

El impulso hacia una legislación europea común, con respecto al derecho de toda persona a conocer sus orígenes genéticos

The push towards common european legislation with respect to the right to know one's genetic origins

Gian Luca Montanari Vergallo, Nagale Mario di Luca***

Resumen

Veinte años desde su apertura a la firma, la Convención de Oviedo necesita una actualización. No trata el tema del derecho, de los niños concebidos por los donantes, a conocer la identidad de los donantes de gametos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado recientemente que: a) el derecho a conocer sus antecedentes biológicos está protegido por el artículo 8 de la Convención de Derechos Humanos; b) dicho derecho debe equilibrarse con el derecho de la madre biológica al anonimato (nacimiento anónimo).

Para encontrar ese equilibrio, una posible solución podría ser exigir a los jueces que convoquen a las madres para preguntarles

* Facultad de Farmacia y Medicina, Departamento de Ciencias Anatómicas, Aparatos histológicos, médico-legales y locomotores.

** "Sapienza", Universidad de Roma, Roma

Artículo publicado en la revista *Medicina e Morale* 2017/6 pp. 747-761.

Recibido por la revista *Medicina e Morale* el 30 de septiembre de 2017; aceptado el 5 de diciembre de 2017. La traducción no fue revisada por el autor.

Recibido el 18 de abril de 2019. Entregado el 30 de abril de 2019.

si les gustaría revertir su decisión de ser anónima. Si la madre reafirma su intención de permanecer desconocida, es posible que el tribunal no permita que el niño se entere de su identidad y se ponga en contacto con ella.

Los autores también analizan otras dos cuestiones que no han sido tomadas en cuenta por el Tribunal Europeo: a) el equilibrio entre el derecho a conocer sus orígenes y el derecho al anonimato de los donantes de gametos; b) si el derecho a saber de los niños concebidos por el donante haría obligatorio que los padres legales revelen los procedimientos de concepción.

Estos problemas y la importancia de los intereses en juego inducen a los autores a argumentar que la opción de seguir utilizando como criterio el artículo 8 mencionado anteriormente, no es lo ideal. Parece que es preferible abordar estas cuestiones, mientras se actualiza la Convención de Oviedo, o para incentivar la promulgación de leyes que serían uniformes en toda la Unión Europea.

Palabras clave: inseminación artificial heteróloga, derecho a conocer sus orígenes genéticos, derecho al anonimato, deber de divulgación, Convención de Oviedo, Convención Europea de Derechos Humanos.

1. Introducción

Veinte años después de que se firmó, la Convención de Oviedo (la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y la Medicina) todavía representa un marco de referencia fundamental dentro del debate ético y legal, en temas controvertidos relacionados con la biomedicina.

Sin embargo, la Convención de Oviedo no cubre el tema de la procreación asistida médicamente (PAM), en particular las técnicas que implican la donación de gametos (generalmente referidas como “heterólogas”, consideramos de manera inapropiada) y el

problema subsiguiente del derecho de los niños así concebidos, que es conocer la identidad de los donantes de gametos; es decir, sus padres biológicos.

Es un tema extremadamente espinoso. La sabiduría convencional y la doctrina legal prevaleciente cuestionan la legitimidad de la fertilización heteróloga por las siguientes razones. En primer lugar, da lugar a una distorsión en el principio de igualdad, ya que equipara diferentes situaciones: a) parejas que se someten a procedimientos PAM utilizando sus propios gametos, lo que los convierte en los padres biológicos; b) parejas que recurren a donantes de gametos, lo que los convierte en padres biológicos sólo a nivel formal [1]. Por otra parte, la fertilización heteróloga desvincula fundamentalmente las identidades biológicas y sociales para cualquier individuo dado. De hecho, tales prácticas, a) les quitan a los niños recién nacidos la certeza de haber nacido dentro de una relación exclusiva; b) violan el derecho de estos niños a ser conscientes de su identidad familiar, y c) dificultan el mapeo de una anamnesis familiar precisa [2].

2. El creciente reconocimiento del derecho de cada persona a conocer su patrimonio biológico

Como lo señaló el Comité Nacional de Bioética de Italia, varias leyes a nivel nacional tienen en cuenta las solicitudes de menores o adultos, que llegaron a saber que fueron concebidos a través de la donación de gametos, para obtener acceso a la información sobre los donantes. Algunas naciones han derogado la obligación de imponer el anonimato: Austria (1992); Alemania (1998); Suiza (2001); Holanda (2002); Noruega (2003); Gran Bretaña (2004); Suecia (2006); Finlandia (2006). Fuera de Europa: Nueva Gales del Sur (2007); Australia Occidental (1999 y 2004); Victoria (1995 y 2009) y Nueva Zelanda (2004) [3]. Varios tratados internacionales también han reforzado el derecho de los niños a conocer su patrimo-

nio genético. El artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 establece que “un niño tiene el derecho, en la medida de lo posible, a saber y ser cuidado por sus padres”. Es una receta amplia y generalizada, que se hizo necesaria por los secuestros de niños en América del Sur y las adopciones ilegales relacionadas. Mucho más significativo, la Convención Europea sobre la Adopción de Niños (2008) afirma que las autoridades nacionales pueden considerar que el derecho de los niños a conocer sus orígenes supera el derecho al anonimato de los padres biológicos (artículo 22, subsección 3) [3]. Las tendencias legislativas italianas han evolucionado en la misma dirección. En 2001, la Ley n. 184/1983, art. 28, fue reformada por los legisladores, marcando el abandono de la cultura del secreto. De hecho, tal reforma obligó a los niños adoptados a ser informados por sus padres adoptivos sobre su adopción, no sólo para defender el derecho de los niños a su identidad personal, sino principalmente para evitar que aprendan sobre su estado real de manera abrupta, posiblemente de modo traumático [4]. Obviamente, los padres conservan el derecho de decidir el camino y el momento de tales revelaciones, al menos mientras el niño sea menor de edad [1]. El creciente reconocimiento del derecho a conocer su patrimonio biológico puede explicarse con la necesidad de una mayor protección de la salud y la identidad de los niños.

