Decreto. Art. 2° — Comuníquese, publíquese, dese a la DIRECCION NACIONAL DE REGISTRO OFICIAL y archívese. — FERNANDEZ DE KIRCHNER. —Juan M. Abal Medina. — Juan L. Manzur. ANEXO I REGLAMENTACION DE LA LEY Nº 26.529 MODIFICADA POR LA LEY Nº 26.742 ARTICULO 1°. - Ámbito de aplicación: la presente reglamentación alcanza el ejercicio de los derechos del paciente, como sujeto que requiere cuidado sanitario en la relación que establece con los profesionales de la salud. Incluye la documentación clínica regida por la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742 y complementa las respectivas leyes y reglamentaciones del ejercicio profesional en salud. En lo que refiere al derecho a la información, esta reglamentación complementa la Ley Nº 25.326, sus normas reglamentarias y la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742. Asimismo, este decreto comprende a los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud alcanzados por la Ley Nº 23.661, respecto a la relación entre ellos y sus prestadores propios o contratados con sus beneficiarios, cualquiera sea la jurisdicción del país en que desarrollen su actividad. Capítulo I DERECHOS DEL PACIENTE EN SU RELACION CON LOS PROFESIONALES E INSTITUCIONES DE LA SALUD ARTICULO 2°.- Derechos del paciente. A los fines de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, considerase efector a toda persona física o jurídica que brinde prestaciones vinculadas a la salud con fines de promoción, prevención, atención y rehabilitación. La SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar el correcto ejercicio de los derechos reconocidos por esta Ley a los beneficiarios del Sistema Nacional del Seguro de Salud por parte de los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud de todo el país, comprendidos por la Ley Nº 23.661. a) Asistencia. Considerase que el derecho de los pacientes a ser asistidos involucra el deber de los profesionales de la salud de cumplir con lo previsto por el artículo 19 de la Ley Nº 17.132, cuando la gravedad del estado del paciente así lo imponga. En ningún caso, el profesional de la salud podrá invocar para negar su asistencia profesional, reglamentos administrativos institucionales, órdenes superiores,

o cualquier otra cuestión que desvirtúe la función social que lo caracteriza. Deberá quedar documentada en la historia clínica la mención del nuevo profesional tratante si mediara derivación, o bien, la decisión del paciente de requerir los servicios de otro profesional. Sin perjuicio de ello, cuando se trate de pacientes menores de edad, siempre se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Sobre los Derechos del Niño y reconocidos en las Leyes Nº 23.849, Nº 26.061 y Nº 26.529. b) Trato digno y respetuoso. El deber de trato digno se extiende a todos los niveles de atención, comprendiendo también el que deben dispensarle a los pacientes y su familia y acompañantes sin discriminación alguna, los prestadores institucionales de salud y sus empleados, y los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud, alcanzados por la Ley Nº 23.661 y su reglamentación. Ello, teniendo en cuenta la condición de persona humana del paciente, quien necesita de los servicios de salud, así como de la ciencia y competencia profesional que los caracteriza. c) Intimidad. A los fines de esta reglamentación entiéndase por datos personales a la información de cualquier tipo referida a los pacientes, en su condición de tales, y en especial a sus datos sensibles, entendidos como los datos personales que revelan origen étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales. afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual, con los alcances previstos por la Ley Nº 25.326. Considerase que es un deber de los profesionales de la salud y de las instituciones asistenciales el respeto de la intimidad de los pacientes y de la autonomía de su voluntad, en toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente y en especial respecto a sus datos sensibles. d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que todo aquello que llegare a conocimiento de los profesionales de la salud o sus colaboradores con motivo o en razón de su ejercicio, y de quienes manipulen su documentación clínica, no se dé a conocer sin su expresa autorización, salvo los casos que la ley que se reglamenta u otras leyes así lo determinen, o que medie disposición judicial en contrario o cuando se trate de evitar un mal mayor con motivo de salud pública. Todos estos supuestos, en los que proceda revelar el contenido de los datos confidenciales, deberán ser debidamente registrados en la historia clínica y, cuando corresponda, ser puestos en conocimiento del paciente, si no mediare disposición judicial en contrario. El deber de confidencialidad es extensivo a toda persona que acceda a la documentación clínica, incluso a quienes actúan como aseguradores o financiadores de las prestaciones. Responde por la confidencialidad

