

Cabaleri, Diego A.

*Las técnicas de reproducción humana asistida :
el debate en la doctrina jurídica*

Documento inédito

**Cátedra Ley Natural y Persona Humana - “Bioderecho”, Proyecto de
investigación**

Facultad de Derecho

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

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

Cómo citar el documento:

Cabaleri, D. A. (2014). *Las técnicas de reproducción humana asistida : el debate en la doctrina jurídica* [en línea] Documento inédito. Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/tecnicas-reproduccion-humana-cabaleri.pdf> [Fecha de consulta:]

LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: EL DEBATE EN LA DOCTRINA JURÍDICA

Por Diego A. Cabaleri¹

1) Planteo introductorio

A pesar de la existencia de numerosos proyectos de ley desde fines de los años 80, la regulación jurídica de las técnicas de reproducción asistida fue una cuestión postergada por el Legislador en nuestro país. A partir de ello, la doctrina fue impetuosa en reclamar una solución a este vacío legal para que exista un marco regulatorio para la realización de estas prácticas, ya que, dada la complejidad de cuestiones involucradas al respecto, es necesaria una norma que precise las exigencias jurídicas implicadas en este tipo de intervenciones científicas.

“Cabe sumar a nuestra voz para que se proceda a dictar las disposiciones legales pertinentes que establezcan un marco regulatorio a las prácticas de procreación asistida, haciendo cesar la inseguridad jurídica reinante en la materia. Es indispensable poner un límite adecuado a la amplia libertad -prácticamente absoluta- con la que operan tanto los sujetos que recurren a tales técnicas como los médicos y establecimientos que las posibilitan, habida cuenta en particular al evidente afán de lucro de estos últimos”².

Con la reciente sanción de la ley de “Reproducción Médicamente Asistida” -Ley 26.862-, reglamentada por decreto 956/13, se ha profundizado aún más el debate jurídico al respecto. Dada la pobre técnica legislativa de dicha ley, que no cubre la totalidad de las cuestiones involucradas en el tema sino que solamente se limita a darle un enfoque desde la cobertura médica, no podemos decir que con ella se hayan superado las lagunas en torno a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, por consiguiente, es indispensable que se regule sobre las cuestiones de fondo y se fije un marco normativo que acabe definitivamente con cualquier tipo de duda al respecto.

¹ Trabajo realizado en el ámbito del proyecto de investigación sobre Bioderecho, bajo la dirección del Dr. Jorge Nicolás Lafferriere.

² Mizrahi, Mauricio Luis, “El niño y la reproducción humana asistida”, LA LEY, 30/08/2010.

La búsqueda del presente ensayo es la de presentar al lector una breve síntesis de los argumentos esgrimidos por parte de la doctrina nacional, sobre la valoración de las técnicas de fertilización asistida a la luz del derecho de familia. Para ello se estudiarán distintos autores de diferentes posturas, para exprimir al máximo el debate jurídico sobre esta realidad, la cual presenta aspectos delicados que deben ser evaluados con suma precaución. Al respecto, se hará una presentación de los lineamientos de cada posición sobre temas comunes y medulares en relación a las técnicas y, al mismo tiempo, se harán planteos para dejar abierta la posibilidad de un debate ulterior.

2) ¿Qué son las técnicas de reproducción asistida? ¿Para qué se usan?

Según el artículo 2 de la ley 26.862: “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”. Esta definición está en sintonía con la conceptualización que brinda la Dra. María S. Ciruzzi³: “Se llaman técnicas de reproducción asistida a los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción”.

En palabras del Dr. Jorge Nicolás Lafferriere⁴: “Es importante aclarar que, en los hechos, hoy las técnicas ya no se limitan a situaciones de esterilidad o infertilidad y comprenden otras finalidades, que podríamos sistematizar de esta forma:

- a) Concebir un hijo en casos de infertilidad o esterilidad.
- b) Evitar la transmisión de una enfermedad grave al hijo.
- c) Concebir un hijo para que sea dador de células y tejidos para un hermano vivo.

