

Las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas a la luz de los principios bioéticos

Ivana Cajigal-Cánepa 

1 Comisión de Derecho de la Salud y Derechos Humanos del Observatorio Universitario de Derechos Humanos (FCEyJ-UNLPam), Argentina

Resumen

Propósito/Contexto. Este artículo tiene como propósito principal indagar en el trasfondo bioético de las normas que, en la República Argentina, regulan las técnicas de reproducción humana asistida que son heterólogas.

Metodología/Enfoque. La metodología utilizada consiste en el análisis de la normativa nacional vigente y su proyección a la luz de los aportes de la Bioética. Se parte del enfoque de las múltiples implicaciones de la identidad como derecho humano fundamental para luego indagar si las normas jurídicas condicen con los principios bioéticos clásicos: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia.

Resultados/Hallazgos. Como resultado de la investigación, se sostiene la necesidad de diferenciar dos autónomos: la determinación de los vínculos filiales y el derecho de la persona nacida a conocer la identidad de quien ha aportado el material genético. En este último sentido, se propicia una interpretación encaminada a efectivizar este derecho.

Discusión/Conclusiones/Contribuciones. La contribución principal del artículo es poner en evidencia la relevancia del tema y se concluye que la única interpretación que se condice con los principios bioéticos es la que pondera el derecho a la identidad de la persona nacida por encima de otros. Finalmente, se sugiere una reforma legislativa en tal sentido.

Palabras clave: bioética, técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, legislación, derechos humanos, identidad, normas jurídicas, Argentina.

Autor de correspondencia:

1. Ivana Cajigal Cánepa, Comisión de Derecho de la Salud y Derechos Humanos del Observatorio Universitario de Derechos Humanos (FCEyJ-UNLPam), Argentina. Correo-e: ivanacajigal@yahoo.com.ar

Historia del artículo:

Recibido: 21 de noviembre, 2021
Evaluado: 20 de febrero, 2022
Aprobado: 25 de febrero, 2022
Publicado: 02 de abril, 2022

Cómo citar este artículo:

Cajigal-Cánepa, Ivana. 2022. "Las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas a la luz de los principios bioéticos." *Bios Papers* 1, no. 2: e3972. <https://doi.org/10.18270/bp.v1i2.3972>

Heterologous assisted human reproduction techniques considering bioethical principles

Abstract

Purpose/Context. The main purpose of this article is to investigate the bioethical background of the norms that regulate heterologous assisted human reproduction techniques in Argentine Republic.

Methodology/Approach. The methodology used consists of the analysis of current and projected national regulations considering the bioethics principles. It starts from an approach of the multiple implications of identity as a fundamental human right to then investigate if the legal norms are consistent with the classic bioethical principles: autonomy, beneficence, non-maleficence and justice.

Results/Findings. As a result of the investigation, we consider the need to differentiate two autonomous is sustained: the determination of the filial bonds and the right of the person born to know the identity of the person who has contributed the genetic material. In this last sense, we propitiate an interpretation aimed at making this right effective is encouraged.

Discussion/Conclusions/Contributions. The main contribution of the article is to show the relevance of the topic. It is concluded that the only interpretation that is consistent with bioethical principles is the one that weighs the right to identity of the person born above others. Finally, a legislative reform is promoted in this sense.

Keywords: bioethics, heterologous assisted human reproduction techniques, legislation, human rights, identity, legal regulations, Argentina.

Técnicas de reprodução humana assistida heterológica à luz dos princípios bioéticos

Resumo

Objetivo/Contexto. O objetivo principal deste artigo é investigar os antecedentes bioéticos das normas que regulamentam as técnicas de reprodução humana assistida heteróloga na República Argentina.

Metodologia/Abordagem. A metodologia utilizada consiste na análise das regulamentações nacionais atuais e projetadas à luz das contribuições da bioética. Parte-se de uma abordagem das múltiplas implicações da identidade como direito humano fundamental para, em seguida, investigar se as normas jurídicas são consistentes com os princípios bioéticos clássicos: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

Resultados/Descobertas. A principal contribuição do artigo é destacar a relevância do tema. Conclui-se que a única interpretação condizente com os princípios bioéticos é aquela que pondera o direito à identidade da pessoa nascida acima das demais. Por fim, promove-se uma reforma legislativa nesse sentido.