no sólo el profesional tratante sino la máxima autoridad del establecimiento asistencial, y de las instituciones de la seguridad social o cualquier otra instancia pública o privada que accede a la misma. e) Autonomía de la Voluntad. El paciente es soberano para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona, para lo cual tiene derecho a tener la información necesaria y suficiente para la toma de su decisión, a entenderla claramente e incluso a negarse a participar en la enseñanza e investigación científica en el arte de curar. En uno u otro caso, puede revocar y dejar sin efecto su manifestación de voluntad. En todos los casos, deberá registrarse en la historia clínica la decisión del paciente y también su eventual revocación. Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley Nº 26.061. Para los casos presentados por la vía de protección de personas, conforme lo establecido en los artículos 234 a 237 del Código Procesal Civil y Comercial, deberá prevalecer en idéntico sentido el mejor interés del paciente, procurándose adoptar el procedimiento más expedito y eficaz posible que atienda su competencia y capacidad. El paciente podrá ejercer el derecho previsto en el artículo 2°, inciso e), tercer párrafo de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, cuando padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación. En caso de discrepancia en las decisiones, podrá recurrir a un comité de bioética. Tanto del diagnóstico, incluyendo los parámetros físico-psíquicos del paciente que lo sustenten, como del ejercicio efectivo de la autonomía de la voluntad, deberá quedar constancia explícita en la historia clínica, con la firma del médico tratante, del segundo profesional si correspondiere, y del paciente o, ante su incapacidad o imposibilidad, del familiar o representante o persona habilitada. f) Información Sanitaria. El profesional de la salud deberá proveer de la información sanitaria al paciente, o representante legal, referida a estudios y/o tratamientos, y a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, en la medida en que el paciente lo autorice o solicite expresamente. El paciente debe ser informado incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión y competencia. En estos supuestos, el

profesional debe cumplir también con informar al representante legal del paciente. Cuando el paciente, según el criterio del profesional de la salud que lo asiste, carece de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Aun en contra de la voluntad del paciente, el profesional de la salud, deberá —bajo su responsabilidad como tratante—, poner en conocimiento de aquél la información sobre su salud, cuando esté en riesgo la integridad física o la vida de otras personas por causas de salud pública. Deberá dejarse registrada esta circunstancia en la historia clínica del paciente y las razones que la justifican. Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, el paciente mayor de edad y capaz, cuando así lo decida, deberá dejar asentada su voluntad de ejercer su derecho de no recibir información sanitaria vinculada a su salud, estudios o tratamientos, mediante una declaración de voluntad efectuada por escrito, que deberá quedar asentada en su historia clínica. Ante la circunstancia descripta, deberá indicar la persona o personas que autoriza a disponer de dicha información y a decidir sobre su tratamiento o, en su caso, señalar su autorización para que las decisiones pertinentes sean tomadas por él o los profesionales tratantes, con los alcances y del modo previstos en los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742 y esta reglamentación. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, cuando el profesional actuante entienda que por razones objetivas el conocimiento de la situación de la salud del paciente puede perjudicar su salud de manera grave. En ese caso, deberá dejar asentado en la historia clínica esa situación y comunicarla a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, según lo previsto en los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742 y esta reglamentación. Estas situaciones deben ser valoradas por los profesionales de la salud de modo restrictivo y excepcional, consultando al Comité de Etica. g) Interconsulta Médica. El profesional tratante deberá prestar su colaboración cuando el paciente le informe su intención de obtener una segunda opinión, considerando la salud del paciente por sobre cualquier condición El pedido del paciente y la entrega de la información sanitaria para esa interconsulta profesional deberán ser registrados en su historia clínica en el momento en que son realizados. La entrega completa de la información sanitaria debe efectuarse por escrito y también debe ser registrada en los plazos previstos por esta reglamentación en la historia clínica respectiva. Las personas enumeradas en los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742

