

El derecho a conocer el origen genético vs. el derecho a la intimidad del donante: planteamiento del debate y soluciones para Colombia*

The Right to Know the Genetic Origin vs. the Right to Privacy of the Donor: Approach to the Debate and Solutions for Colombia

Brajim Beetar-Bechara¹

Corporación Universitaria Rafael Núñez - Cartagena, Colombia
brajim.beetar@curnvirtual.edu.co

Georgina-Isabel De León-Vargas²

Corporación Universitaria Rafael Núñez - Cartagena, Colombia
georgina.deleon@curnvirtual.edu.co

Wilson-Yesid Suárez-Manrique³

Corporación Universitaria Rafael Núñez - Cartagena, Colombia
wilson.suarez@curnvirtual.edu.co

Cómo citar/ How to cite: Beetar, B., De León, G. & Suárez, W. (2022). El derecho a conocer el origen genético vs. el derecho a la intimidad del donante: planteamiento del debate y soluciones para Colombia. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 17(1), 78 – 109. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2022v17n1.8468>

Resumen

El derecho se ha visto compelido a resolver desde hace aproximadamente 30 años los conflictos que surgen cuando los sujetos concebidos

Fecha de recepción: 8 de septiembre de 2021 Este es un artículo Open Access bajo la licencia BY-NC-SA
Fecha de evaluación: 29 de noviembre de 2021 (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>)
Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2021 Published by Universidad Libre

* Este artículo es el resultado parcial del proyecto de investigación El derecho al origen genético vs. derecho a la intimidad del donante, el cual se lleva a cabo en el Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, campus Cartagena.

- 1 Abogado. Magíster en Derecho de la Universidad del Norte de Barranquilla (Colombia). Especialista en Derecho Procesal Penal y especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Docente del programa de derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez campus Cartagena (Colombia).
- 2 Abogada. Magíster en Derecho Laboral de la Universidad Autónoma de Guerrero, docente coordinador de investigación del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, campus Cartagena, líder del Grupo de investigación del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, campus Cartagena, Categoría B código ORCID
- 3 Doctor en Derecho Universidad de Salamanca, docente investigador del Programa de Derecho Corporación Universitaria Rafael Núñez, campus Cartagena, integrante del Grupo de investigación Derecho Público del Programa de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, campus Cartagena, categoría B MINCIENCIAS, investigador Junior y par reconocido por MINCIENCIAS

por donación heteróloga exteriorizan su intención de conocer sus orígenes genéticos. Los derechos en pugna requieren una prueba de ponderación entre el derecho a conocer el origen genético del concebido mediante TRHA y el derecho a la reserva de los donantes heterólogos. Este artículo pretende dar respuestas a interrogantes como: ¿se podría decir que existe un derecho subjetivo a conocer la identidad genética de los niños nacidos a través el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida con donante anónimo?; ¿existirán mecanismos constitucionales y legales que lo puedan reconocer y por ende proteger?; ¿cómo debe proceder el operador judicial cuando entren en disputa el derecho a conocer el origen genético con el derecho al anonimato de los donantes heterólogos? Lo anterior no puede ser resuelto sin antes hacer un recorrido desde el derecho comparado, indagando cómo se ha ido construyendo este derecho a conocer, también las tendencias normativas en contraste con el anonimato de los donantes y las soluciones legales vigentes en otros ordenamientos, como por ejemplo Europa, Estados Unidos y Latinoamérica, para así poder proponer la solución más equitativa para el caso colombiano.

Palabras clave

TRHA, temas bioéticos, donante heterólogo, derecho a la identidad, Colombia.

Abstract

The law has been compelled to resolve for approximately 30 years the conflicts that arise when subjects conceived by heterologous donation express their intention to know their genetic origins. The competing rights require a balancing test between the right to know the genetic origin of the one conceived through assisted reproductive technology and the right to reserve for heterologous donors. This article tries to answer questions such as: what happens to the right to identity of children born using Heterologous Assisted Human Reproduction Techniques? Is their right guaranteed, protected and constitutionally recognized in all cases? How should the judicial operator proceed when the right to know the genetic origin is disputed with the right to anonymity of heterologous donors? The foregoing cannot be resolved without studying, from the comparative law, how this right to know has been built, also the regula-

tory trends in contrast to the anonymity of donors and the legal solutions in force in other jurisdictions such as Europe, the United States and Latin America, in order to propose the most equitable solution for the Colombian case.

Keywords

ART, bioethical issues, heterologous donor, right to identity, Colombia.

Introducción

La Organización Mundial de la Salud (OMS) aproximadamente desde el año de 2009 reconoce la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo, detallada como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas. En Colombia, de acuerdo con estudios socializados por la Fundación Colombiana de Parejas Infértiles (Funcopi), los cuales fueron utilizados como referentes para la exposición de motivos de la ley 1953 de 2019, existen más de 2,5 millones de parejas afectadas, de las cuales aproximadamente 700.000 anhelan un tratamiento de reproducción asistida. Estos datos pueden ser avalados con los resultados divulgados por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en el Registro Multinacional para el año 2015 donde se concluye que en Colombia un total de 1,857 niños nacen como consecuencia de la aplicación de una técnica de reproducción humana asistida (en adelante TRHA), de acuerdo con este estudio se puede decir que existe una seria posibilidad que en el país se generen conflictos entre los hijos concebidos por estas TRHA (que involucren donación heteróloga) y sus padres legales cuando aquellos comiencen a indagar por sus orígenes genéticos, anhelo ya muy común entre las familias adoptivas.

El tema para Colombia no es de menor importancia si tenemos en cuenta que con la expedición de la ley 1953 de 2019 por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de la salud reproductiva, la cual consta solo de ocho (8) artículos contentivos de definiciones generales, no se contempla la posibilidad de resolución del conflicto jurídico que pueda surgir entre el concebido por reproducción asistida heteróloga y el donante anónimo que espera se reserve su identidad, como tampoco la ruta a seguir ni mucho menos se indica a cargo de quien estaría el acompañamiento institucional.

En el resto del mundo la discusión tampoco ha sido pacífica, se encuentran múltiples soluciones al dilema planteado en este trabajo que van desde la protección sin restricciones al derecho a conocer el origen biológico como también posturas que permiten privilegiar el derecho a la identidad del donante anónimo con indicación de excepciones muy puntuales.

Metodología

Este trabajo cuenta con un enfoque cualitativo-jurídico y descriptivo-prescriptivo que busca evidenciar que Colombia carece de soluciones concretas desde el punto de vista legal para el reconocimiento, garantía y protección de un derecho que pueda que tenga la categoría de subjetivo en cabeza de aquellas personas que, después de indagar sobre su historia personal, requieran materializar su derecho a saber su origen genético con información concreta y verificable.

Lo anterior no será posible sino se hace un ejercicio de rastreo por las legislaciones internacionales que de una u otra manera ya se ha planteado la pregunta problema que sirve de premisa de partida para el desarrollo de este trabajo.

Las fuentes de esta investigación están representadas en la revisión y análisis de normas colombianas, leyes extranjeras, pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana y de la Corte Suprema de Justicia, sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, textos y artículos científicos cuyos resultados han sido divulgados en revistas científicas con alto nivel de indexación.

Las técnicas de reproducción humanas asistidas

En palabras de Tortajada (2018) las TRHA más recurridas son: la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la transferencia intratubárica de gametos. Para la inseminación artificial se puede aplicar tanto el procedimiento homólogo como el heterólogo. Este autor explica que cuando se usan células de la propia pareja se habla de aplicación homóloga, mientras que cuando las células utilizadas no pertenecen a las del cónyuge, compañero o compañera permanente o a las de ambos se denomina aplicación heteróloga. El procedimiento de inseminación artificial se lleva a cabo dentro del vientre materno mediante la unión de gametos, mientras que el procedimiento de la fecundación in vitro se lleva a fuera del vientre materno, aplicando tecnología macroquímica que busca obtener la unión de los gametos masculinos y femeninos para posteriormente colocar

el producto de esa fecundación artificial dentro del útero esperando que inicie el embarazo con la anidación.

La información genética desde la perspectiva de los temas bioéticos y el derecho

Ni el derecho ni los temas que involucran a la bioética pueden ser indiferentes a la problemática descrita en este trabajo sobre todo si se tiene en cuenta que la información genética, esta categorizada “como sensible y necesariamente involucra la protección del derecho fundamental a la intimidad. En este sentido son varios los investigadores que coinciden en afirmar que “el conocimiento y temas como la protección del derecho a la intimidad en este contexto, como el derecho a conocer o el de negarse a conocer la información genética que concierne al sujeto, los relativos a la custodia y confidencialidad de esta información, tienen una importancia crucial en tanto se relacionan con derechos fundamentales del ser humano” (Urdapilleta, 2004).