Discussão/Conclusões/Contribuições. A principal contribuição do artigo é destacar a relevância do tema. Conclui-se que a única interpretação condizente com os princípios bioéticos é aquela que pondera o direito à identidade da pessoa nascida acima das demais. Por fim, promove-se uma reforma legislativa nesse sentido.

Palavras chave: bioética, técnicas de reprodução humana assistida heteróloga, legislação, direitos humanos, identidade, normas legais, Argentina.

... No deberíamos temer cambiar leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia. Desde finales del siglo XIX, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de derechos de los padres (...) Siempre se nos está diciendo que un apocalipsis está a punto de pasar, ¡y nunca pasa! Apocalipsis sería una humanidad que no quiera hijos...

Elisabeth Roudinesco

Introducción

Tradicionalmente, el comienzo de la existencia de la persona humana se ha encontrado unido en forma indefectible al acto sexual entre personas de diferente sexo, pero ya en el siglo XIX, el avance médico/biológico evidenció que este principio no era absoluto, sino que era posible la concepción disociada de la sexualidad. Se verificó la posibilidad de alcanzar la fecundación (aún extracorpórea) no ya como consecuencia de un acto sexual, sino como resultado de un procedimiento por el cual se inoculaba material genético masculino en el cuello del útero, a fin de posibilitar su ascenso a las trompas de Falopio, donde los óvulos serían fecundados por los espermatozoides; sin embargo, el hecho que entendemos generó una verdadera “revolución” fue cuando, en 1978, la ciencia avanzó hacia la fecundación extracorpórea, obtenida “en laboratorio” mediante el empleo de óvulos y espermatozoides extraídos previamente, dando lugar al nacimiento del denominado “primer bebé probeta”, llamada Louise Brown.

Como encuadre de interés directo en el tema que nos ocupa, se deben distinguir, dentro de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), dos tipos:

- a. Homólogas, es decir, las que emplean material genético de la pareja.
- b. Heterólogas, en las que la fecundación es obtenida mediante el empleo de semen u óvulos de terceras personas, es decir, de “donantes”, anónimos o no.

Sin perjuicio de las múltiples implicaciones éticas y jurídicas que estas técnicas conlleven, en virtud del objetivo del presente trabajo, la información se circunscribirá al abordaje de las prácticas heterólogas, dado que solo en ellas podrá verificarse la disociación entre la “identidad genética” e “identidad social”, aspectos que constituyen la base del planteamiento bioético que se propone.

En Argentina, fue recién en octubre del 2014 cuando el Congreso Nacional realizó un abordaje sistematizado y ordenado de las trha, en oportunidad de modificar (lo que a la vez implicó unificar) la legislación de fondo, sancionando el Código Civil y Comercial de la Nación¹ (CCC). Hasta aquel momento, solo se contaba con una ley de alcance nacional sobre el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida², la que si bien oportunamente se erigió como una herramienta clave para democratizar el acceso de la población a estas prácticas, no regulaba algunos aspectos centrales derivados de ellas, tales como, por ejemplo, las cuestiones filiales ni las vinculadas a los derechos fundamentales de todas las personas involucradas.

Estas técnicas provocan dilemas científicos desde múltiples enfoques, pero a la vez ven una realidad innegable en franco crecimiento en el mundo y que amerita, por tanto, que el derecho las considere y les otorgue una regulación específica. Es justamente aquí don-

1 Ley 26994, sancionada el 1^{er} de octubre del 2014, y que finalmente entró en vigor el 1ero de agosto del 2015.

2 Referimos a la ley 26862, sancionada el 5 de junio del 2013.

de que el derecho debe brindar una respuesta, pero no volviéndose sobre sí mismo, sino que la decisión que se adopte debe ser consecuencia de un profundo debate bioético.