pueden solicitar dicha interconsulta sólo cuando el paciente no fuera competente, en cuyo caso debe asentarse también en la historia clínica tal circunstancia, con los datos del solicitante. La interconsulta también puede ser propuesta al paciente por el profesional tratante ante dificultades para arribar a un diagnóstico, resultados insatisfactorios del tratamiento instituido, otros aspectos legales, administrativos o de otra naturaleza que resulten de interés del paciente. Capítulo II DE LA INFORMACION SANITARIA ARTICULO 3°.- Incluyese dentro de los alcances de la definición de información sanitaria que debe recibir el paciente a las alternativas terapéuticas y sus riesgos y a las medidas de prevención, los beneficios y perjuicios, con los alcances previstos en el artículo 5 inciso e) de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742. Los centros de salud públicos y privados y demás sujetos obligados por la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, deben adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos de los pacientes en materia de información sanitaria. ARTICULO 4°.- Autorización. La autorización efectuada por el paciente para que terceras personas reciban por el profesional tratante la información sanitaria sobre su estado de salud, diagnóstico o tratamiento, deberá quedar registrada en la historia clínica del paciente, y ser suscripta por éste. Para el supuesto del segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742 la información sanitaria será brindada según el orden de prelación de la Ley Nº 24.193, siempre que estuviesen en el pleno uso de sus facultades. Para el consentimiento informado se atenderá al orden de prelación del artículo 21 de la Ley Nº 24.193, agregándose como último supuesto de prelación a la persona que sin ser el cónyuge del paciente, o sin reunir ese carácter conforme el inciso a) del artículo 21 de la Ley Nº 24.193, modificado por la Ley Nº 26.066, estuviera contemplado en el artículo 4°, segundo párrafo de la Ley Nº 26.529, por ser quien convive o esté a cargo de la asistencia o cuidado del paciente. En el caso de los representantes legales del paciente, sean ellos designados por la ley o por autoridad judicial, será acreditada la misma con el documento donde conste su designación. El profesional tratante deberá registrar en la historia clínica del paciente que la información sanitaria se suministró acorde a alguno de los supuestos contemplados en el artículo que se reglamenta y asumir el compromiso de confidencialidad que contempla la ley que se reglamenta. Son excepciones a la regla general aludida: 1) Aquellos casos donde a criterio del profesional se encuentra en peligro la salud pública y/o la salud o la integridad física de otra/s persona/s. 2) Cuando sea necesario el acceso a la información para la realización de auditorías médicas o prestacionales o para la labor de los financiadores de la salud,

siempre y cuando se adopten mecanismos de resguardo de la confidencialidad de los datos inherentes al paciente, que se encuentran protegidos por el secreto médico. Cuando el paciente exprese su deseo de no ser informado se documentará en la historia clínica su decisión y respetará la misma, sin perjuicio de dejar asentado su último consentimiento emitido. Capítulo III DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO ARTICULO 5°.- Definición. Entiéndase como parte del consentimiento informado al proceso cuya materialización consiste en la declaración de voluntad a la que refiere el artículo 5° de la Ley Nº 26.529 modificada por la Ley Nº 26.742, a través de la cual luego de haberse considerado las circunstancias de autonomía, evaluada la competencia y comprensión de la información suministrada referida al plan de diagnóstico, terapéutico, quirúrgico o investigación científica o paliativo, el paciente o los autorizados legalmente otorgan su consentimiento para la ejecución o no del procedimiento. Habrá consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, y no haya designado persona alguna para hacerlo; en cuyo supuesto, la información pertinente al tratamiento aplicable a su dolencia y sus resultados se dará según el orden de prelación referido anteriormente para tales fines. También operará este consentimiento por representación en el caso de los pacientes incapacitados legalmente o de menores de edad que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar. Cuando los mismos puedan comprender tales alcances, se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente. Para este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento. Para que opere el consentimiento por representación, tratándose de personas vinculadas al paciente, ubicadas en un mismo grado dentro del orden de prelación que establece el presente artículo, la oposición de una sola de éstas requerirá la intervención del comité de ética institucional respectivo, que en su caso decidirá si corresponde dar lugar a la intervención judicial, sólo en tanto resultaren dificultades para discernir la situación más favorable al paciente. El vínculo familiar o de hecho será acreditado; a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que a ese único efecto constituirá prueba suficiente por el plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas, debiendo acompañarse la documentación acreditante. Las