³Ciruzzi, María Susana, “*El derecho a la identidad y el derecho a la intimidad del donante de esperma: análisis del anteproyecto de reforma al Código Civil y Comercial*”, MICROJURIS.COM, 17/04/2013.

⁴Lafferriere, Jorge Nicolás, “Cuatro cuestiones sobre la regulación de las técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil 2012”, PRUDENTIA IURIS, Diciembre 2012.

- d) Concebir un hijo por pura “voluntad procreacional”, ya sea para que el hijo posea ciertas características deseadas o en atención a particulares razones de los progenitores
- e) Concebir embriones a los fines de experimentación”.

Por lo tanto, queda claro como la finalidad originaria de las técnicas ha sido modificada sustancialmente. Si bien hoy en día los casos de infertilidad son algunas de las causas de la realización de las técnicas –probablemente la mayoría de las veces-, también es cierto que en la actualidad es predominante la voluntad procreacional, noción jurídica que, llevada al extremo, conlleva la pretensión de consagrar un supuesto derecho al hijo, lo cual es negado y afirmado por distintos sectores de la doctrina.

3) Análisis de algunas cuestiones jurídicas

a) El niño como destinatario de la ley y la aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño

La doctrina, por unanimidad, considera la plena vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño (1989). Al no haber ningún tipo de cuestionamiento sobre los principios allí consagrados, el mundo jurídico reconoce:

- El principio de no discriminación de los niños (art. 2 CDN)
- El interés superior del niño (art. 3 CDN)
- “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a: un nombre, una nacionalidad y a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, en la medida de lo posible” (art. 7 CDN).

En este marco, un primer tema crítico al momento de considerar la regulación jurídica de las técnicas de fecundación artificial es el referido a quiénes son los destinatarios de la ley. Así, un buen sector de la doctrina considera que toda ley referida a estas técnicas debe necesariamente dar prioridad a los derechos del niño concebido y a su interés superior, por ser el principal afectado por las mismas.

Así, se puede advertir que algún sector de la doctrina omite considerar algunas de las consecuencias que se siguen de aplicar todos los preceptos de la Convención a las técnicas. Esa

omisión parece responder a la intención de no interferir con las técnicas, pero se realiza al costo de silenciar los conflictos que se plantean entre las normas de la Convención y algunos aspectos derivados de las técnicas de reproducción asistida. En particular, considero que los siguientes principios consagrados en la Convención sobre Derechos del Niño no pueden ser omitidos al considerar las técnicas:

- “El niño, en virtud de su especial vulnerabilidad requiere una consideración especial” (Preámbulo CDN).
- En caso de conflicto, los derechos de los niños tienen primacía por sobre los de los adultos (art. 3 CDN).
- Derecho a la identidad, en sentido amplio (arts. 7, 8, 9, 10, 11, 16, 20, 22, 29, 30 CDN).
- En casos de disolución de matrimonio, las decisiones que se tomen se harán sobre la base única del interés y conveniencia de los hijos (art. 17 inc. 4 CDN).

“Es que la dignidad y privacidad familiar debe mantenerse en todos los niveles por la vigencia del principio de la inviolabilidad de la persona pues, en la reproducción humana asistida, no estamos en el terreno de los ideales autorreferentes (donde el principio de la autonomía personal adquiere un valor irrestricto), sino en el campo intersubjetivo; lo que significa decir que todo derecho que invoque quien desea procrear quedará automáticamente limitado cuando se afecten los derechos de los demás; en nuestro caso, los de los niños. Más aún en la especie tendrán plena vigencia esos límites a las pretensiones adultas cuando la Convención sobre los Derechos del Niño —de jerarquía constitucional— establece el criterio rector del interés superior del niño (art. 3º) y su derecho a conocer a sus padres (esto es, al padre y a la madre) y a ser cuidado por ellos (art. 7º)”⁵.

Con todo respeto, pienso que quienes se encuentran en una posición favorable a la realización de estas técnicas sin limitación alguna, soslayan las implicaciones jurídicas de los principios citados. Esto se debe a que, si no descartan estos principios, las técnicas encontrarían, principalmente en los supuestos de fecundación asistida heteróloga, limitaciones legales y objetivas que impedirían su realización por afectar derechos de los niños.