Con respecto a la salud física, es bien sabido lo importante que puede ser el acceso a la información genética, desde el punto de vista de la prevención y la anamnesis familiar. Por lo tanto, es esencial poder confiar en una información tan completa como sea posible en relación con los donantes de gametos, sin revelar necesariamente su identidad a individuos concebidos por el donante [5]. En cuanto al bienestar psicológico de tales individuos, parte de la investigación científica afirma que la incapacidad para averiguar sobre las identidades de los donantes puede causar daños a los niños [6; 7]. Además, vale la pena considerar que en el extranjero, muchos niños concebidos por donantes han presentado demandas para que se les

otorgue acceso a la información en cuanto a sus antecedentes genéticos. Eso nos lleva a creer que es importante para la vida de esas personas rechazar todas las dudas acerca de la identidad de sus padres genéticos. En consecuencia, es razonable suponer que cualquier falta de reconocimiento de su interés en conocer sus orígenes puede acarrear repercusiones psicológicas que afecten negativamente su bienestar. Por lo tanto, se debe adoptar un principio de precaución que permita al niño conocer la identidad del donante [5].

Una evolución del concepto de identidad lleva a la misma conclusión. De hecho, la identidad se encuentra entre los derechos inalienables consagrados en el artículo 2 de la Constitución de la República Italiana. Tal concepto ha abarcado, durante mucho tiempo, el derecho a uno mismo en un sentido amplio [8]. En particular, el derecho a conocer sus orígenes se ha reafirmado en virtud de la necesidad de protección individual de la identidad [9; 10]. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha respaldado esta conclusión, afirmando que el nacimiento de uno y sus circunstancias, como el derecho a conocer sus antecedentes biológicos, son parte integral del derecho del niño y del adulto al respeto de su vida privada, codificado en el artículo 8 de la Convención de Derechos Humanos [11-13].

Los niños tienen un interés vital (en términos de desarrollo personal) en obtener toda la información que conduce a la verdad con respecto a un aspecto fundamental de sus identidades personales; por ejemplo, identidad de sus padres biológicos. El artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece inequívocamente que el derecho al respeto de la vida privada pertenece a todas las personas, no sólo a los niños, sino también a las madres. Si a las madres se les niega el derecho al anonimato después de dar a luz, esta prohibición puede aumentar la incidencia de abortos, posiblemente ilegales. Por lo tanto, para cumplir realmente con el artículo 8 de la Convención, los estados miembros deben encontrar el equilibrio adecuado entre los derechos y los intereses en conflic-

to; es decir, por un lado, el derecho del niño a conocer los orígenes de uno y, por otro lado, el derecho de la madre al anonimato [11].

Por estos motivos, la Corte ha dictaminado que el artículo 28 de la ley n. 184/1983 que regula las adopciones va en contra del artículo 8 de la Convención, ya que protege el anonimato de la madre al no lograr el equilibrio adecuado entre los derechos mencionados anteriormente y los intereses en conflicto. De hecho, la demandante no pudo averiguar sobre sus orígenes biológicos, porque el fallo le negó el derecho a obtener esa información [11].

Los fallos citados anteriormente del Tribunal Constitucional italiano y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecen principios que pueden aplicarse también en tales casos, aunque dichos fallos no se refieren a niños heterólogos concebidos para la fecundación. Es relevante resaltar las similitudes entre un niño con fertilización heteróloga y uno que ha sido adoptado después de un nacimiento anónimo. Ambos niños, de hecho, no viven con sus padres biológicos, ni conocen sus identidades; al mismo tiempo, ambos no tienen antecedentes familiares anteriores con sus padres biológicos. Sólo el niño que fue adoptado ha vivido y se ha desarrollado en el vientre de su madre, y él o ella se lo quitaron cuando se negó a ser identificada en el certificado de nacimiento. En cuanto a la mujer que dio a luz al niño de fecundación heteróloga y al donante, ambos decidieron renunciar al recién nacido y los gametos donados, por lo que renuncian a cualquier reclamación legal sobre el bebé [5].

3. Equilibrio entre el derecho de toda persona a conocer sus orígenes, y el derecho de la madre biológica al anonimato en caso de nacimiento anónimo

En caso de adopción, surge un problema en cuanto al equilibrio entre el derecho a conocer los orígenes y los intereses en conflicto.

En Italia, este aspecto ha sido regulado por la ley 4, del 4 de mayo de 1983, n. 184, artículo 28, subsección 5, según la cual los niños adoptados, al cumplir veinticinco años, tienen derecho a obtener información sobre su identidad biológica y los padres pueden hacerlo al cumplir los dieciocho años, siempre que haya razones de salud psico-físicas serias y demostrables.

Tales reglas no parecen aplicarse a los casos de fertilización heteróloga, ni mucho menos a los nacimientos anónimos, dada la naturaleza diferente de esas situaciones. De hecho, los niños adoptados a menudo han vivido parte de sus vidas con sus padres biológicos, de quienes fueron tomados como consecuencia de procedimientos legales y litigios. Por otro lado, los hijos concebidos mediante la fertilización heteróloga y los procedimientos PAM han sido nacidos de su madre legal y no han pasado de una familia biológica a una legal. Otro aspecto relevante es la presencia de donantes, que voluntariamente proporcionaron a sus gametos, sabiendo muy bien que el niño así concebido tendría diferentes padres legales [5].

Además, las razones que lo hacen apropiado en casos de adopción para limitar el derecho a conocer sus orígenes no se aplican a la fertilización heteróloga. De hecho, los niños adoptados pueden estar emocionalmente angustiados como resultado del contacto con sus familias originales, mientras que los nacidos de la procreación con asistencia médica no corren ningún riesgo [14; 15].