Nos enfrentamos así a la necesidad de reconsiderar el principio de la existencia cuando entran en juego las TRHA, la filiación derivada de ella y los derechos que podrían encontrarse en colisión, revisión que no puede escapar (se reitera) a la perspectiva Bioética.

Las TRHA como tercera fuente filial: la trascendencia de su reconocimiento autónomo

La legislación argentina vigente hasta 2015 reconocía dos tipos de filiación: por naturaleza y por adopción.

Así, se habla de filiación por naturaleza, necesariamente arraigada en la fecundación denominada “natural”, consecuencia del acto sexual entre personas de diferente sexo, en la cual lógicamente existe identidad genética. Esta filiación ha sido abordada por todos los códigos decimonónicos, implicando un cambio fundamental (particularmente en materia probatoria) en el avance científico que significó el estudio del ADN, mediante el cual se obtienen resultados cercanos al 99 % de identidad genética.

Por otro lado, la filiación por adopción, donde claramente no se verifica tal identidad genética sino que el vínculo se establece a partir de un elemento volitivo: la voluntad de ser padre/madre adoptivo/a. Debe prestarse especial atención a que, en este punto, dicha voluntad se manifiesta con carácter posterior al nacimiento del niño/a, es decir, no es esta voluntad la causa de esa concepción. Así, este no nace como consecuencia de dicha voluntad, sino que el vínculo se genera con posterioridad al nacimiento y es fruto de esa decisión voluntaria de ser padre/madre.

Ahora bien, el desarrollo de las TRHA trajo consigo la necesidad de pensar en un tercer tipo de filiación, con características propias que merecen un abordaje especial, donde claramente los principios acuñados de la filiación por naturaleza y por adopción denotan ser insuficientes. Estas técnicas se imponen como una realidad, respecto de la cual no parece ya razonable continuar guardando silencio.

En la concepción natural, lo biológico comprende lo genético sin posibilidad de disociarse, ya que las personas que han mantenido esa relación sexual, fruto de la cual nace un niño/a, son quienes ineludiblemente han aportado el material genético.

Ante la ausencia de normativa específica, hasta la aludida sanción del CCC de 2014/2015, las cuestiones filiales derivadas de las TRHA quedaban bajo el paraguas de las reglas de la filiación por naturaleza, generándose en consecuencia una multiplicidad de inconvenientes, particularmente frente a eventuales impugnaciones basadas en la falta de compatibilidad genética entre progenitores e hijo/as en los supuestos de TRHA heterólogas.

Con ello, pretendemos significar que, en el caso de las prácticas homólogas, la complejidad (al menos en relación con la identidad de la persona nacida) es menor en virtud de que si bien existe un procedimiento médico colaborativo del embarazo, el material genético utilizado es el propio de la pareja que ha decidido someterse a dicha práctica. Por tanto, la identidad genética y la biológica necesariamente coinciden.

Diferente es el caso de las TRHA heterólogas, en las que no es posible ya sostener este esquema. En ellas, lo biológico ya no comprende necesariamente lo genético (piénsese en el supuesto en el que una mujer lleva adelante un embarazo donde el óvulo fecundado ha sido donado), ni lo genético a lo biológico (tal el caso en que un hombre done su material genético a un banco de semen), con lo cual, de aplicarse las reglas de la filiación

por naturaleza basadas en la identidad genética, bien podrían proceder una acción de impugnación contra aquel/lla/os/as progenitor/a/es respecto del/la cual no hubiera dicha compatibilidad.

En este contexto, se imponía con carácter urgente que la normativa civil recogiera una fuente filial diversa, que reconociera como fundante del vínculo filial no ya la correspondencia genética, sino el aspecto volitivo o “voluntad procreacional”, el que se impone más allá de la mencionada compatibilidad.

En este sentido, el artículo 558³ del CCC incorpora como tercera fuente de filiación, en el caso de las TRA heterólogas, a la “voluntad procreacional”, a la vez que desestiman la posibilidad de reclamar un emplazamiento filial con fundamento genético (conforme al Artículo 577): “*cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas*”. En este punto, entendemos que es adecuada la redacción de la norma, toda vez que es, en definitiva, la solución que, a nuestro criterio, contempla armónicamente los derechos fundamentales de todas las personas involucradas.