certificaciones podrán ser efectuadas por ante el director del establecimiento o quien lo reemplace o quien aquél designe. ARTICULO 6°.- Obligatoriedad. La obligatoriedad del consentimiento informado resulta exigible en todos los establecimientos de salud públicos y privados alcanzados por la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, este decreto y sus normas complementarias. ARTICULO 7°.- Instrumentación. Entiéndase que el consentimiento informado se materializa obligatoriamente por escrito en los casos contemplados en el artículo 7° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742. El consentimiento informado escrito constará de una explicación taxativa y pautada por parte del profesional del ámbito médico-sanitario de las actividades que se realizarán al paciente y estará redactado en forma concreta, clara y precisa, con términos que el paciente o, ante su incapacidad o imposibilidad, su familiar o representante o persona vinculada habilitada, puedan comprender, omitiendo metáforas o sinónimos que hagan ambiguo el escrito, resulten equívocos o puedan ser mal interpretados. Cuando el consentimiento informado pueda otorgarse en forma verbal, y fuera extendido de ese modo, el profesional tratante, deberá asentar en la historia clínica la fecha y alcance de cómo y sobre qué práctica operó el mismo. Cuando proceda el consentimiento informado escrito, además de firmarlo el paciente o, en su caso, las mismas personas y bajo el mismo orden y modalidades que las mencionadas en el segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, y esta reglamentación, debe ser suscripto por el profesional tratante y agregarse a la Historia Clínica. Esta obligación comprende también el acta prevista en el inciso g) del artículo 5° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742Considéranse dentro del inciso d) del artículo 7° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, a la investigación de métodos preventivos y terapéuticos con seres humanos. La revocación del consentimiento informado escrito deberá consignarse en el mismo texto por el cual se otorgó, junto al detalle de las consecuencias que el paciente declara expresamente conocer, procediéndose a su nueva rúbrica, con intervención del profesional tratante. Para los casos de una autorización verbal, conforme a la ley, su revocación deberá consignarse por escrito, en la historia clínica, asentando la fecha de su revocación, sus alcances y el detalle de los riesgos que le fueron informados al paciente a causa de la revocación, procediéndose a su rúbrica por el profesional y el paciente. Cualquiera sea el supuesto, si no le fuera posible firmar al paciente, se requerirá documentar esa circunstancia en la historia clínica, para lo cual el profesional deberá requerir la firma de DOS (2) testigos. ARTICULO 8°.- Exposición con fines académicos. Se requerirá el consentimiento previo del paciente o el

de sus representantes legales en las exposiciones con fines académicos en las que se puede, real o potencialmente, identificar al paciente, cualquiera sea su soporte. En aquellos establecimientos asistenciales donde se practique la docencia en cualquiera de sus formas, deberán arbitrarse los mecanismos para que el consentimiento informado a fin de la exposición con fines académicos sea otorgado al momento del ingreso del paciente al establecimiento asistencial. No se requerirá autorización cuando el material objeto de exposición académica sea meramente estadístico, o utilizado con fines epidemiológicos y no permite identificar la persona del paciente. A tales fines se requerirá la rúbrica del profesional tratante asumiendo la responsabilidad por la divulgación y el carácter de la información. Se reconoce el derecho de la población a conocer los problemas sanitarios de la colectividad, en términos epidemiológicos y estadísticos, cuando impliquen un riesgo para la salud pública y a que esa información se divulgue, con los mecanismos que preserven la confidencialidad e intimidad de las personas. Cuando procedan criterios más restrictivos debe estarse a los marcos legales específicos. ARTICULO 9°.- Excepciones al consentimiento informado. Constituyen excepciones a la regla general de que el consentimiento debe ser dado por el paciente, a las prescriptas en los artículos 4°, 6° y 9° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, que se reglamentan. El grave peligro para la Salud Pública al que se refiere el inciso a) del artículo 9° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, deberá estar declarado por la Autoridad Sanitaria correspondiente. Ante tal situación, la negativa a un tratamiento o diagnóstico puede dar lugar a la pérdida de beneficios o derechos o a la imposición de algunos tratamientos o diagnósticos coactivamente, conforme a las legislaciones vigentes. Asimismo, deberá ser justificada en la razonabilidad médica por el profesional interviniente y refrendada por el jefe y/o subjefe del equipo médico, la situación de emergencia con grave peligro para la salud o vida del paciente, que refiere el inciso b) del artículo 9°, cuando no puedan dar su consentimiento el paciente, sus representantes legales o las personas autorizadas por la ley y esta reglamentación. En este supuesto ante la imposibilidad del paciente para poder otorgar su consentimiento informado, será brindado por las mismas personas y bajo el mismo orden y modalidades que las mencionadas en el segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la ley conforme se reglamenta, en la primera oportunidad posible luego de superada la urgencia. A tales efectos entiéndase por representante legal aquel que surja de una definición legal y/o designación judicial. Las excepciones deben ser interpretadas con carácter restrictivo y asentadas en la historia clínica del paciente, con el detalle de los