⁵Mizrahi, Mauricio Luis, op. cit.

b) Interés superior del niño

Con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, la Convención sobre Derechos del Niño ha adquirido jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN). Con ello ha quedado consagrado el principio de interés superior del niño (art. 3 CDN) como un precepto fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. Por consiguiente, en los casos de controversias entre derechos de niños y derechos de adultos, la cuestión debe resolverse en favor de los primeros.

Este principio, como se ha dicho anteriormente, ha sido también aceptado por toda nuestra doctrina. Ahora bien, a simple vista se ve el distinto alcance que le otorga cada sector a este precepto. Por un lado están los que sostienen que con el uso de las técnicas no se viola de ninguna manera el interés superior del niño, sino que por el contrario, se lo fomenta, ya que en este caso, el interés del niño estaría representado por su existencia lo cual es indudablemente mejor a no existir. “No discutimos que el interés superior del niño es el eje central de toda decisión, resolución o consideración relativa a los derechos de niños y adolescentes, pero las técnicas, por el sólo hecho de ser tales, no lo contradicen: el deseo de los adultos no se opone necesariamente al de los niños; más aún, en el campo de la filiación por naturaleza se observa, con frecuencia, una importante cantidad de niños que nacen cuando los progenitores deciden, después de haber organizado y programado su llegada cuando las condiciones familiares son las adecuadas. Esta connotación se extiende a la filiación derivada de las TRHA en la cual, precisamente, la voluntad procreacional constituye un elemento fundamental para que una persona nazca, se la cuide, proteja y desee”⁶.

Del otro lado, el sector opuesto de la doctrina asegura que no es correcta esta consideración. Sostienen la falsedad de tal afirmación a pesar de la hipotética pregunta que se le pueda hacer a un niño sobre si prefiere existir o no existir, a la cual él mismo respondería con total seguridad, que prefiere existir. Pero avanzando un poco más, ¿Es posible limitar este valiosísimo precepto solamente a la posibilidad de existir? ¿No deberían entrar en cuestión otros aspectos

⁶Kemelmajer de Carlucci, Aida; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, “*Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino.*”, LA LEY, 20/09/2011.

sustanciales de la vida del niño? Al respecto, quienes parten de la interpretación amplia de este principio, consideran a su vez la existencia de diversas cuestiones en juego. A saber: La dignidad de la persona, el derecho a la identidad -en sentido amplio-, la imposibilidad de que un niño sea objeto de un contrato, la integridad del niño, entre otras. “Lo que puede ser afectado, en concreto, cuando se acude ligeramente a tolerar y/o a habilitar de hecho los distintos métodos de fecundación artificial —como acontece en nuestro país— son los derechos del niño a tener una familia (ser criado por la doble figura parental, padre y madre); a su integridad psíquica; a tener una identidad genética, biológica, jurídica y social; en definitiva, el derecho a que se respete su dignidad como persona”⁷.

c) Derecho a la identidad

“El derecho a la identidad es un derecho personalísimo, de raigambre constitucional, y como tal inalienable, innato, inherente y extrapatrimonial. Consiste en la calidad de ser uno mismo y no otro”⁸.

La doctrina es pacífica a la hora de determinar los elementos del derecho a la identidad. Todos los autores coinciden en señalar que posee dos aspectos primordiales:

“El contenido del derecho a la identidad comprende diversos aspectos de la vida y personalidad del titular, y en tal sentido se ha señalado que posee una faz estática y una faz dinámica: la primera se refiere al origen genético-biológico de la persona, y la segunda, en cambio, se configura por lo que constituye el patrimonio cultural y vital de la personalidad y su desarrollo histórico-existencial”⁹. Por lo tanto, podemos concluir que el elemento estático representa la verdad personal de cada persona (nacimiento, nombre, filiación, estado de familia, nacionalidad, etc.); y el elemento dinámico reúne los factores de la persona que se vinculan con su proyección personal (aspectos sociales, culturales, políticos, religiosos, ideológicos, etc.).