En segundo lugar, los padres biológicos no pueden desempeñar un papel auxiliar y de apoyo para un niño abandonado, que en cambio recae en los padres de crianza temporal (adoptivos). Además, la donación de gametos de un tercero no es en absoluto equivalente al abandono del niño, que a menudo está determinado por situaciones familiares gravemente disfuncionales, que hacen que sea necesario mantener al niño alejado de sus padres biológicos [1; 16]. Un equilibrio adecuado entre los derechos de anonimato y conocer su patrimonio biológico, tal como lo espera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe buscarse por diferentes medios.

Por ejemplo, se puede instituir una red de apoyo preventivo que brinde atención y asesoramiento a mujeres embarazadas y que esté diseñada para verificar su voluntad real de permanecer en el anonimato [17]. El Tribunal Constitucional italiano señala una forma alternativa de salvaguardar tales intereses en conflicto. Los jueces declararon que el artículo 28 ya citado es inconstitucional, ya que no requiere que los jueces convoquen a las madres para preguntarles si les gustaría revertir su decisión de ser anónima. De hecho, es posible que los motivos basados en los cuales la madre eligió el anonimato se hayan vuelto irrelevantes o insignificantes con el tiempo [18]. No todos los tribunales italianos han fallado de manera uniforme de acuerdo con los principios establecidos por el Tribunal Constitucional italiano. Varios jueces han dictaminado que sólo la nueva legislación puede establecer los procedimientos apropiados a través de los cuales se pueda verificar la voluntad de la madre biológica de ser anónima. Sin embargo, los legisladores italianos aún no han promulgado ninguna nueva legislación al respecto, por lo que es probable que se desestimen las demandas [19; 20].

No obstante, el Tribunal Supremo italiano ha aclarado que, a pesar de la falta de legislación específica, los tribunales de menores deben asegurarse de que las madres biológicas no tengan la intención de revertir su posición con respecto al anonimato, y deben hacerlo a petición de los hijos biológicos anónimos. Para ello, los tribunales deben actuar en conformidad con el marco legislativo y los principios establecidos por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia n. 278 de 2013, que son aptos para garantizar el respeto a la dignidad de las mujeres en la mayor medida posible. Si la madre reafirma su intención de permanecer desconocida, es posible que el tribunal no permita que el niño se entere de su identidad y se comuniquen con ella [21; 22]. Sin embargo, el derecho al anonimato puede superar el derecho a conocer los orígenes de uno solo mientras la madre biológica esté viva. De hecho, negar el acceso a tal conocimiento después de la muerte de la madre biológica conlleva-

ría la “naturaleza irreversible” del secreto que ha sido declarado inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada, 278, 2013 [23].

Específicamente, el juzgado de Trieste ha presentado los siguientes pasos procesales. La madre biológica será convocada a las instalaciones de servicios sociales locales, donde un juez honorario le informará sobre el deseo del niño de conocer su identidad. El juez debe verificar si la madre biológica todavía está decidida a permanecer en el anonimato, y permitirle un marco de tiempo razonable para que ella tome una decisión. Si la madre finalmente decide mantener su anonimato, el juez simplemente informará a la corte sin elaborar un informe. Si, por otro lado, la mujer elige que se revele su identidad a su hijo biológico, se compilará un informe específico y se le pedirá que lo acepte y firme [24].

El Tribunal Constitucional italiano señala un modelo similar al sistema francés. En Francia, hasta la ley n. 22 del 22 de enero de 2002 se promulgó que la identidad de la madre biológica nunca se podría revelar si ella hubiera optado por el anonimato. La nueva legislación, en cambio, ha facilitado la búsqueda de los orígenes biológicos a través de un consejo nacional de reciente creación que brinda acceso a la información sobre los orígenes personales de cada uno. Dicho organismo independiente está compuesto por magistrados, representantes de asociaciones involucradas en el tema y profesionales de extracción similar. A través de tal cuerpo, los niños pueden pedir a sus madres biológicas que levanten el velo del secreto [17]. La Convención Europea de Derechos Humanos ha considerado que la legislación francesa mencionada anteriormente cumple con la Convención, y con el artículo 8 en particular, ya que ha alcanzado el equilibrio ideal y la proporcionalidad entre los intereses en conflicto en juego. El Tribunal Europeo, en ese sentido, afirma que los estados miembros deben poder elegir cualquier herramienta legislativa que consideren adecuada, a fin de conciliar todos los intereses involucrados [12].

4. Equilibrio entre el derecho a conocer los orígenes y el derecho al anonimato de los donantes de gametos

Uno puede preguntarse si el derecho al anonimato y su peso mayor que el derecho de los niños a conocer sus orígenes genéticos sólo deben ser respetados por las madres biológicas que eligen mantener sus identidades sin revelar o si tal derecho debería extenderse a los donantes de gametos. Son dos escenarios muy distintos. En el caso de las donaciones de gametos, no hay riesgo de abortos clandestinos ilegales que justifiquen el derecho de la madre biológica a eliminar el derecho del niño a conocer su identidad. En consecuencia, los hijos concebidos por el donante deben tener derecho a conocer las identidades de sus padres biológicos. De lo contrario, el vínculo entre la procreación y la responsabilidad se rompería, lo que es cierto en todos los casos, ya que es emblemático de un principio general de la auto-responsabilidad. Por razones obvias de coexistencia pacífica y respeto por los demás, es necesario que cada individuo asuma la responsabilidad de sus acciones. Por esas razones, se reconoce ampliamente que los padres biológicos de niños concebidos naturalmente no pueden eludir sus responsabilidades paternas, ni siquiera si sus parejas les habían hecho creer que la relación sexual no era apta para procrear. Tales responsabilidades de los padres biológicos siguen siendo válidas incluso si los hijos ya tienen un padre legal, habiendo nacido dentro del matrimonio. Por lo tanto, el hecho de que un niño ya tenga padres legales no descarta las responsabilidades paternas de su padre biológico. Por el contrario, en los casos de fertilización heteróloga, si se permitiera que el derecho al anonimato supere el derecho del niño a conocer a sus padres biológicos, se discriminaría a dicho niño, ya que se le privaría de cualquier posibilidad de establecer contacto con el padre biológico, incluso en caso de fallecimiento de sus padres legales.