Se hace importante en este punto alertar, buscando apoyo entre los investigadores de temas bioéticos, que la información genética de un ser humano “puede constituirse en un instrumento de poder en manos de terceros, a la vez que, en fuente de natural preocupación para el ser humano al convertirlo, parafraseando a Bergel (2002), en un “hombre de cristal”. De allí la necesidad de asegurar el control efectivo del sujeto sobre el proceso que parte de la obtención y culmina con la utilización de tal información”.

Es así como en palabras de Bergel (2002) en todos los momentos del proceso de recopilación y descubrimiento de la información, incluyendo su registro en un banco de información, “debe asegurarse la intervención del sujeto involucrado con el fin de obtener su consentimiento informado y poder ejercer el control indispensable para garantizar sus derechos de privacidad”

Se entiende por lo tanto que todos los datos genéticos recopilados deben tener estrecha relación con los objetivos buscados por el cotejo o examen, siempre garantizando la prevalencia del consentimiento y la autodeterminación de sus datos, permitiendo que el individuo mantenga la trazabilidad de su información genética y aceptando como excepción su utilización solo y exclusivamente para diagnóstico y tratamiento de enfermedades o investigación científica.

Se hace necesario que las legislaciones aseguren de manera explícita y siguiendo las recomendaciones del mismo autor que “también se debe tener en consideración el derecho a no conocer tal información. Hoy día tan importante como el derecho a conocer es el derecho a no conocer, que debe ser respetado en toda su extensión a la mira de los efectos negativos que puede importar el conocimiento para la tranquilidad o equilibrio psíquico del sujeto” (Bergel, 2002)

El derecho a conocer el origen genético propio

No ha sido una labor investigativa sencilla encontrar el fundamento de la existencia del derecho a conocer el origen genético propio y tampoco los suscritos somos los únicos que nos hemos auto encomendado esa labor, de hecho, autores como Álvarez Plaza et al (2018) también manifiestan que no existe una norma internacional expresa que reconozca un derecho subjetivo a conocer el origen genético.

Para ellos, si de encontrar una referencia aproximada se trata, se tendría acudir a el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, del 4 de abril de 1997, entiéndase Convenio de Oviedo o Convenio de Asturias, pero infortunadamente, este instrumento no aborda el tema. Ahora, la labor no termina en indicar el fundamento de la existencia de dicha prerrogativa, también se hace imperativo conocer el contenido de dicha facultad, que en palabras de los autores referenciados equivale a “decir si se trata solo de conocer las características fenotípicas y genotípicas de las personas donantes de gametos o además de conocer su identidad y localización. Un paso más supondría regular el contacto tanto con el donante como con su familia. De ser así, el registro y seguimiento de las muestras de semen y su trazabilidad deberían ser considerados y gestionados. (Álvarez Plaza & Pichardo Galán, 2018)

El primer paso obligado para el desarrollo de este trabajo, es indagar si el interés o anhelo que nazca en un ser humano concebido como aplicación de una TRHA con donación heteróloga de gametos de querer conocer su origen genético se puede considerar un derecho que adquiera la connotación de fundamental y de paso exigible legalmente a través de mecánicas constitucionales o legales. (González A. C., 2016)

Se encontró que los investigadores en temas bioéticos aproximadamente desde mediados de los años noventa comenzaron a plantearse esta posibilidad e inclusi-

ve comenzaron a dotar dicha prerrogativa de contenido. Se tiene por ejemplo que, “el derecho a conocer el origen genético tiene dos componentes, el primero representado en el contenido del derecho en sí, y que consistiría en la facultad de demandar ante los tribunales la verdadera filiación biológica o el derecho que tendría para alegar y demostrar la inconformidad con la que legalmente se ha identificado, este derecho permitiría reclamar los beneficios tanto patrimoniales como personales que deriven de su verdadera filiación y el segundo componente estaría representado por la premisa de que no podría considerarse un derecho absoluto en la medida en que sus límites estarían representados en derechos como la intimidad del donante, el honor y el principio de la seguridad jurídica”. (González M. C., 1994)

Ya en la primera década del siglo XXI amplían la dimensión del contenido del derecho a conocer, circunscribiéndolo a un derecho más visible como lo es el derecho a la identidad, reconociéndole tanta importancia como para erigirlo un derecho humano por ser un componente básico del desarrollo personal (Besson, 2007 citado en Igareda, 2014)

En este análisis necesariamente debemos incluir el importante aporte del jurista De Miguel, (2008) quien profundiza aún más sobre el alcance de la identidad genética manifestando que; “por identidad genética debe entenderse la conciencia de ser uno mismo, diferente de los demás, circunstancia que, a su vez, surge de la posesión de un ADN original. Como tal se ha de entender un ADN sustancialmente distinto al que posea cualquier otra persona, esto es, un ADN que difiera del ADN nuclear de otro ser humano, y no sólo del mitocondrial”.

El aporte del iusprivatista De Miguel (2008) va mucho más allá de conceptualizar la identidad genética, sino que además hace la conexión con el principio de dignidad humana, partiendo de la base que desde la promulgación de la declaración universal del genoma humano del 11 de noviembre de 1997 indica que hubo un cambio de paradigma en el entendido que la identidad genética hace parte de la dignidad del ser humano llegando inclusive a fundamentarse por qué se deben prohibir temas como la clonación del ser humano precisamente por el derecho que tiene todo individuo a sentir que es único e irrepetible. Lo anterior obliga a concluir que estaríamos en presencia de un bien jurídico tutelado denominado el derecho a no ser sujetos de orfandad genética.

Con un análisis más psicológico que jurídico, Thery (2009) manifiesta:

“(…) El derecho de conocer sus orígenes consiste ante todo en no ser emplazado en un estatus irreductiblemente “aparte” con respecto al engendramiento. Este derecho negativo puede a reglón seguido formularse de forma positiva: para el niño en cuestión es el de “tener la posibilidad” de decidir si quiere conocer o ignorar la identidad de su donante”. (Théry, 2009)

Este mismo autor Thery (2009) cuando descubre el origen de este anhelo del hijo concebido como consecuencia de la aplicación de una TRHA explica que no es que el niño sienta que sus padres de acogida no merezcan serlo, lo que el establece es que estos niños no pueden ser despojado de la posibilidad a:

“(…) “no ser privados del acceso a su propia historia”; que no sea borrado; que el derecho y la administración no construyan secretos en torno a su nacimiento; y que las informaciones sobre sus progenitores dejen de ser detentadas en informes que se les prohíbe consultar. Todas estas reivindicaciones derivan de sufrimientos extremadamente profundos”.

Ya finalizando la primera década del siglo XXI autores como Corral (2010) encuentran que no solo se ratifica el principio de verdad biológica como derecho, sino que además le asiste soporte legal representado inclusive en instrumentos del derecho internacional:

Este mismo autor Corral (2010) considera que lo más natural en un ser humano es indagar por su propia historia, saber su origen, e incluso considera que este sería un componente de una psiquis saludable. Por lo tanto, esta necesidad de indagar por el origen no puede estar desconectada de la ciencia jurídica en el entendido que ya se debe hablar de un derecho fundamental autónomo, el cual, debe tratarse como una prerrogativa de tipo subjetivo e inclusive poder reclamar su protección legal a través de múltiples instancias tanto nacionales como internacionales.

Bajo esta visión el menor concebido, tiene el derecho a conocer a sus padres, tal como lo garantiza la Convención de derechos del Niño (2010)

Y es que si se revisan los instrumentos internacionales referenciados no existen constancias expresas un derecho a conocer, pero si referencias que pueden ayudar a edificarlo jurídicamente tanto en el pacto internacional de Derechos Políticos y Civiles, como también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el especial progreso que ha tenido el asunto en la Convención de Derechos del Niño.