⁷Mizrahi, Mauricio Luis, op. cit.

⁸Ciruzzi, María Susana, op. cit.

⁹Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, “*Derecho a la identidad*”, LA LEY, 15/11/2005.

Ahora bien, la cuestión cambia radicalmente al momento de valorar cada uno de los aspectos en cuestión en el análisis de las técnicas. Según la postura que se tenga en torno a la viabilidad de las técnicas de reproducción asistida, se limitarán o no los alcances de este derecho. Podemos hablar entonces de un derecho a la identidad amplio o restringido.

El sector de la doctrina que se inclina por un derecho amplio de identidad afirma que es indudable que con la fertilización asistida se “impacta directamente en el derecho del niño a la protección de la unidad de todos los elementos de la identidad (...). El ideal sería que la identidad estática y la identidad dinámica confluyan en el mismo núcleo social, es decir, en la familia de origen”¹⁰. A su vez, integran el derecho a la identidad: “a. el derecho a conocer a sus padres, y en la medida de lo posible, ser cuidado por ellos; b. derecho al nombre, c. a la nacionalidad, d. a no ser separado de sus padres sin conformidad de éstos y sin revisión judicial previa, e. derecho a mantener relaciones personales con el padre del que este separado, f. derecho a la reunión familiar, g. respeto por las costumbres culturales y a la identidad cultural, idioma y valores, h. derecho a la identidad étnica, religiosa y lingüística y h. derecho a la identidad familiar”¹¹. La idea de una protección amplia al derecho a la identidad se orienta sobre todo hacia la prohibición de las técnicas heterólogas, es decir, las que involucran la dación de gametos de terceros. Pero, en caso que no se haya limitado tal posibilidad de dación, a partir de esta concepción, se rechaza de manera categórica el anonimato de los dadores de gametos.

Por otra parte, hay quienes sostienen que existe un debido respeto al derecho de identidad del niño nacido a partir de las técnicas. Esto se debe a que parten de la premisa que el derecho a la identidad del niño es de tipo restringido, ya que se lo respeta solamente con su inmediata inscripción luego de su nacimiento y del conocimiento del dato genético¹². “En suma, no se priva a la persona nacida mediante técnicas de reproducción humana asistida del derecho a conocer su origen genético; tiene la posibilidad de acceder a esa información, pero mediante un trámite judicial en el que deben encontrar protección los otros intereses involucrados -los

¹⁰Basset, Ursula Cristina, “*Derecho del niño a la unidad de toda su identidad*”, LA LEY, 16/11/2011.

¹¹Basset, Ursula Cristina, op. cit.

¹²Kemelmajer de Carlucci, Aida; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, op. cit.

deldonante- todo a la luz del principio de proporcionalidad”¹³. Por lo tanto, si se cumplen ambos requisitos, el derecho de identidad del menor no se vería violado por la realización de las técnicas. Además, a partir de la consideración restringida de este derecho, es posible determinar que “el derecho a la identidad biológica del hijo puede encontrar límites en el derecho a la intimidad, al honor o a la reputación de la madre que se niega a darle a conocer el nombre de su padre o las circunstancias en las que fue concebido”¹⁴.

“Para nuestra Corte Suprema, el derecho a la identidad es un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en la sociedad; a partir de ello, establece que los derechos humanos fundamentales son inherentes a la naturaleza humana y cataloga al derecho a la identidad del menor como un interés jurídico superior que prevalece sobre los intereses jurídicos de otros -que pueden ser los padres, terceros o el Estado-”¹⁵.

La violación del derecho a la identidad es una de las críticas más usuales que se dirige desde una buena parte de la doctrina a la pretensión de realizar las técnicas con gametos de terceros.

d) Derecho a la intimidad

Según el artículo 19 de la Constitución Nacional, “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. A partir de ello, se afirma que el ejercicio de la procreación humana es parte integrante de la intimidad.

Ahora bien, no existen dudas que esto es aplicable cuando la procreación es por medios naturales. Por lo tanto ¿Qué ocurre cuando la procreación es por medios artificiales? ¿Los actos de fertilización asistida son, o no, parte de la intimidad de cada individuo? ¿Se puede considerar que

¹³Kemelmajer de Carlucci, Aida; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, *“Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”*, LA LEY, 09/10/12.