Para sostener una mayor relevancia del derecho al anonimato por parte del donante, no parece apropiado citar la directiva europea 2004/23/CE, que entró en vigencia en Italia a través del decreto

n. 191 el 6 de noviembre de 2007, y reafirmó el principio de anonimato del donante [25]. De hecho, la donación de gametos no es similar a ninguna otra donación de células. Al donar espermatozoides u ovocitos, no hay sustitución de ninguna parte del cuerpo u órgano, como en los casos de sangre, médula ósea, etcétera.

Los gametos abarcan completamente la identidad de un individuo, siendo el recipiente por el cual el ADN se transmite a la descendencia de uno. Ésa es la razón por la cual la ley n. 91/1999, art. 3, subsección 3, que trata los trasplantes de órganos y tejidos de donantes fallecidos, prohíbe las donaciones de gónadas (testículos y ovarios) y encéfalo [14].

Un argumento más a menudo a favor del anonimato es que el donante no sería considerado como un “padre”, ya sea legal o biológicamente [26, 27]. En ese sentido, la definición misma de padre se puede discutir en detalle. Sin embargo, ninguna discusión puede pasar por alto un hecho bien establecido: los que nacen de procedimientos de fertilización heteróloga también presentan el fondo genético del donante, del mismo modo que los niños nacidos de concepción natural tienen el fondo genético de la pareja que los concibió. Si estos últimos son indiscutiblemente los padres del recién nacido, entonces no hay razón para negar que los hijos concebidos por el donante sean los descendientes biológicos del mismo, al menos desde una perspectiva biológica.

Algunos académicos destacan diferentes argumentos a favor del derecho de los donantes al anonimato. Los niños recién nacidos deben ser parte de una familia donde existan las condiciones para un desarrollo psicofísico adecuado. Para ello, los procesos interpersonales son vitales; es decir, el proceso de fusión con la madre que cría al niño, independientemente de la contribución biológica de otra mujer. Además, buscar el donante no puede ofrecer a los niños concebidos por él ninguna contribución valiosa al descubrimiento de su historia personal: los donantes de gametos son extraños que donaron sus gametos, estableciendo así un vínculo genético (aunque sea parcial), pero ciertamente no una conexión

paterna. La persona que quiere averiguar la identidad del donante de gametos siente la necesidad de hacerlo, no sólo por la necesidad de definir su identidad, sino también por la falta de relación con los padres sociales. Tal déficit afectivo puede llevar al niño a idealizar figuras parentales desconocidas en un nivel imaginario. Sin embargo, el conocimiento del padre biológico no puede, de ninguna manera, mitigar las relaciones familiares disfuncionales, ya que el donante nunca ha abrazado un proyecto parental [3]. No obstante, los problemas relacionados con la relación o el afecto dentro de las familias sociales de los niños pueden exacerbar su sufrimiento, y se les niega la oportunidad de resolver su sufrimiento existencial a través del contacto con sus padres biológicos. Además, el hecho de que este último no haya defendido previamente un proyecto parental no significa que tal deseo de su parte no pueda surgir con el tiempo. Sin embargo, los niños concebidos por el donante no necesariamente tienen la intención de encontrar a sus padres biológicos con la esperanza de que asuman la paternidad. Por el contrario, como lo ha demostrado el caso italiano (sobre el que ha resuelto el Tribunal Europeo), es posible que dicha búsqueda pueda llevarse a cabo en etapas posteriores de la vida, cuando los padres pueden necesitar la ayuda de sus hijos.

Argumentando a favor del anonimato del donante, se observó que sólo en caso de adopción puede haber una “historia familiar” antes del abandono. El conocimiento y el acceso a sus raíces adquieren un significado diferente para los niños de crianza temporal: en algunos casos, saber que los padres biológicos de uno pueden ayudar a procesar psicológicamente la negativa de los padres biológicos. La situación difiere sustancialmente para los niños concebidos por el donante. Suponiendo que los niños nacidos a través de PAM tienen una “historia familiar” y ver a los donantes como padres, pueden terminar limitando la paternidad al reino meramente biológico [3]. Sin embargo, un padre biológico también es alguien que, naturalmente, concibe a un niño sin la intención de hacerlo (y no está dispuesto a asumir la responsabilidad) o que esa relación

sexual en particular no sería apta para procrear. A pesar de todo eso, nadie cuestionaría el derecho legítimo del niño hacia sus padres en tales casos, incluido el derecho a conocerlos.

Por último, varios investigadores teorizan que permitir relaciones entre niños concebidos por el donante y sus padres biológicos podría conllevar riesgos más graves que el posible daño psicológico para tales niños, lo que se deriva del anonimato del donante. Por ejemplo: a) la alteración del equilibrio existencial de la familia legal, derivado de la interferencia externa en el proyecto familiar y la privacidad; b) falta de protección adecuada para la mujer de la que ha nacido el niño (que se considera la madre legal, a diferencia de la genética); c) repercusiones traumáticas en la salud psicológica del donante y en la dinámica de su familia; d) un mercado de gametos en crecimiento, considerando que la transparencia total u otras formas de compromiso oneroso son más fáciles de exigir a los donantes a quienes se les paga por proporcionar material genético [3].