Esta misma situación, de no existir una norma expresa que reconozca el derecho a conocer el origen genético y ya entrada la segunda década de este siglo, desde España autoras como Igareda (2014) y a pesar de múltiples conflictos derivados de la concepción de menores a través de TRHA, comenzaron a notar su ausencia en los instrumentos internacionales constitutivos de la unión europea;

Y es que, si se revisan instrumentos como el tratado de Maastricht del año 1992, que replica la Carta de la UE, vinculante para la Unión Europea desde la suscripción del tratado de Lisboa del año 2007, nada se dice del derecho a conocer el origen biológico. Solo a partir de la jurisprudencia internacional y europea del Tribunal de Estrasburgo se menciona este derecho siempre y cuando venga conexo con el principio de la dignidad humana y el respeto de la vida privada y familiar en concordancia con el contenido del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)

Pero el hecho que este derecho no estuviera establecido expresamente en instrumentos internacionales no fue impedimento para que por ejemplo en casos como *Pretty c. Royaume-Uni* n. 2346/02, § 61, CedH 2002-III; *Bensaid c Royaume-Uni* N° 44599/98, § 47, CHdH 2001-I, que discute la posibilidad del derecho que tiene un menor a conocer el expediente reservado que ha sido puesto a disposición del sistema público de asistencia, han sido un vivo ejemplo que “el conocimiento de los orígenes biológicos permite hacer efectivo el derecho a la propia identidad, integrado en la noción de vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, admitiendo que la identidad de los padres biológicos forma parte de la identidad personal propia”. (Polymenopoulou, 2011)

Y es que, para estos iusprivatistas, como, por ejemplo, Martínez (2016) la importancia del derecho a conocer los orígenes biológicos ya posee un contenido y efectos propios;

Para (Martínez, 2016 citado en Coloma, 2009), el derecho a la identidad biológica se ha ido perfilando como un derecho de primer orden, separándolo inclusive del hasta hace poco inalterable criterio biológico de la filiación, al darle un carácter normativo. Ellos son claros al establecer que el componente genético, aunque no es definitorio de la personalidad del ser humano, si hay que reconocerle la posibilidad de individualizar a la persona, diferenciándolo de los demás. La posibilidad de sentirse único también es importante para desarrollar una autoestima sana.

Además, es este mismo autor Martínez (2016) quien advierte sobre la necesidad de mantener los límites claros del derecho a conocer los orígenes genéticos para evitar situaciones tan poco comunes, pero perfectamente posible como los incestos involuntarios;

No hay que negar, apoyando al autor referenciado, la plurivariada de bienes jurídicos involucrados con la posibilidad de conocer el origen genético, estamos hablando de el libre desarrollo de la personalidad, el principio de la dignidad, la honra, la misma identidad, el derecho a la intimidad e inclusive la integridad personal y la salud. “Estos derechos, junto a otras circunstancias, como evitar relaciones incestuosas involuntarias, han encontrado en el derecho a conocer los orígenes genéticos una forma de satisfacer los derechos de los hijos e hijas, sin necesidad de que esto conlleve una modificación de la filiación legalmente atribuida”. (Martínez, 2016)

Lo anterior solo permite concluir, que, aunque se ha avanzado el reconocer criterios como la voluntariedad como fuente de filiación, de todas formas, (Quicios, 2015 citado por Martínez, 2016) no dejan de evidenciar que el criterio biológico tiene aún una importancia tal, que el ser humano siempre buscará conocer su historia personal y tener la posibilidad de contactar al donante heterólogo anónimo que contribuyó en su concepción.

El año 2017 es especialmente prolijo para los efectos de determinar el alcance de este derecho a conocer los orígenes genéticos, en primer lugar, aparecen los pronunciamientos de autores como Gutiérrez (2017) quien lo define como “un atributo innato del nuevo ser, el cual irá desarrollándose y enriqueciéndose a través de toda una vida, pasando por la infancia, adolescencia, juventud y edad adulta, hasta la muerte”.

Además, reconoce su carácter de derecho fundamental recomendando su protección jurídica;

Este autor también entra en la línea anterior en el entendido de establecer que el derecho a conocer el origen biológico merece ser “protegido por todos los poderes del Estado por ser reconocido como derecho inalienable, inviolable e indisponible para el legislador, quien solo puede comprenderlos, interpretarlos y aplicarlos como efectivas normas jurídicas, encontrándose obligado a establecer un sistema procesal para su defensa frente a posibles violaciones provenientes de los poderes públicos o de los particulares” (Gutiérrez, 2017)

En la anterior línea, pero haciendo un análisis más certero de los aspectos que se derivan de este derecho vinculado con el concepto de identidad personal, aparece en el panorama los ya muy reputados (Alkorta Idiakez & Farnós Amorós, 2017), estableciendo que;

Gutiérrez (2017) considera que la identidad del ser humano se debe analizar bipartitamente, es decir, desde un punto de vista estático y desde un punto de vista dinámico. El primero estará compuesto por un aspecto objetivo e inmodificable como, por ejemplo, la fecha de nacimiento, el apellido e inclusive el estado civil y el segundo lo componen aspectos de carácter espiritual, psicológico o somático e inclusive haciendo un uso extensivo del derecho a la identidad como una unidad, se incluyen componentes culturales, ideológicos, religiosos o políticos.

Y para cerrar este acápite tenemos que (Muñoz Genestoux & Vittola, 2017), hacen un importante aporte a la discusión estableciendo una diferenciación conceptual entre el derecho a conocer el origen genético y el derecho a conocer el origen biológico;

Muñoz y Vitola (2017) estiman que las diferencias entre estos dos conceptos radican en que desde la arista genética, solo será relevante para identificar quien es el donante del gameto, es decir, la persona que hizo posible el nacimiento, en cambio, el enfoque biológico, va mucho más allá, en el entendido que hace referencia al bios o vida del ser humano incluyendo a la maternidad subrogada, pues la madre canguro es quien llevó a cabo el embarazo y lo da a luz, por lo tanto ya hará parte de su historia personal.

Tendencias normativas respecto al anonimato del donante desde el derecho comparado

En este punto se debe decir que de acuerdo con los hallazgos detectados en el transcurso de la investigación se encontraron dos corrientes legislativas claramente diferenciadas. Por una parte están aquellos países con un marco amplio, es decir, que permiten la aplicación de las TRHA sin mayores restricciones pero que a su vez privilegian el derecho a la reserva del donante ante la posibilidad de que el nacido con la aplicación de ellas no tenga la posibilidad de conocer los datos identificatorios de quien facilitó el material genético, eso sí, con excepción de aquellas circunstancias que impliquen un peligro real y efectivo para la vida humana independiente del hijo o cuando se requiera para los fines de la investigación penal.

Y en un segundo grupo tenemos países que, aunque permiten de manera regulada la aplicación de las TRHA, no colocan mayores obstáculos al derecho que tiene el hijo a tener acceso los datos identificatorios del donante heterólogo anónimo.

Para poder identificar el marco normativo que eventualmente podría proponerse en Colombia respecto a la regulación de las TRHA, se hace necesario hacer un recorrido por las legislaciones en donde existan pronunciamientos expuestos, empezando por Europa, luego Estados Unidos y finalizando con una revisión de lo que hasta hoy está regulado en Latinoamérica.

Europa

En palabras de Tortajada (2018) y mirando el continente europeo hay países que ofrecen distintas alternativas, unos permitiendo conceder el derecho a acceder a los datos identificatorios de los niños así concebidos, pero con la salvedad que este conocimiento no derive que el donante se vea compelido a responder por las obligaciones que de la paternidad se generan para el derecho. En cambio, también hay legislaciones que como ya se había advertido, privilegian el anonimato de los donantes, con excepciones legislativas, pero no en todos.

Autores como Igareda (2014) identifican que Alemania y Austria, países germanoparlantes, cuentan con los marcos legislativos más cerrados, haciendo alusión a las ya conocidas prácticas eugenésicas de principios del siglo XX. También menciona a Italia, nación permeada por los dogmas de la iglesia católica que nunca han apoyado la aplicación de las TRHA en términos generales por considerarlas un catalizador del desorden sexual y reproductivo. En el anterior grupo incluye también a Suecia, Suiza y Dinamarca en donde la donación de óvulos está prohibida y en donde además, solo se pueden utilizar óvulos remanentes debido a la consideración que el propio proceso de extracción de estos podría ser riesgoso para la salud de las mujeres además que permitiría un comercio de componentes humanos indiscriminado sin mencionar la presión social a lo que se verían sometidas las mujeres.

Ahora y a pesar de las restricciones en cuanto a la donación de ovocitos ni de embriones, países como Austria han legislado a favor de permitir el acceso a los datos identificatorios de los donantes de esperma que hicieron posible su fecundación y posterior nacimiento.

Para el caso italiano y haciendo uso de las investigaciones llevadas a cabo por Ticono (2019) se tiene que la ley 40 de 2004, permite exclusivamente dentro del proceso de aplicación de la TRHA, la utilización de los gametos de la pareja que desea concebir, sin posibilidad de acudir a donantes anónimos. Esta ley tampoco permite que mujeres solteras, viudas y parejas del mismo sexo apliquen a los tratamientos de reproducción ofrecidos por el sistema italiano de salud.