¹⁴Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, op. cit.

¹⁵Ciruzzi, María Susana, op. cit.

se ven afectados derechos de terceros por su aplicación? ¿Qué papel juega al respecto el orden y la moral pública?

Sobre este aspecto la doctrina también está dividida. Por un lado se encuentran aquellos que sostienen que el derecho a la intimidad debe ser considerado en sentido amplio, entendiendo que así como la procreación por medios naturales forma parte de este precepto, la fertilización asistida también lo hace. “No existe duda alguna de que el ejercicio de los derechos reproductivos, tanto en su faz positiva (concepción) como en su faz negativa (contracepción) se enmarca en el ámbito de señorío que le es reconocido a todo sujeto por nuestro ordenamiento constitucional, en su art. 19. Ese «libre campo de autodeterminación», donde todo individuo puede ejercer sus elecciones personales conforme sus propios valores y principios sin intromisión ajena, que garantiza el propio proyecto de vida sin interferencias arbitrarias de terceros, es inclusive mucho más amplio que el concepto bioético de autonomía, entendido este último como el derecho de todo individuo a tomar las decisiones en orden al cuidado de la salud, luego de ser informado de manera adecuada, completa y veraz por el profesional”¹⁶.

Por el otro lado están quienes afirman lo contrario, ya que sostienen que la práctica de las técnicas de fecundación artificial excede el marco de la intimidad de cada sujeto. “El Estado no debe interferir cuando se ejerce la libertad de procrear por medios naturales, o sea, cuando acontece la reproducción humana en la intimidad; pero no es lo mismo si se acude a métodos artificiales con el auxilio y el concurso institucionalizado de los médicos y los centros de fertilización que operan en el país; ámbito en el que está comprometida la responsabilidad de la sociedad toda, por lo que la cuestión se veda aquí de la mera privacidad”¹⁷.

Hay una tendencia actual a absolutizar la voluntad personal, invirtiéndose el orden lógico de todo razonamiento al respecto, ya que, partiendo de la autonomía personal los derechos a la vida y a la identidad quedan subordinados a la privacidad y la autonomía. A partir de ello, existe una exaltación absoluta del bien jurídico libertad que hace emerger un profundo individualismo que deriva en la consideración de que toda persona tiene el derecho de organizar su vida individual y social según sus propias convicciones. “En definitiva, se trata de una exaltación de la

¹⁶Ciruzzi, María Susana, op. cit.

¹⁷Mizrahi, Mauricio Luis, op. cit.

autonomía de personas adultas que subordina la determinación del estatuto jurídico del embrión humano y su derecho a la vida a esa pretendida privacidad”¹⁸.

e) Determinación de la filiación: verdad biológica o voluntad procreacional

A partir del avance de las técnicas de reproducción asistida se ha acentuado la aparición de casos en los que existe una disociación entre la verdad biológica y la voluntad procreacional. Por lo tanto, ¿Cuál es la forma de determinar la filiación en caso de que esto suceda? ¿Cómo logramos preservar el interés superior del niño y su derecho de identidad? ¿Es posible establecer reglas rígidas que se apliquen de igual manera a todos los casos, o es necesario estudiar caso a caso para determinar la filiación? ¿El niño posee a su vez algún tipo de acción en el futuro?

Siguiendo el orden lógico de los razonamientos empleados por ambos sectores de la doctrina, podemos establecer a grandes rasgos la centralidad del aspecto biológico o volitivo, según la postura tomada.

En primer lugar, el sector de la doctrina que mantiene la viabilidad absoluta e ilimitada de las técnicas sostiene que lo determinante a la hora de establecer la filiación es la voluntad procreacional. “La biotecnología ha dado lugar a una nueva o tercera causa fuente del derecho filial, fundada en el principio de la voluntad procreacional y de su exteriorización a través del consentimiento informado. Mientras en la filiación por naturaleza el vínculo jurídico se funda en el elemento biológico, en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida el vínculo tiene razón de ser en el elemento volitivo”¹⁹. “Aquí nos enfrentamos con la separación entre verdad biológica y voluntad procreacional, asumiendo la paternidad y/o maternidad quien

¹⁸Herrera, Daniel; 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, 09/04/2013.