Ninguno de los argumentos mencionados, sin embargo, parece ser un factor decisivo. De hecho, puede haber consecuencias negativas dentro de las familias legales, pero también positivas. El mismo contacto con el padre biológico de uno puede, de hecho, llevar al niño más cerca de sus padres legales. Por otro lado, las probabilidades de que la dinámica familiar legal de un niño se altere son mayores si él o ella no pueden cumplir el deseo de descubrir sus orígenes y, por lo tanto, adquieren una mayor conciencia de sí mismos [3]. Además, la mujer que da a luz a la niña está lejos de quedarse sin protección, ya que ninguna autoridad puede despojarla de sus derechos de maternidad.

En cuanto a las repercusiones sobre el donante, con el tiempo puede llegar a ser feliz de haber encontrado un niño. En cualquier caso, en la elección entre salvaguardar los derechos de un donante o un niño, es obviamente este último el que merece más protección, ya que está sujeto a decisiones tomadas por otros, por ejemplo, la elección del donante de proporcionar voluntariamente los gametos. En consecuencia, si el niño no siente la necesidad de co-

nocerlo, la donación terminará siendo un acto mediante el cual una pareja cumplió su deseo de ser padres. Si, por otro lado, el niño demuestra estar determinado a descubrir sus orígenes biológicos, tal necesidad debe ser satisfecha. De hecho, los niños son el eslabón débil en la cadena reproductiva, ya que están sujetos a elecciones hechas por otros y, por lo tanto, merecen la información que consideran importante.

Otras razones llevan a uno a concluir que el derecho de los niños a conocer a sus padres biológicos debería tener el mayor peso. Hacer caso omiso de su demanda de saber la verdad es sin duda equivalente a una forma de violencia. Es la violencia de quienes se niegan a decirles la verdad sobre sus padres biológicos, aunque tienen conocimiento de ello y podrían divulgar dicha información. El argumento adquiere una relevancia aún mayor cuando el individuo que, podría decir la verdad, es el Estado mismo. El estado no tiene derecho, y nunca debería tener ningún poder, para prohibir el acceso a la verdad, más aún cuando la verdad tiene que ver con la identidad personal [3; 14]. El anonimato de los donantes da lugar a una forma de desigualdad entre los niños concebidos naturalmente y los concebidos por los donantes. De hecho, estos últimos están sujetos a una prohibición legal de conocer a sus padres biológicos [1].

Además de eso, es innegable que ser padre conlleva algo más que una mera conexión biológica con los hijos: una relación estable mientras se cumplen los deberes de los padres, como el apoyo financiero, la educación adecuada y la educación. Cuando sólo está presente uno de los componentes, ¿es posible ver a alguien como padre? La respuesta es afirmativa. Debe ser considerado un padre, tanto alguien que concibe un hijo, pero que no está dispuesto a cuidar de él o ella y alguien que lo adopta legalmente que, por cierto, no tiene que ser un menor abandonado, ya que la ley italiana permite adopción de adultos jóvenes mayores de 18 años, incluso si ya tienen padres biológicos (arts. 291 y 297 del Código Civil), así como menores de edad que no han sido abandonados y no están huérfanos (art. 44, lett. B law n. 183/1984).

Sin embargo, el quid de la cuestión es si ser un padre legal o social puede anular la conexión de un niño con los padres biológicos. En ese sentido, vale la pena señalar que una conexión biológica convierte a una persona en un hijo de otra persona, independientemente de la disposición o la falta de voluntad de los donantes de ser padres o la relación establecida por ellos con sus hijos genéticos.

Es el vínculo biológico que establece la relación padre-hijo aparte de cualquier otra basada en el amor, el afecto personal o, incluso, la paternidad de acogida. Ésa es la razón por la que la ley italiana sobre adopción permite a los niños descubrir la identidad de sus padres biológicos, aunque tal conocimiento puede resultar peligroso para los adoptados, que podría terminar siendo expuesto a las mismas condiciones familiares disfuncionales que llevaron a su abandono en un primer lugar.

Como destacó el Comité Nacional de Bioética de Italia, vincular la responsabilidad parental a la conexión biológica, considerándola una relación irreversible, que no se puede deshacer voluntariamente, está en consonancia con el principio del interés superior del niño, que está consagrado en muchos marcos legislativos y en cartas internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, en la relación entre los donantes de gametos que optan por el anonimato, derecho que se respalda en muchas legislaciones nacionales para fomentar la donación de gametos, y los niños concebidos por los donantes que exigen conocer sus orígenes biológicos para el desarrollo personal, el derecho de estos últimos hay que verlo como portando más peso. De lo contrario, puede resultar un desequilibrio en los grados de protección de las dos partes: la fecundación heteróloga constituye, de hecho, una pérdida del principio de responsabilidad parental, ya que visita a los niños un estatus familiar diferente del que ellos haría tener derecho a, un estado en el que el parto está desvinculado de los orígenes biológicos sobre la base de las decisiones tomadas por los adultos involucrados. Entonces, vale la pena considerar que la tendencia creciente en muchos países

es derogar el derecho al anonimato del donante, imponiendo un principio de “favor a *veritas*” (“a favor de la verdad”), defendiendo así el derecho de los niños a saber la verdad, puede o no ser ejercitado en lugar de imponer el ocultamiento de la identidad del padre biológico. En última instancia, dado que los niños concebidos por el donante son discriminados en comparación con otros, dado que la separación artificial de los componentes biológicos y familiares conduce al abandono del derecho del niño a crecer y ser criado en su familia (art. 1 ley n. 189/1983), un elemento de equidad y el principio del interés superior del menor deben llevar al reconocimiento del derecho de los niños a acceder a la información sobre las identidades de sus padres genéticos. Los argumentos a favor del derecho de los niños a la verdad se basan en principios fundamentales desde una posición ética y legal: igualdad de dignidad social y no discriminación; es de suma importancia evitar que los niños concebidos por los donantes sean el único grupo de personas a las que se les ha prohibido legalmente el acceso a la información sobre sus padres biológicos. Los niños concebidos por los donantes sufrirían una discriminación en comparación con los niños de crianza, a quienes se les otorga el derecho de obtener información sobre sus orígenes genéticos, una vez que sean adultos [3].¹