Para el caso de Países Bajos, el mismo Thery (2009) ha identificado que la legislación restrictiva en cuanto a la reserva del donante y después de quince años de discusiones tuvo que dar un giro hacia la flexibilización, cuando se adopta en el año de 2002 el (Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting) que establece que las donaciones ya no serán anónimas abandonado el sistema de doble ventanilla que daba la prerrogativa al donante de develar o no sus datos identificatorios. Esta disposición legal entró en vigor a partir de junio de 2004.

Para abordar el contenido de esta legislación de los Países Bajos, en Alkorta (2017) se encuentra una breve referencia que es de utilidad para los efectos de este trabajo. Básicamente esta reforma permite que las personas mayores de 16 años concebidas y nacidas como consecuencia de la aplicación de una TRHA con gametos en donación, puedan solicitar los datos identificatorios del propietario del material genético. En Janssens et al (2017) se menciona además, que respecto de los menores de 12 años solo se les permitirá acceder a la información no identificativa del donante heterólogo. Esta ley crea una base de datos de donantes y nacidos administrada por la fundación “Stichtingdonorkind” (SDKB), adscrita al ministerio de Sanidad. A partir del año 2020 se ofrece información y se presta asesoría a las personas concebidas y nacidas de donante que busquen obtener información respecto de su origen.

Esta ley además contempló que, respecto a las donaciones anteriores a su vigencia, es decir, antes de junio de 2004, las personas que requieran información sobre su origen pueden inscribirse en una base de datos creados por la misma ley denominada ADN “FIOM” que permite realizar los acercamientos entre hijos y donantes. Según lo reportado se puede hablar de un índice del éxito que oscila alrededor del 10%.

Respecto a los fecundados y nacidos antes de la vigencia de la ley, (...) “pueden, además, solicitar información sobre el donante en la propia SDKB, en cuyo registro central las clínicas están obligadas a depositar los registros de todas las

donaciones, incluidas las anteriores a 2004. Si el donante es identificado, pero se opone a revelar la información, la fundación resuelve normalmente a favor de no revelar la identidad, salvo que existan razones específicas que aconsejen lo contrario” (2017).

They (2009) referenciando el caso de Suecia, indica que fue el primer país del mundo en modificar su legislación desde 1984, permitiendo a los hijos concebidos con ayuda de donación de esperma la posibilidad de conocer los datos identificatorios de su donante. Dicha legislación comenzó su vigencia en marzo de 1985 haciendo extensiva esta misma prerrogativa posteriormente a favor de los niños nacidos a través de ovo donación a partir del 1 de enero del año 2003.

Dentro de esta línea, tal vez el caso más interesante en referencia a They se encuentra en Suiza en donde y gracias a la aprobación de un plebiscito que modificó la Constitución Federal desde el año de 1992 que posteriormente se convirtió en una ley federal promulgada en 1998, se garantiza el acceso de un concebido y nacido por aplicación de TRHA con utilización de donante a la información concerniente a su historial genético.

Es Alkorta (2017) a quien también se puede acudir para entender el funcionamiento del sistema suizo después de las reformas estructurales ya indicadas explicando cuales son los datos del donante a que se puede tener acceso encontrando por ejemplo la fecha y lugar de nacimiento, el domicilio, el lugar de origen ya sea dentro o fuera de Suiza, la ocupación y el aspecto físico. Antes de que toda información sea suministrada, la oficina federal encargada para estos fines debe realizar las gestiones pertinentes que permitan que el donante se entere del interés del concebido y nacido gracias a la donación de su material genético, en este punto el donante puede manifestar que no desea tener contacto con el nacido y a su vez este último debe enterarse de esa negativa. Este procedimiento permite que de todas maneras y a pesar de la negativa del donante a tener el acercamiento, se le suministren los datos identificativos. Hablando de datos no identificativos como, por ejemplo, la fecha de la donación o los resultados de las pruebas médicas de quien hace la donación podrán ser solicitados por el concebido y nacido en cualquier momento siempre que se evidencie un “interés legítimo” para hacerlo.

Y para cerrar el acápite de los países europeos que han ido virando hacia el aperturismo, They (2009) nos referencia a el Reino Unido, país que sometió el tema a varias consultas durante dos años en donde al final se decidió por la su-

presión del anonimato a partir de abril de 2005, con la diferencia respecto de los países bajos que dicha legislación no tiene el carácter de retroactivo permitiendo también levantar la reserva en la identidad del donante previa inscripción a un registro de donantes voluntarios a quienes se les hace dicha salvedad tal y como sucede en el sistema Neozelandés.

En el otro extremo encontramos países que privilegian el derecho a la intimidad del donante por encima del interés del derecho a conocer la identidad genética, derecho que inclusive viene protegido legalmente, haciendo la aclaración de que el marco no está restrictivo en el mismo nivel en todos ellos. Casos para mencionar serían Bélgica, Francia, Portugal y España.

Para abordar someramente lo que sucede en el caso belga tenemos que Char-dí (2018) encontró que para todos los funcionarios que laboran en los centros y clínicas de fertilidad existe como regla general la obligación de guardar el secreto profesional, aunque se dan algunas excepciones como por ejemplo el concebido puede acceder a información sobre el aspecto físico del donante y además a la información médica. Allá también se da la posibilidad de que de manera consensuada entre donante y concebido se pueda solicitar la no reserva.)

Para el caso francés se encontró que además de Chardí (2018) quien explica que allí se da una aplicación cerrada del principio de la reserva en el entendido que quienes aporten su propio donante solo pueden usarlo “a través de un programa de donación cruzada en la que se intercambian los donantes entre las parejas receptoras” otros autores como Ciruzzi (2013) quien explica que en Francia desde la expedición de la ley 94-654/94, se estipula, sin excepciones el anonimato absoluto del donante.

Gutiérrez (2014) es otro referente que ha estudiado el caso francés quien encontró que posterior a la reforma llevada a cabo en enero de 2002, se ha flexibilizado la posibilidad de permitir la búsqueda del origen genético. Con esta reforma se creó El Concejo Nacional de Acceso al origen personal (CNAOP), ente multidisciplinario compuesto por magistrados, representantes de la sociedad civil y profesionales médicos, genetistas y expertos en temas bioéticos cuyo principal objetivo es garantizar en donde se permita la protección del concebido y su derecho a la identidad.

Ticona (2019) también hace mención del caso francés y encuentra que después de la expedición de la ley 800 de 2004 se prohíbe a las mujeres solas acudir a las

TRHA, dejando esta prerrogativa solo para aquellas parejas que estén casadas o que convivan con ánimo de permanencia.

Se hace importante mencionar que en el país galo el asunto se mediatiza a partir de una demanda contra el estado de fecha 1 de noviembre de 1998, en la que la promotora, Dña. Pascale Odièvre “alega que el secreto de su nacimiento y, como resultado de ello, la imposibilidad para ella de conocer sus orígenes constituía una violación de los derechos garantizados por el artículo 8 del Convenio y una discriminación contraria al artículo 14 del Convenio”.

Para el caso de Portugal y acudiendo nuevamente a Gutiérrez (2017) se encontró que existe un órgano denominado Concejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida quien se encarga de resolver las consultas sobre temas éticos, sociales y legales derivada de la aplicación de las TRHA. Este ente funciona además como una especie de banco de datos debidamente custodiado el cual sirve incluso para evitar eventuales matrimonios entre hermanos brindando la información necesaria.

Y para cerrar este punto debemos apoyarnos en Chardí (2018) quien al mencionar el caso español encuentra que existe la ley 14 de 2006, marco jurídico para la aplicación de las TRHA, la cual sufrió una modificación en el año de 2015 en donde la reserva de la identidad del donante está garantizada teniendo como excepciones los fines de investigación penal o para la protección del hijo o concebido del padecimiento de enfermedades de tipo genético.