¹⁹Kemelmajer de Carlucci, Aida; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino.”, LA LEY, 20/09/2011.

manifieste por medio del consentimiento informado su deseo de ser padre y/o madre -voluntad procreacional-²⁰.

Por otra parte, si bien el principio consagrado por la otra parte de la doctrina es el de la verdad biológica, según las circunstancias del caso y atendiendo al interés superior del niño, se puede centrar la filiación en la voluntad procreacional. Por consiguiente, el principio general queda enmarcado en el siguiente extracto: “En materia filiatoria, usualmente rige el principio biológico, de tal manera que la maternidad y la paternidad se determinan, en última instancia, por el nexo biológico. En este sentido, está en juego un principio fundamental que la razón humana puede captar y que responde a la ley natural: el respeto a la originalidad de la transmisión de la vida humana por la unión de varón y mujer. Ciertamente, en las técnicas de procreación artificial no se respeta tal originalidad. Pero en las técnicas heterólogas, ni siquiera se respeta la utilización de gametos de los esposos que recurren a las técnicas”²¹. Por otra parte, la excepción al principio general de la verdad biológica consagrado por esta parte de la doctrina está consagrada en los siguientes términos: “Es inadmisibles que en todos los casos el sustrato biológico se imponga por sobre el social trastocando la naturaleza de las cosas. Toda acción de impugnación filiatoria debe quedar detenida cuando el estado familiar ha quedado solidificado de modo que pueda estimarse definitivo”²². “Ajustarnos a la verdad biológica, significaría en muchos casos avalar una ficción, puesto que en los hechos la función materna y/o paterna no se cumpliría, poniendo en riesgo el desarrollo y proyección social del hijo -identidad dinámica-”²³.

f) Anonimato del dador

El tema sobre el anonimato del dador de gametos no es una cuestión menor a la hora de la valorización de las técnicas de reproducción asistida. Al respecto ambos sectores de la doctrina

²⁰Krasnow, Adriana Noemí, “El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida”, LA LEY, 20/11/2007.

²¹Lafferriere, Jorge Nicolás, “Las técnicas de procreación artificial heterólogas: análisis bioético y jurídico”, VIDA Y ÉTICA, Junio de 2010.

²²Mizrahi, Mauricio Luis, op. cit.

²³Krasnow, Adriana Noemí, op. cit.

analizan la cuestión desde perspectivas diferentes. Así pues, quienes sostienen su viabilidad, fundamentan su admisión en las nociones del derecho a la intimidad y la voluntad procreacional de los adultos que intervienen en las técnicas. Por el contrario, su rechazo por el otro sector de la doctrina surge a partir de la clara afectación del derecho de identidad del hijo, y por consiguiente, la violación del precepto de interés superior del niño, el cual como se ha dicho anteriormente, es un pilar fundamental en el derecho de familia.

A favor del anonimato del dador se presentan los siguientes argumentos: A. Muchos elegirían no donar si el registro fuera público ya que existirían posibilidades de responsabilidad parental y de contacto con los niños. B. No hay voluntad procreacional en el acto del dador. C. El anonimato favorece el desarrollo de las técnicas. D. El anonimato del dador es parte integrante del derecho a la intimidad.

“Si la donación no fuese anónima -el anonimato es la consecuencia de la restricción al acceso a la información identificatoria- no habría donantes. La limitación del derecho individual a conocer es, entonces, constitucionalmente válida a la luz del principio de proporcionalidad, dado que tiene en miras otro derecho que no sólo ha permitido que esa persona pueda nacer, sino también que lo hagan otras personas”²⁴. “En principio, tanto la dación de gametos como su recepción, integrarían el ámbito de la intimidad y, en consecuencia, debería preservarse toda intrusión que quiebre el derecho de secreto o reserva de los sujetos involucrados. Sin embargo, frente a este anonimato, se encuentra el derecho del hijo concebido con el empleo de estas técnicas a conocer su realidad genética”²⁵.