Así pues, en la filiación derivada por TRHA, el único elemento determinante de la filiación es la voluntad procreacional, exteriorizada mediante un consentimiento previo, informado y libre, que debe ser diligenciado en el centro de fertilidad donde se realiza la práctica, por todas las personas que intervendrán en ella, constituyendo, por tanto, un requisito esencial.

Este acto personalísimo reviste de tal importancia que deberá ser renovado de cara a cada procedimiento en el que se utilicen gametos o embriones, no resultando suficiente un consentimiento inicial, sin que cualquier cambio de opinión que se adopte en el futuro pueda acarrear consecuencias por su retractación (Artículo 560 del CCC), y siendo incluso “libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión” (Artículo 561 del CCC). En consecuencia, las personas que nacen son emplazados como hijo/as de quienes han prestado este consentimiento informado, previo y libre (Artículo 562 del CCC). Se trata de privilegiar la maternidad o la paternidad consentida y querida, sustentada en el deseo de ser madre/padre de un niño/a.

La identidad de la persona nacida por TRHA

Los diversos aspectos que componen el derecho a la identidad

Sentada pues nuestra posición respecto a la necesidad de que las TRHA constituyen una tercera fuente autónoma de filiación y aplaudiendo en ese sentido su regulación en el CCC argentino, y antes de introducirnos en el análisis de sus implicaciones en términos de los derechos humanos de todas las personas involucradas en una práctica reproductiva con especial atención a quien nace como consecuencia de ella, es de interés detener nuestra atención unos instantes en preguntarnos de qué se habla cuando se refiere a la identidad.

No es posible pretender acercarse al concepto de identidad prescindiendo de las enseñanzas del célebre jurista peruano Fernández (1992), quien define jurídicamente a la identidad como “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad (...), es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro (113).

3 Artículo 558 del CCC de la Nación: “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 las disposiciones de esta Código (...)” (2014).

La doctrina reconoce al menos dos facetas de la identidad: una estática, vinculada fundamentalmente a la identificación registral y biológica de la persona, de allí que dentro de los elementos alcanzados por esta perspectiva pueda citarse el nombre, la fecha y el lugar de nacimiento, las huellas dactilares, la imagen, el sexo, los orígenes genéticos y los biológicos; y, por otro lado, una dinámica, construida sobre la base de la primera, pero vinculada fundamentalmente (como sostiene) a la proyección social o proyecto de vida de cada persona, a su proyección social, la que se enriquece en cada momento de la existencia, se proyecta hacia afuera del sujeto, evoluciona e involuciona con todo lo que se realiza en y con la propia vida (Delgado 2016, 15).

De una perspectiva dinámica, la identidad es construida, deconstruida y reconstruida por cada sujeto a lo largo de toda su vida. Insistimos en la trascendencia de la identidad dinámica, ya que tal como señala Fama, es desde esta doble perspectiva desde donde han de analizarse las connotaciones que revisten a la reivindicación del derecho, la identidad de aquellas personas nacidas como consecuencia de toda TRHA heteróloga (2011, 174).

De esta forma, al hablar de identidad nos alejamos (al menos como único alcance) de la forma en que se concebía en los códigos decimonónicos, en los cuales era concebido como la posibilidad de conocer la “verdad biológica” (como sinónimo de la genética), es decir, aludiendo únicamente a la concordancia entre emplazamiento jurídico y aquella realidad biológica (Fernández 2015).

Sobre el particular, entre otros, Zannoni (1998) expresa que “el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria”.

Así, al hablar del “derecho a la identidad” en los términos de los artículos 7⁴ y 8⁵ de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe la reducción a la llamada “identidad genética o biológica” (faz estática), es decir, a la posibilidad de conocer su origen genético/biológico, sino que debe considerarse inclusivo de otras manifestaciones propias de la “identidad social”, como conjunto de atributos y cualidades que definen la personalidad de cada sujeto, sin que esta última permita dejar de lado la primera.