El autor hace una especial mención del caso de la provincia de Cataluña, quienes van un paso adelante del resto del Reino de España desde que promulgaron la ley 14 de 2010 en cuyo acápite de definiciones declara que “los niños y los adolescentes tienen derecho a conocer su origen genético, padres y madres y parientes biológicos” Dicha ley fue regulada por el decreto 169 de 2015 que estipula el procedimiento a seguir para permitir el acceso a la información genética de los donantes. Lo novedoso de esta pieza legislativa es que le da alcance y contenido a el derecho a conocer el origen el cual entiende “referido no solo a la vertiente puramente biológica de determinación del vínculo genético con las personas de las que desciende y de conocimiento de la identidad de los progenitores biológicos, sino también al conocimiento de la propia historia personal, de la que forman parte el entorno social y familiar y las circunstancias vividas durante la infancia”. (Chardí, 2018)

Estados Unidos

Para el caso de Estados Unidos se encuentra un respecto generalizado por la libertad y por la autonomía reproductiva, es decir, pocas restricciones a los centros y clínicas de fertilización quienes pueden aplicar las TRHA en concordancia con el derecho a la intimidad, es un tema que entre otras cosas se ha venido convirtiendo en un lucrativo negocio.

Los lineamientos para el funcionamiento de las clínicas y centros de fertilización en Estados Unidos se soportan en las reglas de la ASRM (Belloc et al. 2014). Existe una tipología y grados de información a los cuales pueden acceder las personas concebidas como producto de la aplicación de una TRHA, claro dependiendo de cuan laxo fue al donante al momento de realizar el aporte del material genético. En este punto se acude a Tokushige et al. (2009) quienes relacionan los niveles y tipos de información, a saber: “información no identificativa (nivel 1); información no identificativa de contacto por razones médicas (nivel 2); contacto personal no identificativo (nivel 3); y, finalmente, contacto personal identificativo (nivel 4)”. En la actualidad existe una tendencia en Estados Unidos de conformar asociaciones de padres quienes concibieron sus hijos con aplicación de TRHA y utilización de donantes anónimos y se reúnen con cierta frecuencia para socializar con sus hijos desde muy temprano su manera de concepción. (Alkorta Idiákez & Farnós Amorós, 2017)

Latinoamérica

Para el caso latinoamericano, primero que nada, hay que mirar que pronunciamientos de la CIDH se han dado al respecto. En concordancia con Muñoz & Vitola (2017) quienes citan textualmente al tribunal internacional, se tiene que “el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”. Se anota además que la Convención Americana de Derechos humanos, nada dice respecto al derecho a la identidad, pero esto no obsta para que no se realice una interpretación amplia teniendo en cuenta la tendencia del Derecho Internacional.

Muñoz & Vitola (2017) resaltan el aporte que hace el comité jurídico interamericano, quienes expresaron que “el derecho a la identidad es consustancial a los

atributos y a la dignidad humana” y que, en consecuencia, “es un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana”

Los países de la región con más avances respecto del tema son Chile, Argentina Brasil y Uruguay”

Para el caso de la legislación chilena, se acude a autores como Talciani (2010) quienes identifican a la ley No. 19585, norma que reforma el tema de la filiación (art. 182 del Código Civil) cuyo principio rector es la verdad biológica, permitiendo que se regule acerca de la filiación del hijo concebido a través de la aplicación de TRHA, norma que no deja de ser problemática, debido a que habría que darle entrada a la filiación por voluntad procreacional. la norma indica textualmente: “el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo con la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.

El caso argentino ha sido referenciado por autores como González (1994) y Alkorta (2017), quienes parten desde la aprobación del Código Civil y comercial de la nación, es decir, la ley 26.994 de 1994, norma que, según ellos, hace un reconocimiento tibio al derecho a la información del concebido mediante aplicación de TRHA con donación de material genético donado de forma heteróloga. En este punto se acude a la cita textual de la norma que establece; “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” y (b) “revelarse la identidad del donante”. Sin embargo, en este último caso la posibilidad de conocer se subordina a “razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial”, lo que tiene un alcance muy diferente respecto del derecho que el código sí reconoce como tal a las personas adoptadas (6) (art. 596: vid. apartado 9, vid. (Alkorta Idiakez & Farnós Amorós, 2017)

El caso brasilero se encuentra referenciado por Chardí (2018) quien identifica la resolución No. 2013 de 2013 proferida por el Consejo Federal de Medicina, norma que impone el deber de mantener el anonimato tanto del donador del material genético como también del beneficiario, claro está, existiendo la regla de la jus-

tificación médica, como única forma de levantar el velo informativo. La norma en su tenor literal establece que: “Obligatoriamente debe ser mantenido en silencio la identidad de los dadores de gametos y embriones, como también de los receptores. En situaciones especiales, la información sobre los donantes, por razones médicas, pueden ser brindadas exclusivamente por los médicos resguardándose la identidad del dador”

Es Chardí (2018) a quien también se acude para mencionar el caso uruguayo, en donde hoy en día rige la ley 19.167 de 2013, legislación que si se atreve a realizar una mención directa acerca de la donación de gametos como alternativa para la aplicación de TRHA. La norma establece que: “la donación de gametos se realizará en forma anónima y altruista, debiendo garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes”.

Planteamiento del debate: Derecho de identidad genética v. Derecho a la intimidad del donante

En este punto que plantea el trabajo, se encontraron dos corrientes diversas, la primera que representa una posición que no permitiría la posibilidad a los concebidos a través de aplicación de TRHA con donación de gametos heterólogos tener acceso a la información de sus orígenes genéticos y otra corriente más benigna que implicaría promover en las legislaciones la posibilidad de conocer los orígenes genéticos del concebido.

Para los defensores de la primera corriente, se considera que el fundamento del derecho a conocer los orígenes no encuentra un respaldo jurídico robusto debido a que la concepción y el nacimiento del ser humano se da por la voluntad procreacional de los padres comitentes que después de firmar un consentimiento informado y libre así lo deseaban, por lo tanto, conocer el origen genético sería irrelevante y nada aportaría a la construcción de la identidad del concebido. En palabras de Muñoz & Vitola (2017) este anhelo solo sería relevante para los casos de la adopción.

Para los representantes de esta línea, el derecho a conocer los orígenes solo sería posible en la medida en que los donantes del material genético a si lo autorice, privilegiando el derecho a la intimidad sobre el de la identidad. “En otras palabras, tiene un peso más fuerte el derecho del donante a su intimidad que el derecho a conocer los orígenes de las personas nacidas a través de estas técnicas”. (Muñoz Genestoux & Vítola, 2017)

Se han detectado por lo menos cuatro argumentos sólidos que sustentan la necesidad de mantener el anonimato del donante ante la solicitud del concebido de conocer el origen genético. El primero hace referencia a que el levantamiento del anonimato desestimularía la donación de gametos. Se entiende que es el argumento más “recurrido a favor de esta primera corriente, más que todo esgrimido por los profesionales médicos y genetistas, es decir, ellos manifiestan que si no se garantiza el anonimato entre los donantes de material genético, se crea un temor y una prevención ante la posibilidad de verse implicados en futuras reclamaciones y responsabilidades que el derecho les atribuiría, lo que traería como necesaria consecuencia la merma y no aplicación de las TRHA, precisamente por falta de material genético donado.. “Las encuestas llevadas a cabo en uno de los bancos de semen más grandes de Holanda justo antes del cambio legislativo favorable a la supresión del anonimato, en 2004, pusieron de manifiesto que tras varios años de información y debate público sobre la cuestión un porcentaje todavía significativo de padres (37%) había optado por el anonimato, principalmente por el miedo a que un donante conocido pudiera interferir en la familia en un futuro” (Alkorta Idiakez & Farnós Amorós, 2017).

El segundo argumento tiene que ver directamente con privilegiar el derecho a la intimidad del donante del material genético, en este sentido se abordan temas como; el secreto a que tiene derecho el donante sobre el uso que le da a su material genético, con el cual se está creando vida para otro ser humano, pero sin necesidad de tener un vínculo jurídico derivado de la verdad biológica; también el derecho al secreto a que tiene derecho la pareja o la persona que tiene el impedimento médico para concebir para que no se sepa de esa circunstancia y por último la posibilidad de que el concebido se entere de que con, por lo menos uno de los padres comitentes, tiene una relación puramente formal y no genética.

El tercer argumento de esta línea se deriva del hecho de querer evitar la injerencia de un tercero en la vida familiar que se ha consolidado con el hijo concebido como consecuencia de la aplicación de una TRHA.

Y el cuarto y último argumento proviene de autores como Alquezar (2017) quien manifiesta que “el conocimiento por parte del hijo de la identidad de su dador puede producirle un daño psíquico y afectivo, que no beneficiaría en nada su bienestar y desarrollo como persona”

Autores como de Melo-Martins y Pennings, adscritos a esta línea consideran que está sobrevalorado el derecho a conocer los orígenes y que inclusive serían más

los perjuicios que los beneficios que el conocer traería y que de ninguna manera pueden estar por encima del derecho a la intimidad del donante ni mucho menos sobre el derecho a la reproducción y a tener una familia. (2016)

Se considera además que es mucho más sano que el hijo sienta que forma parte de una familia sólida y establecida y que en muchos casos aquellas personas que fueron concebidas por aplicación de una TRHA con utilización de material genético donado de manera heteróloga nunca llegar a saber de esta circunstancia y eso no impide que cuenten con una identidad perfectamente definida.