motivos por los cuales el mismo no puede recabarse y las prácticas y medidas adoptadas sin que opere el mismo. Los establecimientos de salud deben arbitrar los recaudos para que los profesionales estén entrenados y capacitados para determinar cuándo se presentan estas situaciones y dar cumplimiento a la ley y su reglamentación. ARTICULO 10.- Revocabilidad. La decisión del paciente o, en su caso, de sus familiares o representantes o personas habilitadas, bajo el mismo orden y modalidades que el previsto en el segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742 y esta reglamentación, relativas a las cuestiones previstas en el artículo 10, deberán ser plasmadas en la historia clínica por escrito, con la rúbrica respectiva. El profesional deberá respetar la decisión revocatoria adoptada, dejando expresa constancia de ello en la historia clínica, anotando pormenorizadamente los datos que identifiquen el tratamiento médico revocado, los riesgos previsibles que la misma implica, lugar y fecha, y haciendo constar la firma del paciente o su representante legal, o persona autorizada, adjuntando el documento o formulario de consentimiento informado correspondiente. A tales fines se considerará que, si el paciente no puede extender la revocación de un consentimiento por escrito, se documente su revocación verbal, con la presencia de al menos DOS (2) testigos y la rúbrica de los mismos en la historia clínica. Ante dudas sobre la prevalencia de una decisión de autorización o revocación, en los casos en que hubiere mediado un consentimiento por representación, debe aplicarse aquella que prevalezca en beneficio del paciente, con la intervención del comité de ética institucional respectivo, fundado en criterios de razonabilidad, no paternalistas. Para ello, se dará preeminencia a la voluntad expresada por el paciente en relación a una indicación terapéutica, incluso cuando conlleve el rechazo del tratamiento. ARTICULO 11.- Directivas Anticipadas. Las Directivas Anticipadas sobre cómo debe ser tratado el paciente, deberán ser agregadas a su historia clínica. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito, con la presencia de DOS (2) testigos, por ante escribano público o juez de primera instancia competente, en la que se detallarán los tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y las decisiones relativas a su salud que consiente o rechaza. El paciente puede incluso designar un interlocutor para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones. Los profesionales de la salud deberán respetar la manifestación de voluntad autónoma del paciente. Cuando el médico a cargo considere que la misma implica desarrollar prácticas eutanásicas, previa consulta al Comité de ética de la institución respectiva y, si no lo hubiera, de otro establecimiento, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales

Directivas Anticipadas. Todos los establecimientos asistenciales deben garantizar el respeto de las Directivas Anticipadas, siendo obligación de cada institución el contar con profesionales sanitarios, en las condiciones y modo que fije la autoridad de aplicación que garanticen la realización de los tratamientos en concordancia con la voluntad del paciente. Cuando el paciente rechace mediante Directivas Anticipadas determinados tratamientos y decisiones relativas a su salud, y se encuentre en los supuestos previstos por el artículo 2° inciso e) tercer párrafo de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, el profesional interviniente mantendrá los cuidados paliativos tendientes a evitar el sufrimiento. En este supuesto, se entiende por cuidado paliativo la atención multidisciplinaria del enfermo terminal destinada a garantizar higiene y confort, incluyendo procedimientos farmacológicos o de otro tipo para el control del dolor y el sufrimiento. No se tendrán por válidas las Directivas Anticipadas otorgadas por menores o personas incapaces al momento de su otorgamiento, como así tampoco, aquellas que resulten contrarias al ordenamiento jurídico o no se correspondan con el supuesto que haya previsto el paciente al momento de exteriorizarlas. En la Historia Clínica debe dejarse constancia de las anotaciones vinculadas con estas previsiones. El paciente puede revocar en cualquier momento estas directivas, dejando constancia por escrito, con la misma modalidad con que las otorgó o las demás habilitadas por las Leyes que se reglamentan por el presente Decreto. Si el paciente, no tuviera disponible estas modalidades al momento de decidir la revocación, por encontrarse en una situación de urgencia o internado, se documentará su decisión revocatoria verbal, con la presencia de al menos DOS (2) testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica, además de la firma del profesional tratante. El paciente debe arbitrar los recaudos para que sus Directivas Anticipadas estén redactadas en un único documento, haciendo constar en el mismo que deja sin efecto las anteriores emitidas si las hubiera, así como para ponerlas en conocimiento de los profesionales tratantes. Del mismo modo si habilita a otras personas a actuar en su representación, debe designarlas en dicho instrumento, y éstas deben con su firma documentar que consienten representarlo. Las Directivas Anticipadas emitidas con intervención de UN (1) escribano público deben al menos contar con la certificación de firmas del paciente y de DOS (2) testigos, o en su caso de la o las personas que éste autorice a representarlo en el futuro, y que aceptan la misma. Sin perjuicio de ello, el paciente tendrá disponible la alternativa de suscribirlas por escritura pública, siempre con la rúbrica de los testigos y en su caso de las personas que aceptan representarlo. Los testigos, cualquiera sea el medio por el cual se extiendan, en el mismo texto de las