Pues, en síntesis, los aspectos genéticos, biológicos y volitivos se encuentran todos involucrados cuando referimos a la identidad, sin que pueda privilegiarse, al menos *a priori*, a unos sobre otros.

Al respecto, es de interés recordar que la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003), al referirse a en su artículo 3 a la identidad de la persona humana expresa:

Cada individuo posee una configuración genética característica. Sin embargo, la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y conlleva además una dimensión de libertad. (Unesco 2003)

De esta forma, la identidad como noción unidimensional, normativa y reducida a lo biológico, genético o natural ha quedado vetusto y solo podrá ser entendida (en términos de derechos humanos) como un concepto multidimensional, comprensivo también de

4 Artículo 7, 1er párrafo de la Convención de los Derechos del Niño: “El niño será inscrito 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”.

5 Artículo 8, 1er párrafo de la Convención de los Derechos del Niño: “Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad (...)”.

otros aspectos sociales y culturales, pues es ella la única interpretación posible que resguarda los derechos de todas las personas involucradas.

Entender al derecho a la identidad desde esta amplia visión nos permitirá avanzar hacia el análisis de su proyección en el marco de las TRHA, para determinar, ante falta de coincidencia de los aspectos genéricos, biológicos o volitivos, cuál de dichos elementos debiera prevalecer en cada caso, para luego revisar si la opción legislativa al respecto supera o no el tamiz bioético.

Abordaje del derecho a la identidad en materia de TRHA en la legislación argentina vigente

Ahora bien, la circunstancia del hecho de que la filiación quede determinada a partir de la voluntad procreacional no puede ser interpretada como una restricción y, menos aún, prohibición del derecho del niño/a o adulto nacido a partir de estas prácticas a conocer su identidad genética o biológica.

La cuestión aludida merece especial atención, dado que el derecho a conocer el aspecto “estático” de la identidad puede colisionar, eventualmente, con otros derechos personalísimos, como por ejemplo el de la intimidad personal o el anonimato de la gestante, o en caso de la gestación, en la que se haya empleado semen u óvulos de alguna/s persona/s diferente a la/s comitente/s, el de los dadores de dicho material genético.

Sobre el tema, el CCC dedica dos artículos a esto: el 563 y el 564. El primero de estos, prevé la necesidad de hacer constar en el legajo base para la inscripción del nacimiento que se lleva en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, el hecho de establecer que ese/a niño/a ha nacido por una TRHA.

Por nuestra parte, aplaudimos esta previsión, sin perjuicio de considerar que es una deuda pendiente de la ley especial generar los mecanismos que aseguren que efectivamente conste en dicho legajo la circunstancia de que ha mediado una práctica reproductiva. Claramente, si se trata de dos personas del mismo género que solicitan la inscripción de un/a hijo/a, la cuestión se vuelve un hecho elocuente, pero si en cambio se trata de dos progenitores de diferente sexo, bien podrían omitir expresar esta circunstancia al momento de la inscripción del nacimiento.

A su tiempo, el artículo 564 del CCC reconoce expresamente el derecho de toda persona nacida a través de una TRHA a acceder a información relativa a los donantes del material genético. En este sentido, el CCC se enrola en la corriente del denominado “anonimato relativo” del donante de material genético, que procura hallar un equilibrio entre el derecho de quien ha aportado el material genético, de que sus datos identificatorios sean reservados en secreto, con el derecho de la persona nacida y de poder gozar de su derecho a la identidad en todas sus dimensiones.

Así, si bien sostiene como principio general el anonimato del donante, no lo hace en forma absoluta, ya que el propio precepto legal establece dos excepciones que permiten flexibilizarlo: una quedaría configurada cuando exista riesgo a la salud, y la otra, cuando el juez así lo crea conveniente “por razones debidamente fundadas”.

En el primer supuesto, la información puede obtenerse directamente del centro de salud; en cambio, en el segundo, se requiere de una decisión judicial sobre la base de razones debidamente fundadas en tal sentido.