Incluso, aquellos que abogan por el anonimato de los donantes están convencidos de que el mismo no debe suponer ningún riesgo para la condición de salud del niño. En ese sentido, el Comité Nacional de Bioética de Italia establece dos recomendaciones: a) la autoridad de los médicos para obtener cualquier tipo de información contenida en los registros y registros médicos del donante y el uso de dichos datos con fines diagnósticos y terapéuticos para preservar la salud y el bienestar del paciente infantil. A tal fin, es esencial fomentar una relación constructiva y de colaboración entre los centros médicos y los donantes a largo plazo; b) mantener registros en bancos de esperma o en instalaciones autorizadas sobre las identidades de los donantes, junto con un registro de donantes de

gametos y toda la información relevante proporcionada voluntariamente por los donantes en conformidad con las disposiciones establecidas en las directivas europeas (Directivas 2004/23/CE; 2006/17/CE 2006/86/CE) [3].

5. ¿Están obligados los padres legales a revelar los procedimientos de concepción, debido al derecho a saber de los niños concebidos mediante donante?

Revelar a un niño cómo nació con una donación de gametos de uno o, incluso, dos extraños es ciertamente un momento extremadamente difícil de manejar. Hay varias razones por las cuales los padres pueden querer ocultar tal verdad. La incapacidad de procrear, puede llevar un estigma social o, al menos, ser la causa de la grave marginación y el sufrimiento psicológico. Los estudios han demostrado que la infertilidad masculina puede generar dudas e inseguridades en cuanto a la virilidad y la condición sexual de una persona [28-31]. Existe un riesgo sustancial de que el padre social pueda sentirse menos relevante dentro del entorno familiar que uno biológico. Además, el conocimiento de la existencia de un donante puede no ser necesariamente lo mejor para el interés del niño, ya que podría causar un posible trauma y malestar psicosocial [32; 33].

Por último, el derecho al respeto por la vida privada de uno, implica la defensa del derecho al anonimato, siempre que sea elegido por el donante involucrado [34]. Sin embargo, en lo que respecta a las adopciones, la ley n. 184/1983 (modificada por la ley n. 149/1999) art. 28, establece que «los menores adoptados deben ser informados de su condición, y sus padres de crianza temporal deben hacerlo a su debido tiempo y en los términos adecuados que consideren adecuados». Aunque la ley mencionada anteriormente no implica ninguna intervención directa o método coercitivo por par-

te de los padres, quienes gozan de un grado sustancial de discreción, los legisladores han definido claramente, el deber de los padres de informar a sus hijos adoptado acerca de su condición, lo que constituye un elemento integral de su historia personal.

Según el Comité Nacional de Bioética de Italia, no puede haber una obligación legal de los padres para revelar a sus hijos que fueron concebidos a través de una fertilización heteróloga, porque tal obligación sería equivalente a una interferencia en la dinámica familiar privada.

Sin embargo, el Comité afirma que mantener en secreto los procedimientos de PAM involucrados en la concepción del niño no es una opción recomendable con el fin de preservar la estabilidad familiar y la vida privada de sus miembros, ni es deseable para proteger la salud psicológica del niño, cuyo bienestar debe superar cualquier otra consideración. De hecho, es un secreto extremadamente difícil de mantener a largo plazo, que incluso podría causar daños a la salud del niño. Las pruebas genéticas son una opción cada vez más generalizada para recopilar información sobre los orígenes genéticos e identificar la predisposición genética a las enfermedades, las enfermedades en sí mismas y orientar las opciones reproductivas sobre la base del conocimiento de los registros clínicos de los padres genéticos. Eso crea la necesidad de una relación duradera entre los donantes de gametos y las instalaciones médicas que brindan dichos servicios, considerando la posibilidad de que el donante pueda portar mutaciones genéticas que podrían dar lugar a una enfermedad inesperada, cuyo conocimiento puede ser relevante para el niño desde el punto de vista preventivo y/o terapéutico. En ese contexto, no es deseable que se guarde el secreto. Además, un secreto de este tipo puede ser revelado por otros, ya sea accidentalmente o con propósitos ofensivos. Tal escenario haría que tal revelación (tener otro padre biológico) fuera más traumática, posiblemente provocando reacciones impredecibles, creando un sentimiento de traición y posiblemente comprometiendo irremediablemente la relación basada en la confianza entre los

niños y padres legales, en detrimento de la vida familiar.² En cambio, la información divulgada al niño, de manera oportuna y apropiada, posiblemente con la asistencia de consejeros especializados, puede evitar tales riesgos. Para ese propósito, es necesario que los médicos brinden asesoría sólida previa a los procedimientos de procreación con asistencia médica, e información exhaustiva y confiable para los padres sobre los posibles riesgos inherentes a la elección del secreto [3].

6. Conclusiones

El derecho a conocer sus orígenes genéticos se ha extendido mucho más allá de la práctica de adopción y se ha afirmado en casos de fertilización heteróloga también. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha descrito un conjunto de normas que los estados miembros deben respetar para redactar una nueva legislación, que no sea contraria al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos: conciliación de intereses en conflicto. Eso significa que el derecho al anonimato no necesariamente supera el derecho de los niños a descubrir sus orígenes biológicos.

Al hacerlo, la Convención Europea ha compensado parcialmente la falta de reglas claramente definidas a ese respecto, dentro de la Convención de Oviedo. Sin embargo, la opción de seguir usando el artículo 8, como criterio de medición, está lejos de ser ideal. De hecho, si el Tribunal declara que las políticas nacionales de un estado miembro significan defender el derecho al anonimato, aunque sea en violación del artículo 8 de la Convención Europea, todos aquellos que donaron sus gametos contando con el anonimato, verían sus derechos violados.