Directivas Anticipadas deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitirlas, y rubricarlas, sin perjuicio del deber del propio paciente otorgante de manifestar también esa circunstancia, además de que es una persona capaz y mayor de edad. En ningún caso se entenderá que el profesional que cumpla con las Directivas Anticipadas emitidas con los alcances de la Ley Nº 26.529 o su modificatoria, ni demás previsiones de ellas o de esta reglamentación, está sujeto a responsabilidad civil, penal, o administrativa derivada de su cumplimiento. Los escribanos, a través de sus entidades representativas y las autoridades judiciales a través de las instancias competentes podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas, si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente. ARTICULO 11 bis.- SIN REGLAMENTAR. Capítulo IV DE LA HISTORIA CLINICA ARTICULO 12.- Definición y alcance. A excepción de los casos de la historia clínica informatizada, los asientos de la historia clínica escrita deben ser suscriptos de puño y letra por quien los redacta, para identificar quién es responsable del mismo, con el sello respectivo o aclaración de sus datos personales y función, dejando constancia por escrito, de todos los procesos asistenciales indicados y recibidos, aceptados o rechazados, todos los datos actualizados del estado de salud del paciente, para garantizarle una asistencia adecuada. Cada establecimiento asistencial debe archivar las historias clínicas de sus pacientes, y la documentación adjunta, cualquiera sea el soporte en el que conste, para garantizar su seguridad, correcta conservación y recuperación de la información. Los profesionales del establecimiento que realizan la asistencia al paciente y participan de su diagnóstico y tratamiento deben tener acceso a su historia clínica como instrumento fundamental para su adecuada asistencia. A estos fines cada centro debe arbitrar los recaudos para permitir su acceso. Asimismo los establecimientos de salud deben adoptar los recaudos para que los datos con fines epidemiológicos o de investigación, sean tratados de modo tal que preserven la confidencialidad de los pacientes, a menos que el paciente haya dado su consentimiento y/o que hubiera mediado una orden judicial que solicite la remisión de los datos, en cuyo caso deberá estarse a los alcances de ese decisorio. Ello sin perjuicio de las otras previsiones del artículo 2° inciso d). El personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de planificación, acreditación, inspección, y evaluación, tiene derecho de acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones para la comprobación de la calidad asistencial o cualquier otra obligación del establecimiento asistencial, en relación con los pacientes y usuarios o de la propia administración. Dicho personal que

accede a estos datos, en ejercicio de sus funciones, queda sujeto al deber de secreto y confidencialidad. Los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad de manera individual son responsables de la gestión y custodia de la documentación asistencial que generen. ARTICULO 13.- Historia clínica informatizada. La historia clínica informatizada deberá adaptarse a lo prescripto por la Ley Nº 25.506, sus complementarias y modificatorias. La documentación respaldatoria que deberá conservase es aquella referida en el artículo 16 de la Ley Nº 26.529 modificada por la Ley Nº 26.742, que no se pueda informatizar y deberá ser resguardada por el plazo y personas indicados en el artículo 18 de esa misma ley. ARTICULO 14.- Titularidad. El paciente como titular de los datos contenidos en la historia clínica tiene derecho a que a su simple requerimiento se le suministre una copia autenticada por el director del establecimiento que la emite o por la persona que éste designe para ese fin dentro del plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas. Los efectores de salud deberán arbitrar los recaudos para procurar entregar la historia clínica de inmediato, cuando el paciente que la requiera se encontrare en proceso de atención, o en situaciones de urgencia o gravedad, donde corre peligro su vida o su integridad física, hecho que será acreditado presentando certificado del médico tratante. A los fines de cumplimentar esta obligación las instituciones de salud deberán prever un formulario de solicitud de copia de la historia clínica, donde se consignen todos los datos que dispone el paciente para su individualización, el motivo del pedido y su urgencia. En todos los casos el plazo empezará a computarse a partir de la presentación de la solicitud por parte del paciente o personas legitimadas para ello. Exceptuando los casos de inmediatez previstos en la segunda parte del primer párrafo de este artículo, y ante una imposibilidad debidamente fundada, los directivos de los establecimientos asistenciales o quienes ellos designen para tal fin, podrán entregar al paciente una epicrisis de alta o resumen de historia clínica, y solicitarle una prórroga para entregar la copia de la historia clínica completa, que no podrá extenderse más allá de los DIEZ (10) días corridos de su solicitud, conforme lo previsto por la Ley Nº 25.326. El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo puede ser ejercido en forma gratuita a intervalos de SEIS (6) meses, salvo que se acredite un interés legítimo al efecto, y en un número limitado de copias, por lo cual, si existieren más de tres solicitudes, podrá establecerse que se extiendan con cargo al paciente el resto de ejemplares. El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo en el caso de datos de personas fallecidas le corresponderá a sus sucesores universales o personas comprendidas en los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº

26.742, con los alcances y límites fijados en la misma. En cualquier caso el acceso de terceros a la historia clínica motivado en riesgos a la salud pública se circunscribirá a los datos pertinentes, y en ningún caso se facilitará información que afecte la intimidad del fallecido, ni que perjudique a terceros, o cuando exista una prohibición expresa del paciente. ARTICULO 15.- Asientos. En la historia clínica deberán constar fehacientemente, además de lo exigido por la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, el nombre y apellido del paciente, su número de documento nacional de identidad, pasaporte o cédula, su sexo, su edad, su teléfono, dirección y aquellos antecedentes sociales, y/u otros que se consideren importantes para su tratamiento. Todas las actuaciones de los profesionales y auxiliares de la salud deberán contener la fecha y la hora de la actuación, que deberá ser asentada inmediatamente a que la misma se hubiera realizado. Todos los asientos serán incorporados en letra clara y con una redacción comprensible. Con esa finalidad, la Historia Clínica no deberá tener tachaduras, ni se podrá escribir sobre lo ya escrito. No se podrá borrar y escribir sobre lo quitado. Se debe evitar dejar espacios en blanco y ante una equivocación deberá escribirse "ERROR" y hacer la aclaración pertinente en el espacio subsiguiente. No se deberá incluir texto interlineado. Se debe evitar la utilización de abreviaturas y, en su caso, aclarar el significado de las empleadas. Los asientos que correspondan con lo establecido en los incisos d), e) y f) del artículo que se reglamenta deberán confeccionarse sobre la base de nomenclaturas CIE 10 de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) o las que en el futuro determine la autoridad de aplicación. ARTICULO 16.- Integridad. SIN REGLAMENTAR. ARTICULO 17.- Unicidad. Los establecimientos asistenciales públicos o privados comprendidos por esta ley deberán contar con una única historia clínica por paciente, la cual deberá ser identificable por medio de una clave o código único, o número de documento de identidad. Los establecimientos tendrán un plazo de TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO (365) días desde la entrada en vigencia del presente decreto para el cumplimiento de la obligación prevista en este artículo y para comunicar la clave respectiva a cada paciente. ARTICULO 18.- Inviolabilidad. Una vez vencido el plazo de DIEZ (10) años previsto en el artículo 18 de la Ley Nº 26.529 modificada por la Ley Nº 26.742, el depositario podrá proceder a: a) Entregar la Historia Clínica al paciente b) Llegar a un acuerdo con el paciente para continuar con el depósito de la historia clínica, fijando la condición del mismo c) Su informatización, microfilmación u otro mecanismo idóneo para resguardar la información allí contenida. No obstante, si transcurridos los DIEZ (10) años,

el paciente no expresara interés en disponer del original de su historia Clínica, podrá ser destruida toda constancia de ella. Los efectores de salud deberán comunicar a los pacientes que la Historia Clínica está a su disposición, al menos SEIS (6) meses antes del vencimiento de este plazo, por un medio fehaciente al último domicilio que hubiere denunciado. Mientras se mantenga en custodia la Historia Clínica, se permitirá el acceso a la misma, por parte de los profesionales de la salud en los siguientes casos: a) Cuando se trate de los profesionales tratantes b) Cuando se encuentre en peligro la protección de la salud pública o la salud o la vida de otras persona/s, por parte de quienes disponga fundadamente la autoridad sanitaria c) Cuando sea necesario el acceso a la información para la realización de auditorías médicas o la labor de los agentes del seguro de salud, siempre y cuando se adopten mecanismos de resguardo de la confidencialidad de los datos inherentes al paciente. La disposición de las Historias Clínicas se realizará de manera que se garantice la privacidad de los datos incorporados a la misma. La obligación impuesta por la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, a los establecimientos y profesionales de la salud, referida a la conservación de las historias clínicas por el plazo de DIEZ (10) años, en carácter de depositarios, comprende instrumentar y prever los medios y recursos necesarios aún en los casos de cese de actividad, concurso o quiebra, así como también compromete el acervo hereditario de los profesionales de la salud autónomos fallecidos. En los supuestos enumerados en el párrafo precedente, los obligados legales o sus herederos pueden publicar edictos dando a conocer la circunstancia de cese, quiebra, concurso o fallecimiento, a los efectos de que en un plazo de TREINTA (30) días hábiles los pacientes o los agentes del sistema nacional del seguro de salud, con autorización del paciente respectivo, retiren los originales de la historia clínica. Aún en ese supuesto por el plazo legal debe conservarse una copia microfilmada certificada por escribano público o autoridad judicial competente, de cada Historia clínica, junto al recibo de recepción del original rubricado por el paciente y eventualmente depositarse judicialmente. ARTICULO 19.- Legitimación. Mientras la Historia Clínica se encuentre en poder del prestador de salud que la emitió, ante la solicitud del legitimado para pedir una copia, se deberá entregar un ejemplar de la misma en forma impresa y firmada por el responsable autorizado a tales efectos. Los costos que el cumplimiento del presente genere serán a cargo del solicitante cuando correspondiere. En caso de no poder afrontar el solicitante el costo de la copia de la historia clínica, la misma se entregará en forma gratuita. a) El paciente y su representante legal o quienes consientan en nombre del paciente por representación podrán requerir la