En este punto, a nuestro criterio central, entendemos que urge el dictado de una ley especial que de mínima asegure que si un/a juez/a dispusiera poder acceder a los datos de quien ha aportado material genético, ello pueda efectivizarse, es decir, que desde el Estado se asuma la responsabilidad del resguardo de esta información, sin perjuicio de la que pueda existir en los centros de fertilidad donde se realice la práctica médica.

Por nuestra parte, y sin perjuicio de entender tanto la coyuntura en la que se dictó el CCC o la necesidad de asegurar la continuidad de las donaciones de material genético como presupuesto de las TRHA heterólogas, entendemos que al menos en sociedades como la argentina, donde estas prácticas gozan de aceptación social generalizada, debe darse un paso más en el reconocimiento del derecho a la identidad de la persona nacida. Con ello, queremos significar que propiciamos una reforma legislativa del código de fondo que se proyecte hacia un sistema de identidad abierta, que permita conocer quién es la/s persona/s que han realizado el aporte genético, sin que ello implique reconocerles derechos filiales.

Entretanto, en clave de derechos humanos y desde una perspectiva Bioética, continuará quedando en la sana crítica de los/as magistrados/as, ponderar en cada situación concreta todos los principios y derechos involucrados para hallar una solución que denote un equilibrio entre el derecho a la identidad y el del anonimato del donante del material genético o la gestante, a la vez que garantice el desarrollo y la subsistencia de estas prácticas médicas.

Breves comentarios del derecho a la identidad, en materia de TRHA en la legislación argentina proyectada

En general, los proyectos que han sido presentados a nivel nacional proyectando una ley de TRHA han regulado la cuestión vinculada a la identidad de la persona nacida en un mismo sentido y los alcances que las disposiciones del CCC comentan, resumiendo su aporte en este punto a especificar qué es lo que debe entenderse por “razones debidamente fundadas”. Así lo hace el CD 101/204, el cual fue el único en obtener una media sanción del Congreso Nacional, pese a que hoy ha perdido estado parlamentario⁶, o como también lo hace el identificado como Expte. 0091-D/2017.

Finalmente, resulta interesante el proyecto referenciado como Expte. 1635-D-2018, que si bien no propone una regulación integral de la temática, sí se pronuncia hacia un sistema de identidad abierta, siempre que se acuda a una TRHA heteróloga⁷.

Bioética y TRHA

La necesidad de volver la mirada desde el abordaje bioético

Ahora bien, lo dicho hasta aquí no implica afirmar que la circunstancia de que la filiación quede determinada a partir de la voluntad procreacional pueda ser interpretada como una restricción y, menos aún, prohibición del derecho del/de la niño/a o adulto/a nacido/a a partir de estas prácticas, a conocer su identidad genética o biológica⁸, en el caso de las TRA heterólogas.

6 Así, el Artículo 16 in fine del proyecto CD101/2014 establece que: “debe tenerse en cuenta como razón fundada, entre otras, cuando haya un riesgo para la vida o para la salud física y psíquica de la persona nacida por técnicas de reproducción humana asistida”.

7 Artículo 1: “(...) En ningún caso, la identidad del o la donante de gametos será anónima para aquella persona que nació con la utilización de dichos gametos o embriones”.

8 Si se tratara, por ejemplo, de una gestación por sustitución.

La cuestión aludida merece especial atención, dado que el derecho a conocer el aspecto “estático” de la identidad puede colisionar, como adelantamos antes, eventualmente con otro derecho personalísimo: el de la intimidad personal o al anonimato del donante del material genético empleado.

Frente a esta situación, se exige al derecho, desde una perspectiva Bioética, realizar una ponderación de principios, privilegiando uno sobre el otro. Es decir, como propone Alexy, que cuando dos principios éticos se encuentran enfrentados, necesariamente uno debe ceder, sin que ello pueda entenderse como una declaración de invalidez de este; o si se quiere, siguiendo a Atienza, se trata de construir, a partir de los principios de la Bioética: “un conjunto de reglas específicas que resulten coherentes con ellos y que permitan resolver los problemas prácticos que se plantean, y para los que no existe, en principio, consenso” (Atienza 2004, 73).