Aparentemente sería mayormente preferible tratar este tema mientras se actualiza la Convención de Oviedo o, de tal manera, que incentive la promulgación de leyes que serían uniformes en toda la Unión Europea. Hay intereses importantes en juego; por

lo tanto, es esencial evitar las discrepancias en la legislación entre los estados miembros. Además, todos los fallos serán inevitablemente influenciados por los casos reales que están siendo juzgados. En cambio, una nueva regulación europea puede tratar todos los problemas y encontrar un equilibrio entre intereses en conflicto desde un punto de vista más amplio. Por ejemplo, si los legisladores europeos deciden permitir que los niños concebidos por el donante conozcan las identidades del donante, es posible que se implementen medidas específicas, destinadas a compensar una posible disminución global o general de donantes, lo que probablemente ocurra. En los países que eliminaron la opción de anonimato, el número de donantes ha disminuido, mientras que aumentó en los países que han mantenido la posibilidad de que los donantes de gametos elijan el anonimato. A pesar de estas tendencias, varios estudios han demostrado que las campañas informativas y de reclutamiento adecuadas, destacando por ejemplo los argumentos solidarios y altruistas, pueden contribuir en gran medida a que aumente la cantidad de donantes [36-38].

A la luz de tales consideraciones, la búsqueda de una legislación uniforme a nivel europeo dirigida a reconciliar todos los intereses en juego, por muy desafiante que sea, parece ser la mejor esperanza posible, para un resultado positivo que conduzca al avance internacional desde un punto de vista civil y moral.

Referencias bibliográficas

¹ En el documento mencionado anteriormente, el Comité Nacional de Bioética de Italia aclaró que si bien no hay razón para limitar el derecho de los jóvenes mayores de 18 años a conocer sus orígenes biológicos, parece necesario tener más precaución en el caso de los menores. A esa edad, el interés superior del menor, que generalmente sería conocer sus orígenes, puede requerir mayor precaución, una espera más larga, la verificación de la condición psicológica del menor y, posiblemente, la identificación de una mejor manera para poder hacer tal revelación no traumática para el menor y el entorno familiar en el que se encuentra.

² El Tribunal de Apelación de Perugia ha afirmado que en los casos de adopción, los padres de crianza deben informar sinceramente a sus hijos de crianza acerca de sus orígenes biológicos antes de que ingresen a la fase de adolescencia potencialmente delicada y posiblemente traumática: de hecho, cada menor tiene derecho a conocer su estado biológico, sus orígenes, a fin de preservarlos del riesgo de revelaciones accidentales, o peor aún, de una fuente confiable, lo que a su vez puede dañar el equilibrio emocional y psicológico del niño, que necesita tener la oportunidad de elegir de manera sensata e independiente, qué tipo de relación desea mantener con el padre biológico desconocido desde hace mucho tiempo [35].

Bibliografía

- 1 NICOLUSSI, A. Fecondazione eterologa and diritto di conoscere le proprie origini. Por un'analisi giuridica di a possibilità tecnica (consultado el 1.10.2017, en: <http://www.rivistaaic.it/fecondazione-eterologa-e-diritto-di-conoscere-le-proprie-origini-per-un-analisi-giuridica-di-una-possibilit-tecnica.html>).
- 2 DI PIETRO, M.L. Comentario al documento del Comité Nacional de Bioética de Italia "Conocer los orígenes biológicos de una persona en la procreación asistida con asistencia médica heteróloga", 25 de noviembre de 2011 (consultado el 1.10.2017, http://bioetica.governo.it/media/171566/p100_2011_biological-origins_en.pdf).
- 3 COMITÉ ITALIANO DE BIOÉTICA, Conociendo los orígenes biológicos de una persona en la procreación asistida con asistencia médica heteróloga, 25 de noviembre de 2011 (consultada el 1.10.2017, en: http://bioetica.governo.it/media/171566/p100_2011_biological-origins_en.pdf).
- 4 RESTIVO, C. L'art. 28 l. anuncio. Tra nuovo model di adozione e diritto all'identità personale. *Famiglia* 2002: 691-708.
- 5 ROSANI, D. El derecho a conocer los orígenes de una fecundación heteróloga: el caso italiano y los escenarios en el extranjero. *Rivista di biodiritto* 2016; 3 (1): 211-239.
- 6 CANOVA, L. Possibili evoluzioni psicopatologiche nei bambini nati da procreazione artificiale. *Il diritto di famiglia e delle persone* 2001; 30: 669-674.
- 7 CASINI, C., CASINI, M., DI PIETRO, M.L. La legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". *Commentario*. Torino: Giappichelli; 2004.
- 8 PINO, G. L'identità personal. En: RODOTÀ, S., TALLACCHINI, M. (un cura di). *Ambito e fonti del biodiritto. Trattato di biodiritto*. Vol. I. Milano: Giuffrè; 2010: 308-320.
- 9 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO, 14 de mayo de 1999, n. 170 (consultado el 1.10.2017, en: <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>)
- 10 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO, 22 de noviembre de 2013, n. 278 (consultado el 1.10.2017, en: <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>).