historia clínica por sí mismos, sin necesidad de expresión de causa, la que deberá ser entregada en los tiempos que establece el artículo 14 de la ley y este decreto reglamentario. b) El cónyuge, conviviente o los herederos universales forzosos sólo podrán requerir la entrega de una copia de la historia clínica presentando autorización escrita del paciente. El cónyuge deberá acreditar su vínculo con la documentación que la legislación determine. El conviviente acreditará su vínculo mediante la certificación de la unión de hecho por parte de la autoridad local, información sumaria judicial o administrativa. Los herederos universales deberán acreditar su vínculo con la documentación correspondiente y les será requerida en su caso, la autorización del paciente. Los casos en los que el paciente se encuentre imposibilitado de dar la autorización requerida deberán ser acreditados mediante certificado médico o prueba documental, para que pueda ser entregada la copia a las personas enunciadas en los artículos 4° y 6° de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742 y esta reglamentación. c) Quedan eximidos de la obligación de presentar autorización aquellos profesionales de la salud que al momento de requerir la Historia Clínica sean los responsables del tratamiento del titular de la misma. La autoridad sanitaria que debe certificar las copias es el director médico del establecimiento o personal jerárquico por él determinado. Cuando el original de la historia clínica sea requerida judicialmente, deberá permanecer en el establecimiento asistencial, una copia de resguardo debidamente certificada por sus autoridades, asentándose en el original y en la copia de resguardo los datos de los autos que motivan tal solicitud, el juzgado requirente y la fecha de remisión. ARTICULO 20.- Negativa. Vencidos los plazos previstos en el artículo 14 de la Ley Nº 26.529 modificada por la Ley Nº 26.742 y esta reglamentación sin que se satisfaga el pedido, o evacuado el informe de la Historia Clínica éste se estimará insuficiente, quedará expedita la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en la Ley Nº 25.326, sin perjuicio de las sanciones que correspondan al establecimiento de salud respectivo. ARTICULO 21.- Sanciones. Será considerada falta grave de los profesionales de la medicina, odontología y actividades auxiliares de las mismas, el incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 2° incisos a), b), e) y g), 5° inciso a) y 19 de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742 respecto de los mismos, en tanto se desempeñen en establecimientos públicos sujetos a jurisdicción nacional, sin perjuicio de las infracciones que pudieran aplicarse por imperio de la Ley Nº 25.326, por parte de la autoridad de aplicación respectiva. Asimismo, considéranse infracciones a la Ley Nº 23.661, los incumplimientos a la Ley Nº 26.529, modificada por

la Ley Nº 26.742, en las cuales incurrieran los profesionales y establecimientos prestadores de los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud y esos mismos Agentes, sujetos al control y fiscalización de la Superintendencia de Servicios de Salud. Los restantes profesionales y establecimientos sanitarios del ámbito de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sean efectores públicos o privados, estarán sujetos al régimen disciplinario que al efecto determinen esas jurisdicciones y su autoridad de aplicación, conforme el artículo 22 de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, con los alcances de la adhesión al régimen sancionatorio y/o de gratuidad al beneficio en materia de acceso a la justicia, que en cada caso se determine. Para el caso de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES, la autoridad de aplicación será la autoridad local. Facultase al MINISTERIO DE SALUD, para dictar las normas complementarias, interpretativas y aclaratorias para la aplicación del presente Decreto. Capítulo V DISPOSICIONES GENERALES ARTICULO 22.- Sin perjuicio de las potestades disciplinarias que el MINISTERIO DE SALUD ejerza para las faltas sanitarias de los profesionales de la salud en el ámbito aludido en el artículo 21 primer párrafo del presente y/o las que dispongan la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES y las jurisdicciones provinciales, regirán las atribuciones jurisdiccionales y nacionales en materia de protección de datos personales, debiendo todo registro de datos referidos a los pacientes cumplimentar las previsiones de la legislación vigente en la materia y su reglamentación. ARTICULO 23.- SIN REGLAMENTAR. ARTICULO 24.- SIN REGLAMENTAR