Aunque los argumentos mencionados con anterioridad cuentan con serios defensores, lo cierto es que las legislaciones que aún mantienen o privilegian el derecho a la reserva de los donantes de material genético pueden verse comprometidos en un futuro no tan lejano. Lo anterior estaría soportado por el incremento de la relevancia de las evidencias biológicas para encontrar información sobre los antepasados y especialmente obtener información médica, sobre todo porque se tiene conocimiento de la creación cada vez más frecuente de bancos de datos internacionales de ancestría y genealogía genética. En palabras de Harper et al. reforzado por Álvarez “todas las partes interesadas (padres, madres, hijos (as) y donantes) deberían ser conscientes de que el anonimato del donante probablemente ya no se pueda garantizar de facto, independientemente de las legislaciones garantista” (2016). “Sin embargo, los donantes no son avisados de estas nuevas realidades y su potencialidad, que impiden asegurar plenamente el anonimato” (Álvarez Plaza & Pichardo Galán, 2018)

En la otra orilla se encuentran los defensores de la posibilidad que tiene el concebido de conocer su origen genético sin ningún tipo de cortapisa o impedimento, es decir, quienes propenden por una política legislativa aperturista que privilegie el derecho a conocer por encima del derecho al secreto del donante anónimo. En este sentido sus defensores consideran que nadie se puede privar del derecho a informarse todo lo relativo a su identidad genética, ni mucho menos ser objeto de juicios personalizados sobre lo que se considere relevante o no para la construcción de su historia personal. Como sugerencia para entender la evolución de esta corriente, se atiende la sugerencia de Muñoz quien invita a realizar un recorrido por las principales posiciones que han abordado la temáticas conscientes de su importancia. (Muñoz Genestoux & Vítola, 2017)

En este punto se identificaron por lo menos tres tipos de argumentos que sustentan el reconocimiento del derecho a conocer el origen genético. El primero no se puede desligar de principios como la dignidad humana y derechos subjetivos a la igualdad y a la intimidad, que utilizando palabras de Franco de Miguel (2018) sustentan la “posibilidad de controlar la información acerca de uno mismo”. Por otro lado, y reforzando lo anterior, la aplicación cada vez más frecuente de las TRHA han generado entre los concebidos la necesidad de no sentirse “simétricos” con sus comitentes o donantes de material genético y que el acceso a conocer los orígenes se convierte en un interés superior que debe ser protegido legalmente. (Hernández, 1988)

También está el argumento de la honestidad en las relaciones familiares, autores como Pennings, consideran que no es beneficioso dentro de una relación parental que la una conserve información importante sobre la otra, en este caso el hijo concebido, en especial si se puede enterar de estas especiales circunstancias de manera accidental. Es respetable, sobre todo para familias monoparentales u homoparentales acudir a la donación de gametos para crear una familia basada en la honestidad, la sinceridad y la confianza. “Mentir sería como ocultar algo que se considera vergonzoso, malo, éticamente reprochable, todo lo contrario, a lo que las familias viven como una historia de amor y de generosidad. Revelar es visibilizar y normalizar la diversidad familiar frente al modelo todavía hegemónico de familia heteroparental” (Pennings et al. 2014)

El tercer argumento está relacionado con la existencia de los “screening” genéticos debido al hecho de que cada vez es más importante conocer el genoma del progenitor sobre todo para poder garantizar el derecho a la salud del concebido. Los diagnósticos genéticos en las etapas preimplantacionales son cada vez más usuales por que permiten identificar el tratamiento de un padecimiento médico o en el mejor de los casos prevenirlo. Alkorta es claro en manifestar que esta “información es muy relevante a la hora de que el propio nacido de donación de gametos decida tener hijos. La progresiva generalización de los análisis del genoma lleva a pensar que en el futuro será inevitable que el nacido sepa, más pronto o más tarde, que no tiene vínculo genético alguno con sus padres legales”

Atendiendo las posiciones encontradas y referenciadas anteriormente, se puede establecer que ambas estarían justificadas legítimamente hablando, es decir, es importante la protección del derecho al secreto y a la intimidad del donante y también es importante que se permita la aplicación de las TRHA para aquellos que por razones médicas estén impedidos para concebir de manera natural y que quie-

ran ejercer su derecho a fundar una familia. Debe reconocerse además que todas las medidas referenciadas se pueden considerar idóneas en la medida en que se pueda encontrar el equilibrio entre las limitaciones y los fines perseguidos, que seguramente será el ejercicio al cual se deberán verse sometidos los jueces constitucionales ante las futuras reclamaciones. (Famá, 2012)

Como aporte interesante se encontró que Fama establece que la persona que voluntariamente dona su material genético con fines reproductivos se coloca en una posición en la cual no parecería demasiado irrazonable que en un futuro se le exija que afronte las consecuencias de su accionar. En cambio, mirando la posición del concebido a través de la aplicación de TRHA, este ha sido ajeno al procedimiento en virtud del cual se le trajo al mundo y que por supuesto no medió su consentimiento. En este punto esta autora acude a Kelmelmajer de Carlucci, autor que hace una severa crítica al célebre caso francés “Odièvre” estudiado por el TEDH: “a mi juicio extensible al caso en estudio, la solución del Proyecto “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”. (Famá, 2012)

Muñoz (2017) en defensa de los argumentos de la autora Fama encuentra que la parte más vulnerable dentro de todo este proceso es definitivamente el concebido, debido a que por la voluntad de otros se puede ver limitado a acceder a la información que le permita conocer los elementos constitutivos de su identidad genética. Refuerza el argumento que conocer su origen genético es parte esencial de la autonomía, autodeterminación, intimidad y libertad como derechos subjetivos del ser humano. Concluye que ninguna persona puede reemplazar el ánimo o el anhelo de alguien a conocer sus orígenes genético o biológicos soportados solo por la premisa del derecho a fundar una familia, a criarlos de la manera que para los padres comitentes sea adecuada y sobre todo sobreponer el derecho a la intimidad.

Caso Colombiano y soluciones jurídicas al dilema derecho a conocer el origen genético versus derecho a la intimidad del donante

Para desarrollar este punto parece necesario plantearse el interrogante en primer lugar de que si en Colombia se podría reconocer el derecho del concebido a conocer su origen genético cuando su nacimiento se derive de la aplicación de TRHA con material genético donado de manera heteróloga.

Solo de la revisión normativa de la Constitución del año de 1991, se encuentra unos principios establecidos en su artículo primero y unos derechos citados en su artículo 16, los cuales se refieren a la dignidad humana y al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Retomando las posiciones doctrinales identificadas a lo largo de esta investigación, a estas alturas podríamos anticipar a manera de conclusión que una persona que no tenga acceso a la información que le permita conocer su origen genético no podría desarrollarse plenamente como persona psicológicamente hablando.

De la revisión normativa que se le pudo hacer al Código Civil colombiano, que entre otras cosas es una legislación del siglo XIX, no se encuentra una regla que proteja, propenda o garantice el derecho a la identidad genética o biológica como un derecho subjetivo en cabeza de las personas naturales.

El código de la infancia y de la adolescencia en su artículo 25 establece claramente el derecho a la identidad, pero circunscrito a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y la filiación conformes a la ley, aunque no menciona expresamente el derecho a conocer los orígenes genéticos en caso de ser concebido por aplicación de TRHA, si pudiera considerarse que deja una puerta abierta cuando se involucre el tema de la filiación por voluntad procreacional.

Colombia no es ajeno a la aplicación de las TRHA, las cuales se desarrollan principalmente en centros de fertilización y clínicas de carácter privado, instalaciones que cuentan con bancos de material genético como semen, óvulos y embriones mantenidos en crioconservación. No hay limitaciones para que un donante realice su donación tanto en centros privados que son su mayoría o también públicos.

Lo que sí es un hecho es que hasta la fecha no existe una legislación específica que resuelva el dilema planteado en este trabajo para aquellas personas concebidas por aplicación de TRHA y que posteriormente quieran indagar sobre sus orígenes, por lo tanto, están sometidos a un régimen decimonónico que impone la verdad biológica como principio rector.