Por otra parte, en contra del anonimato se establecen los próximos argumentos: A. Si viola el derecho a la identidad y el interés superior del niño. B. Se viola el acceso del niño a información del donante, la cual es necesaria para preservar la salud del niño -física y psicológica-. C. Se genera la posibilidad de consanguinidad entre parejas.

“Se trata de un ocultamiento de la verdad de insospechadas consecuencias para el niño, que vive en una falsedad en lo que concierne a los vínculos más constitutivos de su identidad

²⁴Kemelmajer de Carlucci, Aida; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, *“Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”*, LA LEY, 09/10/12.

²⁵Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, op. cit.

personal. Este anonimato parcial es inconsistente con las normas sobre derecho a la identidad que están establecidas en los tratados internacionales (...). Un problema adicional está dado por la posibilidad de que hijos del mismo dador se conozcan en el futuro y tengan hijos juntos, con las consiguientes probabilidades de transmisión de defectos genéticos (...)"²⁶. Por lo tanto, el anonimato no puede ser admitido de ninguna manera, ya que en caso de serlo se estaría limitando considerablemente el derecho de identidad del hijo, el principio de verdad biológica y, en definitiva, el interés superior del niño.

4. Reflexiones finales

No existen dudas que la biotecnología ha avanzado notablemente en los últimos tiempos y que a partir de ello, se han generado cuestiones problemáticas que deben ser resueltas para preservar el bien común de la sociedad y de los individuos involucrados. Las técnicas de reproducción asistida no son ajenas a esta realidad, por lo tanto es necesario un alto nivel de debate jurídico y parlamentario para superar las dificultades originadas a partir de esta práctica. Lamentablemente, este escenario no se ha dado en estos días, ya que la sanción de la ley de "Reproducción Médicamente Asistida" -Ley 26.862- ha dejado más dudas que certezas, lo cual, dada la magnitud de los interés en juego, es totalmente inadmisibile.

En la aplicación de las técnicas es fácil de observar la presencia de distintos intereses y derechos. Esto se manifiesta a partir de las diferentes opiniones de la doctrina, las cuales han sido esbozadas de manera sintética en el presente trabajo. Es evidente que el debate en torno a esta realidad no se agota con lo planteado, pero sin lugar a dudas, se han exployado los aspectos principales de la fertilización asistida y su correlativa respuesta por parte de la doctrina nacional.

Por otra parte, es notorio que hay muchos principios y preceptos que son afirmados por ambos sectores de la doctrina, tanto para atacar las técnicas como para defenderlas. Siguiendo el principio de no contradicción, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido. Por lo tanto, ¿Qué parte de la doctrina es la que esboza sus argumentos de manera fundada? ¿Qué hay detrás de estas contradicciones? ¿Por qué los argumentos no son diametralmente opuestos? Con esto, dejó abierta la posibilidad de que el lector saque sus propias

²⁶Lafferriere, Jorge Nicolás, "Cuatro cuestiones sobre la regulación de las técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil 2012", PRUDENTIA IURIS, Diciembre 2012

conclusiones y determine, a partir de su lógica, cuál de las dos posturas es más coherente y veraz a la hora de analizar la viabilidad de las técnicas de reproducción asistida, y cuál en el fondo, presenta un mensaje vacío e hipócrita.

Para concluir planteo una serie de preguntas para reflexionar: ¿Es posible hablar del derecho al hijo? ¿Quiénes serían los sujetos activos y pasivos de este derecho? ¿Qué pasa con los derechos de los niños? ¿Cómo influyen la moral y las buenas costumbres en estas cuestiones? ¿Puede un niño ser objeto de un contrato? ¿Es justo que lo determinante sea la voluntad procreacional? ¿Cuál es el límite de esa voluntad? ¿Los deseos de los adultos deben primar sobre los derechos de los niños? ¿Qué se gana y qué se pierde con la realización de las técnicas? ¿Por qué no se ha intentado mejorar el sistema actual de adopción?