Si bien, como hemos expresado, el derecho a la identidad ha sido siempre considerado implícito en el texto del artículo 33 de nuestra Carta Magna, la reforma constitucional de 1994 ha significado un hito fundamental en la evolución del reconocimiento normativo de este derecho, ya que entre los once tratados de Derechos Humanos, a los que se les otorga la misma jerarquía que la constitución, tres pueden señalarse de específico interés en el tema: el Artículo 19 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y particularmente los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Especialmente, interesa señalar el Artículo 7.1 de esta última, ya que de manera específica reconoce que todo niño tiene derecho “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

La circunstancia de que dicho derecho se garantice “en la medida de lo posible” en vinculación al derecho a conocer el origen genético o biológico como consecuencia de las TRHA heterólogas, ha sido interpretado como una limitación al efectivo ejercicio de un derecho, dando origen a dos posturas doctrinarias: una que la considera una restricción jurídica y, por tanto, supedita la concreción del derecho a conocer los orígenes biológicos o genéticos a la existencia de un efectivo reconocimiento legal en cada país, y otra, que la reduce a una limitación práctica que opera solo ante la inexistencia de tales datos.

En este contexto, cabe preguntarnos cuál debe ser nuestro horizonte.

Análisis a la luz de los principios bioéticos

En un intento de echar un manto de luz sobre el tema, proponemos retomar los clásicos principios bioéticos para ver si la legislación argentina armoniza con ellos.

a. La autonomía

Este principio filosófico, que reconoce su correlato legal en el de autodeterminación, puede ser entendido como la facultad o el poder de la persona para decidir en ejercicio de su libertad sobre su vida, su salud, su cuerpo y su integridad personal.

La autonomía se vuelve sustento filosófico de una relación profesional de la salud-paciente de tipo horizontal, que supone un derecho inherente a toda persona de decidir sobre su cuerpo y su salud, el que ahora le es reconocido en el plano normativo.

Al respecto, entendemos que la legislación argentina en materia de TRHA resguarda este derecho, toda vez que presta especial atención como presupuesto de realización de toda práctica, tanto homóloga como heteróloga, la existencia de un consentimiento previo, libre e informado y renovable ante cada procedimiento. Por ello, entendemos que el de-

safío no es en el plano normativo, sino en el fáctico: asegurar que no se vuelva un mero requisito formal de suscribir un instrumento, sino que sea este el resultado de un verdadero entendimiento de los múltiples alcances que estas prácticas importan.

b. La beneficencia

La beneficencia, que podemos remontar en su origen al juramento de Hipócrates, redundando en la obligación que pesa sobre todo profesional de la salud de ayudar al paciente por encima de intereses particulares, de “hacer el bien” al prójimo y ocasionar el menor daño posible, o prevenirlo si ello es factible, como asimismo procurasen a la medida de su alcance el mayor beneficio físico y psíquico para el paciente.

Sobre la base de reconocer que las TRHA desde sus orígenes hasta la actualidad se han erigido en herramientas que han permitido a una multiplicidad de personas, solas o en pareja, concretar su deseo de tener un/a hijo/a biológico/a o genéticamente propio/a, conformando una idea de familia, que si bien no es la única posible, es la elegida por quienes acuden a estas prácticas médicas.

En este sentido, y no observándose vulneración de derechos de terceras personas⁹, entendemos que las TRHA se conciben con el principio de beneficencia.

c. La no maleficencia

Estrechamente vinculado al anterior, se presenta el principio de la no maleficencia, que bien puede resumirse en un antiguo adagio griego conocido como “*primum non nocere*”, es decir, “ante todo no hacer daño”. Cabría aquí preguntarse si las TRHA pueden provocar algún daño.

Al respecto, desde nuestra opinión ello no ocurre en principio, siempre que se resguarden debidamente ciertos recaudos y, en este punto, nuevamente, se vuelve vital asegurar mecanismos que resguarden los derechos de todas las personas intervinientes, pero en particular, de la persona nacida, quien claramente no eligió el contexto en el que comenzó su existencia. Nos referimos, puntualmente, al derecho a la identidad en su sentido integral que hemos venido exponiendo y en igualdad de condiciones a quienes han nacido en el marco de otra fuente filial.

d. La justicia

La justicia como principio bioético remite a la célebre máxima de Ulpiano “*ius suum unicuique tribuens*”, es decir, el deber de “dar a cada uno aquello que le corresponde”, principio inescindiblemente unido a la necesidad de respetar la dignidad de cada persona.