Los hechos descritos han sido recogidos de manera parcial en la Ley que regula la reproducción asistida en Colombia, ley 1953 de 2019 o conocida también como la ley Lucia.

Pero si se revisan de manera juiciosa sus 8 artículos, nada se dice respecto al manejo de los datos de los donantes anónimos, de los derechos y deberes de quie-

nes administren dicha base de datos, ni mucho menos como se soluciona el dilema que se plantea en este trabajo, es decir, cuál es la ruta para seguir en caso de que una persona nacida como aplicación de una TRHA con donantes anónimos quiera conocer sus orígenes genéticos.

De lo anteriormente descrito no queda otra conclusión sino la de manifestar, sin temor a equivocarse, que en Colombia se está vulnerando por omisión legislativa el derecho a conocer los orígenes genéticos para aquellas personas concebidas por aplicación de las TRHA.

Será entonces encontrar estas respuestas en la misma Constitución, más específicamente en su artículo 94, en donde se reconoce que hay derechos inherentes al ser humano, no positivizados, pero con relevancia constitucional, como por ejemplo el derecho a la identidad, a la individualidad, a la intangibilidad, a la diferencia genética, a la irrepitibilidad y autenticidad genética, en fin, a la preservación de la especie humana, vinculados directamente con la dignidad de la persona; así como otros vinculados con la familia, como los derechos a tener progenitores y a no ser sujeto de orfandad biológica, pues los hijos deben tener padres y biológicamente deben provenir de una pareja; esto es, constitucionalmente se exige que sean producto de la unión de células germinales masculinas y femeninas. (Castro et al. 2019)

En este punto y acudiendo a Alexy (2002), referente obligado para cuando se deben evidenciar ejercicios de ponderación de derechos, se tiene que “cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos debe ceder frente al otro, sin que ello signifique declarar inválido el principio desplazado ni que en dicho principio haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro; pero, bajo otras, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa”.

De esta forma, la ponderación es entendida como un discurso argumentativo en el cual se establece una precedencia condicionada de un principio, o de un grupo de principios, sobre otro principio, o grupos de principios, en un caso concreto. En este orden de ideas, para el caso de este estudio resulta importante determinar si debe otorgársele mayor importancia al derecho de los niños a conocer su origen o al derecho a la intimidad de los donantes.

Para el caso del ordenamiento jurídico colombiano, se estima que ostenta mayor peso el derecho de los niños a conocer su origen, que el derecho a la intimidad

de los donantes. Esta conclusión se fundamenta en: la prevalencia de los derechos de los niños, el interés superior del menor, su protección reforzada, el derecho a la información, la importancia de las relaciones filiales y el libre desarrollo de la personalidad.

En primer lugar, se resalta que, acorde con lo establecido en los artículos 44 y 45 de la Constitución, los derechos de los niños tienen prelación sobre los derechos de las demás personas, y constitucionalmente existe un mandato de interés superior del menor. En este sentido la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014 dando prelación al principio denominado del interés superior del menor de edad reforzado por el pro Infans, resultan perfectamente aplicables los contenidos de los artículos 44 y 45 de la Constitución de 1991 en concordancia con diferentes pronunciamientos derivados de instrumentos internacionales que abordan de manera amplia el catálogo de derechos a favor de los niños, niñas y adolescentes víctimas de todo tipo de abusos, los cuales permiten imponer normas y acciones desde lo judicial y administrativo para garantizar el goce de estos. De forma literal manifestó:

“Como se indicó con antelación, cuando normativamente exista un eventual conflicto entre los derechos y garantías de un menor de edad, frente a las de un adulto, hermenéuticamente, atendiendo el interés superior del niño y el principio pro infans, deberá darse prelación a la protección y salvaguarda de los niños, niñas y adolescentes dada su situación de debilidad manifiesta”.

En un sentido similar, la Corte en la sentencia C-104 de 2016 (Estrada Jaramillo et al. 2018) reiteró el interés superior del menor en los siguientes términos:

“[C]omo se ha mencionado, este criterio opera bajo la consideración de la salvaguarda primordial del interés superior de los niños, por lo que no implica consagrar una hipótesis de último recurso, sino de examen particular, caso por caso, para verificar realmente cuál es la mejor opción para un menor de edad”.

En este orden, los derechos de los niños ostentan una protección reforzada. Al respecto en la sentencia T 496 de 2009, se dispuso:

“la Corte se ha pronunciado sobre la necesidad de garantizar de manera efectiva y prevalente, el ejercicio de los derechos a quienes por su infancia son sujetos de especial protección. Así se ha estimado que los menores cuentan con un amparo

reforzado también cuando se encuentran involucrados en un episodio que podría afectar su derecho a la intimidad, su integridad moral y su formación. No cabe duda que el Estado debe brindar protección prevaleciente a los derechos fundamentales de los niños, inclusive frente a la libertad de informar y ser informado”.

En segundo lugar, y con fundamento en el artículo 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la Corte Constitucional ha resaltado el derecho que tienen los niños a conocer su familia de origen. Así, en la sentencia T-844 de 2011 consideró que se había desconocido el debido proceso al no haber agotado el trámite de búsqueda de la familia extensa en consonancia con el Código Civil y el derogado Código del Menor, al respecto se manifestó lo siguiente:

“Bajo la presunción de mantener los vínculos con la familia el artículo 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia en consonancia con lo que señalaba el artículo 70 del anterior Código del Menor, consagra como una de las posibles medidas de restablecimiento de los derechos de los niños la “Ubicación en familia de origen o familia extensa”, describiéndola como “la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 del Código Civil, cuando éstos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos.”

En este sentido es importante aclarar que, si bien en el tema de este escrito no se trata en sentido estricto de una familia de origen, el punto central del argumento va encaminado a conocer las raíces biológicas de los niños, y la importancia que esto tiene en su contexto y en la formación de su personalidad.

Y como tercera premisa, se tiene que no se puede desconocer la relevancia que posee el derecho a la información en Colombia, el cual está categorizado como un derecho fundamental, no solo por su expresa estipulación constitucional sino por el hecho que permite justificar las solicitudes de los menores concebidos como resultado de la aplicación de una TRHA, acceder a la información que les permita conocer su origen genético. En este sentido es perfectamente identificable la norma 15 de la constitución que garantiza el derecho a conocer las informaciones que de las personas tengan las bases de datos y archivos tanto de entidades públicas como privadas, además el artículo 20 constitucional es claro al garantizar la libertad de informar y ser informado de manera veraz e imparcial. (Herrera & Lamm, 2014)

La Corte en la sentencia C-033 de 1993, sobre el derecho a la información dispuso que “el núcleo esencial del derecho a la información protege el derecho de las personas a informar y ser informadas aún en estados de excepción, con algunas limitaciones razonables que moldean el derecho o lo restringen parcialmente pero no lo niegan ni lo desnaturalizan”.

Luego, el derecho fundamental a la información, y su relación con la dignidad humana y el interés superior del menor, permitirían darle mayor peso al derecho a conocer su origen, que el que tendría el derecho a la intimidad del donante. (Ruíz, 2015)

Adicionalmente, el conocimiento del origen biológico también ostenta prevalencia derivada del concepto de unidad familiar en sentido amplio, y al libre desarrollo de la personalidad, pues son derechos fundamentales y criterios de interpretación al aplicar las normas que regulan los problemas filiales.

Conclusiones

1) El derecho a conocer el origen genético deber ser considerado un bien jurídico de tipo subjetivo, protegible judicialmente en el entendido que es un paso anterior para el reconocimiento de otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad, no sin antes mencionar que es componente básico del principio de la dignidad humana.

2) Se impone, pues, que las legislaciones deban asegurar en forma explícita temas como el derecho a conocer y a estar informado respecto de los resultados genéticos. También se debe tener en consideración el derecho a no conocer tal información como prerrogativa del ser humano.

3) Que el derecho a conocer consiste en suministrarle información al interesado por lo menos respecto el nombre y apellidos del donante, fecha y lugar de nacimiento, domicilio, lugar de residencia, lugar de origen o nacionalidad, ocupación, profesión, oficio, nivel educativo y rasgos físicos.

4) Después de realizar el recorrido normativo por aquellos países tanto del contexto europeo como latinoamericano respecto de las tendencias doctrinales que discuten cuál derecho debe prevalecer, si la intimidad del donante o el conocer el origen genético, se puede concluir que existe una marcada tendencia a sobrepo-

ner el derecho a conocer el origen sobre todo teniendo en cuenta que ya existe un avance en su reconocimiento en la Convención sobre los derechos del niño, además va a ser muy difícil que los países con legislación cerrada, es decir, que aun garantizan el anonimato del donante, difícilmente y en un mediano plazo podrán seguir manteniendo esta prerrogativa y terminaran cediendo ante los anhelos de los concebidos ávidos de información genética..