- 11 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 25 de septiembre de 2012, ric. norte. 33783/09, Godelli c. Italia (consultado el 1.10.2017, en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114323>).
- 12 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 13 de febrero de 2003, ric. norte. 42326/98, Odièvre c. Francia (consultado el 1.10.2017, en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemidid=:Seleccionar el resultado: 001-60935"}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)).
- 13 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 7 de febrero de 2012, ric. norte. 53176/99, Mikulid c. Croazia (accedido el 1.10.2017, en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid:"=001-60035"}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)).
- 14 CASINI, M., CASINI, C. Il dibattito sulla PAM eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162/2014. En particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'adozione per la nascita. *Rivista di Biodiritto* 2014; 1 (2): 135-155.
- 15 BILOTTI, C. Fecondazione eterologa, diritto alla genitorialità naturale e diritto alla conoscenza delle origini biologiche. *Quaderni di Diritto mercato tecnologia* 2014; 4 (3): 65-86 (consultado el 1.10.2017, en: http://www.dimt.it/wpcontent/uploads/2015/02/Bilotti_DIMT3_2014.pdf).
- 16 MONTANARI VERGALLO, G., ZAAMI, S., BRUTI, V., SIGNORE, F., MARINELLI, E. Cómo ha evolucionado la legislación sobre la procreación con asistencia médica en Italia. *Medicina y Derecho* 2017; 36 (2): 5-28.
- 17 INGENITO, C. Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della mother an parto anonimo alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. *Giustizia Civile* 2013; 63 (9): 1608-1628.
- 18 BALESTRA, V. Il diritto alla conoscenza delle proprie origini tra tutela dell'identità dell'adottato and protezione del riserbo dei genitori biologici. *Famiglia* 2006; 161-170.
- 19 TRIBUNAL DE APELACIÓN DE TURÍN, 5 de noviembre de 2014 (consultado el 1.10.2017, en: <http://www.biodiritto.org/index.php/item/666-torino-partoanonimo>).
- 20 TRIBUNAL DE APELACIÓN DE CATANIA, 12 de noviembre de 2014 (consultado el 1.10.2017, en: <http://www.biodiritto.org/index.php/item/621-parto-anonimo-catania>).
- 21 CORTE SUPREMA ITALIANA, Sección Civil I, 7 de junio de 2017, n. 14162 (consultado el 1.10.2017, en: http://www.dirittoegiustizia.it/alle-gati/9/0000077578/Corte_di_Cassazione_sez_I_Civile_sentenza_n_14162_17_depositata_il_7_giugno.html).
- 22 CORTE SUPREMA ITALIANA. Secciones agregadas, 25 de enero de 2017, n. 1946 (consultado el 1.10.2017, en: http://www.questionegiustizia.it/doc/Sentenza_Cassazione_Civile_Sezioni_Unite_25_gennaio_2017_n_1946.pdf).
- 23 CORTE SUPREMA ITALIANA, Sección Civil I, 21 de julio de 2016, n. 15024 (consultado el 1.10.2017, en: <http://www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2016/07/cass-civ-15024-161.pdf>).
- 24 TRIESTE COURTHOUSE, 8 de mayo de 2015 (consultado el 1.10.2017, en: <http://www.biodiritto.org/index.php/item/667-trieste-parto-anonimo>).
- 25 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO, 10 de junio de 2014, n. 162 (consultado el 1.10.2017, en: <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>).

- 26 PIOGGIA, A. Un divieto sproporzionato e irragionevole. La Corte costituzionale y la fecondazione eterologa nella sentenza n. 162 del 2014. *Rassegna Astrid* 2014; 10 (11): 1-15.
- 27 MUSUMECI, A. "La fine è nota". Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa. *Osservatorio costituzionale dell'Associazione italiana costituzionalisti* 2014; 2 (2): 1-11 (acceso el 1.10.2017, en: http://www.osservatorioaic.it/download/zaxSzM8zgLjWX0ZR7imSZm1Ev_e3Mxsbv9_QEwop-7c/musumeci2014.pdf).
- 28 MIALL, C. El estigma de la involuntaria falta de hijos. *Problema social* 1986; 33: 268-282.
- 29 KIRKMAN, M. Contribuciones de los Padres a la identidad narrativa de los hijos de la concepción asistida por donantes. *Ciencias Sociales y Medicina* 2003; 57 (11): 2229-2242.
- 30 ROWLAND, R. Las consecuencias sociales y psicológicas del secreto en la inseminación artificial por parte de los programas de donantes (AID). *Ciencias Sociales y Medicina* 1985; 21 (4): 391-396.
- 31 COOK, R., GOLOMBOK, S., BISH, A., MURRAY, C. Divulgación de la inseminación del donante: actitudes de los padres. *American Journal of Orthopsychiatry* 1995; 65: 549-559.
- 32 BREWAEYS, A., GOLOMBOK, S., NAAKTGEBOREN, N., DE BRUYN, J., VAN HALL, E. Inseminación del donante: opiniones de los padres holandeses sobre la confidencialidad y el anonimato del donante y la adaptación emocional de sus hijos. *Reproducción Humana* 1997; 12: 1591-1597.
- 33 DANIELS, K.R., TAYLOR, K. Secreto y apertura en la inseminación de donantes. *Políticas de las Ciencias de la vida* 1993; 12: 155-170.
- 34 FLAMIGNI, C. Comentario al documento del Comité Nacional de Bioética de Italia, "Conocer los orígenes biológicos de una persona en la procreación heteróloga con asistencia médicamente asistida", 25 de noviembre de 2011 (consultado el 1.10.2017, en: http://bioetica.governo.it/media/171566/p100_2011_biological-origins_en.pdf).
- 35 TRIBUNAL DE APELACIÓN DE PERUGIA, 25 de mayo de 1992. *Rassegna giuridica umbra* 1993; 266-270.
- 36 ADAMS, D.H., ULLAH, S., DE LACEY, S. ¿La eliminación del anonimato reduce los donantes de esperma en Australia? *Revista de Derecho y Medicina* 2016; 23 (3): 628-36.
- 37 FRITH, L., BLYTH, E., FARRAND, A. Reflexiones de los donantes de gametos en el Reino Unido sobre la eliminación del anonimato: implicaciones para el reclutamiento. *Reproducción Humana* 2007; 22 (6): 1675-1680.
- 38 RAVITSKY, V. El derecho a conocer sus orígenes genéticos y la reproducción asistida transfronteriza. *Israel Journal of Health Policy Research* 2017; 6 (3): 1-6 (consultado el 1.10.2017, en: <https://ijhpr.biomedcentral.com/track/pdf/10.1186/s13584-016-0125-0?site=ijhpr.biomedcentral.com>).