En este punto, de “democratización” de los procedimientos reproductivos a través de su inclusión dentro de las prácticas médicas gratuitas, se procura asegurar en gran medida este principio. De todos modos, por nuestra parte reiteramos el peligro que importa cierta discriminación de quienes han nacido de una TRHA respecto de quienes lo han hecho por otras fuentes filiales diversas, en virtud de que solo los primeros (de aplicarse estrictamente el texto del artículo 564 del CCC) podrían verse perjudicados en el goce de su derecho a la identidad, al vedarse el acceso a la información respecto del aportante de material genético.

⁹ Dejamos pues, fuera de nuestra manifestación, a la gestación por sustitución, por tratarse de una práctica que exige consideraciones especiales dado el particular rol de la persona gestante.

Consideraciones finales

En síntesis, proponemos que el análisis de un tema tan sensible como son todas aquellas cuestiones vinculadas al inicio de la vida humana, y en el caso que nos ocupa en particular de las TRHA heterólogas, no puede ni debe escapar al análisis bioético, el que exige una visión amplia, que contemple la perspectiva jurídica pero que a la vez la trascienda.

Se hace necesario distinguir dos aspectos estrechamente vinculados, pero que revisten cierta autonomía y merecen soluciones basadas en principios diferentes: la cuestión de la determinación de los vínculos filiales, por un lado, y el análisis sobre los derechos de todas las personas involucradas en las TRHA, por el otro. En este último sentido, merece especial relevancia la identidad de quien nace como consecuencia de estas prácticas reproductivas, en particular el derecho a su identidad, entendida desde un abordaje integral, comprensivo de la faz estática y dinámica y de los aspectos genéticos, biológicos y volitivos.

En este punto, consideramos que en el contexto de la legislación vigente en Argentina, la interpretación judicial de las “razones fundadas”, exigibles por la norma vigente para acceder a la información identificatoria de quien aportó material genético, deberán ir necesariamente encaminadas hacia el reconocimiento, de manera cada vez más amplia de la posibilidad de conocer el aspecto estático de la identidad, es decir, los orígenes genéticos o biológicos, frente al cual los restantes derechos, si bien legítimos, deberían ceder, horizonte hacia donde, necesariamente y por imperativo bioético, debe evolucionar la futura legislación en la materia.

Referencias

- Alexy, Robert. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, Manuel. 2004. *Bioética, Derecho y Argumentación*. Lima: Ediciones Palestra Temis.
- Delgado, María. 2016. “El derecho a la identidad: una visión dinámica.” Tesis de Magíster, Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r36895.pdf>
- Fama, María Victoria. 2011. “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación.” *La Ley* 115.
- Fernández, Carlos. 1992. *Derecho a la Identidad Personal*. Buenos Aires: Astrea.
- Gil Domínguez, Andrés, María Victoria Fama y Marisa Herrera. 2006. *Derecho Constitucional de Familia (tomo I)*. Buenos Aires: Ediar.
- Krasnow, Adriana. 2007. “El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida.” *La Ley* 2007-F.
- Lamm, Eleonora. 2012. “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.” *Revista de Bioética y Derecho* 24: 76-91. <https://doi.org/10.1344/rbd2012.24.7610>
- Unesco. 2003. *Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos*. <http://www.unimetro.edu.co/wp-content/uploads/2018/05/UNESCO%20DECLARACION%20INTERNACIONAL%20SOBRE%20LOS%20DATOS%20GENETICOS%20HUMANOS.pdf>
- Zannoni, Eduardo. 1998. “Adopción plena y derecho a la identidad personal. (la “verdad” biológica: nuevo paradigma en el derecho de familia?).” *El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Mendoza, Argentina. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1355760>