“El anonimato del donante en las técnicas de reproducción asistida. Sistema adoptado por el Código Civil y Comercial”

Mariana Rodríguez Iturburu*

El Código Civil y Comercial argentino ha incorporado una tercera fuente filial, derivada por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, en adelante TRHA, en forma independiente y autónoma de las ya conocidas -por naturaleza y adopción-, en atención a las propias particularidades y características que detenta su uso (sobre todo en los supuestos de las técnicas heterólogas, es decir con el aporte de un donante).

Se ocupa particularmente, a través de los arts. 563 y 564 del derecho a la información de las personas nacidas por TRHA, reconociendo la particularidad que ostenta el derecho a la identidad en la modalidad heteróloga, disponiendo, de esta manera que la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de las TRHA con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento y que, a petición de aquellas, se podrá: a) obtener del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelar la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

Téngase presente que en el derecho comparado se advierten distintas regulaciones que van desde el anonimato absoluto¹ hasta el levantamiento total del anonimato², pasando por posiciones intermedias como, por ejemplo, el sistema de doble vía³ o bien el anonimato relativo⁴.

En este sentido, frente al panorama dispar que observa el derecho comparado en cuanto a la

*Abogada (UBA) Especialista en Derecho de Familia (UBA), Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA) Proyecto de Tesis presentado el 19 de diciembre de 2014, aprobado mediante UBA Resolución del 6/04/2015, investigadora tesista del proyecto de programación científica UBACyT 2016-2019 “Realidad y Legalidad: instrumentación, articulación e implementación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Código Civil y Comercial de la Nación” - Dir. Marisa Herrera.¹

¹ Solución adoptada en Francia: Ley 94-654 de 29 de julio de 1994; Grecia: Ley 3089/2002; Italia: Ley italiana nº 40 sobre procreación asistida, del 19 de febrero de 2004; Dinamarca: Act on Medically Assisted Reproduction de 1997; Rusia: Orden Nº 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia; Ucrania: Orden nº 771 del Ministerio de Salud de Ucrania; Brasil: Resolución del Consejo Federal de Medicina nro. 1957 del 15/12/2010, entre otros.

² Solución adoptada en Suecia: Ley nº 1140 de 20 de diciembre de 1984; Suiza:-Ley federal sobre procreación medicamente asistida de enero de 2001; Alemania: La ley alemana de protección embrionaria n. 745/90 del 13/12/90; Austria: Ley de medicina reproductiva del 4 de junio de 1992; Reino Unido: HFEA 2008 y Regulations 2004 No.1511; Finlandia: Ley del 15 de octubre de 2006 (1237/2006); Noruega: Ley noruega sobre el uso médico de la biotecnología, entre otros.

³ Este sistema permite optar entre la modalidad anónima o identificable de la donación, a elección del propio donante. En él se basan las directrices de la ASRM, seguidas por la gran mayoría de los centros de reproducción asistida de EE.UU. Islandia Ley nº 55 1996 (art. 4 *Act on Artificial Fertilisation and use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research*).), Holanda (hasta el 2004), Bélgica - Ley de TRHA del 6 de julio de 2007 *Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et de gametes*.

⁴ Similar a la solución adoptada en Portugal: Ley portuguesa nº 32/2006 de 26 de julio, sobre procreación medicamente asistida; República Checa: Act on Research on Human Embryonic Stem Cells and Related Activities and on Amendment to Some Related Acts. Citation: 227/2006 Coll. Part: 75/2006 Coll y España: LTRHA

regulación del anonimato, el Código adopta una solución “intermedia⁵”, también denominada “equilibrada” procurando una solución que garantiza, por un lado la existencia de donantes⁶ y por el otro, el derecho del niño nacido por TRHA a conocer su origen genético.

Lo cierto es que la tendencia actual, de acuerdo con el último informe de la *International Federation of Fertility Societies* (IFFS), nos muestra que entre 2010 y 2013 el 8% de los países encuestados modificaron la regla del anonimato para pasar a un sistema más abierto, sobre todo en el continente europeo y en Australia⁷. Como resultado, entre un 20 y un 36% de los sesenta países analizados ya no mantiene un sistema basado en el anonimato del donante. De éstos, el 36% permite acceder a datos identificativos del mismo; el 24% a datos no identificativos; y entre un 24 y un 36% no especifica el carácter de dicha información⁸. Veamos como ejemplo el caso de Reino Unido, que a partir de una consulta pública y reforma en el año 2004 de la *Human Fertilisation and Embryology Act* se permitió a los concebidos mediante técnicas heterólogas (semen, óvulos o embriones donados) a partir de 1° de abril de 2005 solicitar información identificativa sobre los donantes, una vez cumplidos los 18 años [*The Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004* SI 2004/1511]. O bien tomemos la experiencia de Holanda, donde se aprobó con una amplia mayoría la Ley del 25 de abril de 2002 (*Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting*), que entro en vigor el 1° de junio de 2004, y que , básicamente prohíbe a las clínicas hacer uso de gametos anónimos. Se permite a los mayores de 16 años concebidos a partir de 2004 con gametos donados, ya se trate de semen u óvulos, solicitar información sobre la identidad del donante. Los mayores de 12 años solo pueden acceder a información no identificativa del donante.