5) Que para el caso colombiano, no se están reconociendo los derechos de los concebidos por aplicación de las TRHA con donación de material genético heterólogo al no existir una legislación específica que permita garantizar al acceso a la información genética que aporte en la construcción de la identidad del ser humano que requiere de este componente y además tal y como se discutió en el apartado 6 de este trabajo, el derecho fundamental a la información, y su relación con la dignidad humana y el interés superior del menor, permitirían darle mayor peso al derecho a conocer su origen, que el que tendría el derecho a la intimidad del donante.

Referencias

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales, Centro de estudios Políticos y Constitucionales*. Madrid.
- Alkorta Idiákez, I., & Farnós Amorós, E. (2017). Anonimato del Donante y Derecho a Conocer: un Difícil Equilibrio . *Oñati socio-legal series*. Obtenido de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2782321
- Alquézar, M. A. (2017). Las técnicas de reproducción asistida y el derecho del niño a conocer su propio origen biológico en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *IOSR Journal Of Humanities And Social Science (IOSR-JHSS)*. Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/312541434_Las_tecnicas_de_reproduccion_asistida_y_el_derecho_del_nino_a_conocer_su_propio_origen_biologico_en_el_Tribunal_Europeo_de_Derechos_Humanos
- Álvarez Plaza, C., & Pichardo Galán, J. I. (2018). La construcción del “buen donante” de semen: selección, elección, anonimato y trazabilidad. *Papeles del CEIC International Journal on Collective Identity Research*. Obtenido de <https://ojs.ehu.es/index.php/papelesCEIC/article/view/18846>
- Belloc , E., Benkhalifa, M., Cohen-Bacrie, M., Dalleac, A., Amar, E., & Zini, A. (2014). Sperm deoxyribonucleic acid damage in normozoospermic men is related to age and sperm progressive motility. *National Library of Medicine*. Obtenido de <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24690240/>

- Bergel, S. D. (2002). Los derechos humanos entre la bioética y la genética. *Acta Bioethica*. Obtenido de <https://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n2/art11.pdf>
- Beriain, Í. d. (2008). ¿Existe un derecho a la identidad genética? *Arbor CSIC*. Obtenido de <https://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/view/177/178>
- Besson, S. (2007). Enforcing the child's right to know her origins: Contrasting approaches under the convention on the rights of the child and the European convention on human rights. *International Journal of Law, Policy and the Family*. Obtenido de <http://doc.rero.ch/record/302104/files/ebm003.pdf>
- Castro, J., JB, C., ÁMB, , R., VEG, L., & CAG, P. (2019). *Lecciones de derecho penal: Parte especial. Volumen II*. Universidad Externado.
- Chardí, P. T. (2018). Derecho de los hijos nacidos por reproducción asistida a conocer la identidad de sus padres biológicos: Breves reflexiones y propuestas. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. Obtenido de <http://www.revista-aji.com/articulos/2018/9/472-487.pdf>
- Ciruzzi, M.S. (2013). El derecho a la identidad y el derecho a la intimidad del donante de espermatozoides: análisis del anteproyecto de reforma al Código Civil y Comercial. *Microjuris*. Obtenido de https://www.researchgate.net/profile/Maria-Ciruzzi/publication/259444598_Voces_DERECHEO_A_LA_IDENTIDAD_-MENORES_-DERECHEO_A_LA_INTIMIDAD_-DERECHOS_PERSONALISIMOS_-CONVENCION_DE_LOS_DERECHOS_DEL_NINO_-FERTILIZACION_ASISTIDA_-DERECHOS_DEL_NINO_-INTERES_SUPERI
- Coloma, A. M. (2009). *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*. Barcelona: Jose María Bosch Editor.
- Estrada Jaramillo, L., Arango Orozco, B., Carrasquilla Zuluaga, D., Mesa González, A., Vergara Tobón, C., Noreña González, M., . . . Correa Barros, J. (2018). Dificultades de la adopción de niños en Colombia a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional entre 2011 y 2016. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*. Obtenido de <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ccsh/article/view/v18n2a01>
- Famá, M. V. (2012). 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*. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/fama.pdf>
- Franco de Miguel, A. (2018). El derecho a la identidad: especial tratamiento de la correcta identificación del recién nacido. *Repositorio Abierto de la Universidad de Cantabria*. Obtenido de <https://repositorio.unican.es/xmlui/handle/10902/15386>

- González, A. C. (2016). Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas: el derecho a conocer los orígenes.¿ Legislación versus subjetividad? *Acta Bioethica*. Obtenido de <https://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v22n2/art09.pdf>
- González, M. C. (1994). El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico. *Anuario de Derecho Civil*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46831>
- González, N. I. (2014). El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos. *Derechos y libertades*. Obtenido de <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22526/DyL-2014-31-igareda.pdf?sequence=1>
- Gutiérrez, R. M. (2017). El Derecho a la identidad y el Registro Nacional de Cedentes de gametos y embriones. *Repositorio Institucional Unifé*. Obtenido de <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/473>
- Hernández, F. R. (1988). La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial. *La filiación a finales del siglo XX : problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana : ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=579491>
- Herrera, M., & Lamm, E. (2014). De identidad e identidades: el derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga. *Repositorio Institucional CONICET Digital*. Obtenido de <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/36112>
- Joyce , H., Debbie , K., & Dan , R. (2016). The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of business. *National Library of Medicine*. Obtenido de https://watermark.silverchair.com/dew065.pdf?token=AQECAHi208BE49Ooan9kkhW_Ercy7Dm3ZL_9Cf3qfKAc485ysgAAAsgwggLEBgkqhkiG9w0BBwaggK1MIICsQIBADCCAqoGCSqGSIB3DQEHATAeBgIghkgBZQMEAS4wEQQMCAg_sQPX-h6aB7iVVAgEQgIICe3aQfHxNOS1yvvmiN04MdI2oLFOeYMmMxx1LLRCwbuda8VSt
- Martín, I. d. (2016). How best to protect the vital interests of donor-conceived individuals: prohibiting or mandating anonymity in gamete donations? *Reproductive Biomedicine & Society Online*. Obtenido de <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2405661817300138>
- Martínez, M. O. (2016). Los orígenes biológicos y los derechos de hijos e hijas: filiación y derecho a saber. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Obtenido de <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/8230/8812>

- Molina, M. S. (2015). Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de filiación. *Derecho privado y Constitución*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5302388>
- Muñoz Genestoux, R., & Vítola, L. R. (2017). El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo. *Revista Ius*. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00011.pdf>
- Pennings, G., A S C, Y., C, W., M A I, T., Gardiner, E., Andrews, R., & L, K. (2014). Circulating levels of soluble EMMPRIN (CD147) correlate with levels of soluble glycoprotein VI in human plasma. *National Library of Medicine*. Obtenido de <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24245520/>
- Polymenopoulou, E. (2011). La liberté de l'art face à la protection des croyances religieuses : étude d'un conflit de valeurs sous le prisme du droit international. Obtenido de <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00672119>
- Ruíz, Y. G. (2015). Sin registro de donantes de gametos: cerca de treinta años esperando su creación. *Depósito de Investigación Universidad de Sevilla*. Obtenido de <https://idus.us.es/handle/11441/58668>
- Talciani, H. C. (2010). Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos. *Ius et Praxis*. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19715603003>
- Théry, I. (2009). El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento. *Revista de Antropología Social*. Obtenido de <https://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/RASO0909110021A/8807>
- Ticona, R. (2019). Protección Jurídica del Concebido mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida. *Ciencia y Tecnología*. Obtenido de <https://revistas.unitru.edu.pe/index.php/PGM/article/view/2531/0>
- Tokushige, N., Markham, R., Russell, P., & Fraser, I. (2009). Effect of progestogens and combined oral contraceptives on nerve fibers in peritoneal endometriosis. *National Library of Medicine*. Obtenido de <https://www.fertstert.org/action/showPdf?pii=S0015-0282%2808%2903296-2>
- Urdapilleta, L. (2004). Derecho a la identidad en personas nacidas por donación de gametos. Aspectos legales y psicológicos. *Revista de la Federación Latinoamericana de Sociedades de Esterilidad y Fertilidad (FLASEF)*. Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/280777770_Derecho_a_la_identidad_en_personas_nacidas_por_donacion_de_gametos_Aspectos_legales_y_psicologicos