Uno de los principales problemas que trae aparejado el levantamiento del anonimato es que provoca una fuerte disminución en el número de donantes, tal como ha sucedido en Inglaterra en que solo se han registrado 9 donantes en Banco Nacional de Esperma de Birmingham⁹. Si bien, la supresión del anonimato del donante es, en la mayoría de las jurisdicciones, un fenómeno relativamente reciente que conlleva que muchos de los concebidos por esta vía todavía no hayan alcanzado la edad en la que pueden acceder a dicha información. Ello impide formular reflexiones

⁵ Al igual que Uruguay, que a través de la Ley Nº 19.167, del 22 de noviembre de 2013, sobre TRHA permite revelar la identidad del donante por resolución judicial, previa petición al Juez competente por parte del “nacido o sus descendientes” (art 21)

⁶ Garantizando así el derecho a formar una familia, a gozar de los beneficios del progreso científico, a la vida familiar, a la igualdad, a la autonomía personal, a la libre elección del plan de vida y a la dignidad que protege el art. 19 de la Constitución Nacional.

⁷ Frith 2001, pp. 818-819; Ethics Committee of the American Society of Reproductive Medicine, 2004, pp. 528-531; Akker 2006, pp. 91-101; Schwenger 2007, pp. 9-11

⁸ IFFS 2013, p. 74

⁹ *The Guardian* - 1 septiembre 2015 . Disponible online

http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/09/150901_salud_banco_donantes_esperma_reino_unido_bd

concluyentes sobre sus actitudes y sobre la posible influencia en las de los donantes, de una regla favorable a revelar su identidad a la descendencia. Las propias asociaciones médicas afirman que se desconoce el impacto de suprimir el anonimato en la voluntad de los potenciales donantes¹⁰. Incluso, los pocos estudios que existen hasta la fecha, por ejemplo en Holanda, llegan a resultados contradictorios al respecto¹¹.

Es por ello, que el sistema de anonimato relativo, adoptado por el CCyCN vigente garantiza, teniendo en cuenta todos los intereses en juego: 1) la intimidad del donante, ya que la regla es el anonimato salvo que se encuentren fuertemente comprometidos derechos humanos del niño nacido por técnicas que ameriten levantar el anonimato del donante y esto incide directamente en la existencia de donantes y, consecuentemente, en la satisfacción del derecho a formar una familia, a gozar de los beneficios del progreso científico, a la vida familiar, a la igualdad, a la autonomía personal, a la libre elección del plan de vida y a la dignidad de quienes acceden a los tratamientos heterólogos y 2) el derecho del niño nacido por TRHA a conocer su origen genético.

De acuerdo a los alcances del citado art 564, vale recordar que respecto del derecho del niños nacidos mediante el empleo de estas técnicas, a conocer su información genética, se diferencian claramente dos aspectos: a) Información no identificatoria (datos genéticos o de salud sobre el donante) y b) Información identificatoria (nombre, apellido y datos que permiten individualizar al donante) que solo podrá ser relevada mediante autorización judicial previa.

Por último, en relación a los donantes de gametos, la legislación civil y comercial expresamente deja constancia que cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno entre éstos y los nacidos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena (conc. art. 575 del CCYC), como tampoco será admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial entre éste y el nacido por el uso de estos tratamientos.

El/la donante nunca es padre/madre y no tiene, respecto del niño nacido, vínculo jurídico alguno, porque la determinación de la filiación en los niños nacidos por THRA, se basa en la voluntad procreacional (art 562 CCyC), es decir, en el deseo y decisión de traer un hijo al mundo, debidamente exteriorizada en el consentimiento pleno, libre e informado, con independencia de quien haya aportado el material genético, tal como se determina en los arts. 560 y 561 del CCyC.

¹⁰ ASRM Ethics Committee 2009, p. 25

¹¹ Janssens *et al.* 2006, p. 854