

IDENTIDAD Y FILIACIÓN

Autor: Eliana M. González *

Resumen:

Estado debe garantizar y proteger el derecho a la identidad de todos los niños, sin hacer diferencias en torno a la forma en que éstos fueron concebidos. Por ello, proponemos que estas XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil:

De lege lata:

1) Se pronuncien por la inconstitucionalidad de los artículos 563, 564, 577, 582, 588, 589, 591, 592, 593 del Código Civil y Comercial; garantizando la tutela del derecho a la identidad de los niños nacidos por THRA en sintonía con lo dispuesto por los Tratados Internacionales sobre Derechos humanos de jerarquía constitucional.

De lege ferenda:

1) Que estas XXV JNDC recomienden la reforma de los artículos Arts. 577, 582, 588, 589, 591, 592, 593 CCC, garantizando la tutela del derecho a la identidad de los niños concebidos por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, sin restricciones.

1. La filiación en el nuevo Código Civil y Comercial

El nuevo Código Civil y Comercial aborda la Filiación en el Título V del Libro II (“De las relaciones de familia”), estableciendo que la filiación puede tener lugar por naturaleza, técnicas de reproducción humana asistida y adopción (Art. 558 CCC).

En el mismo artículo, señala que la filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos - conforme a las disposiciones de este Código.

Como expondremos a continuación, observamos que este principio de igualdad no se verifica en la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida: los niños concebidos mediante el uso de estas técnicas¹ no gozan de los mismos derechos que los niños cuyo emplazamiento tuvo origen por naturaleza o por adopción.

2. Los derechos del niño en relación a las distintas fuentes de filiación

2.1 Filiación por naturaleza

En materia de filiación por naturaleza, el régimen del nuevo Código Civil y Comercial -

* Profesor Adjunto, Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA), Sede Rosario.

¹Ursula Basset señala: “El nombre de “técnicas de reproducción asistida” es muy cuestionable, ya que evoca la producción de ejemplares semejantes en una fábrica (reproducción)... Hubiéramos preferido como en Francia o Italia: procreación médicamente asistida o como en Alemania: fecundación artificial (kunstliche Befruchtung)” (En: Basset, Úrsula C. “La democratización de la filiación asistida”, Publicado en: LA LEY 16/10/2014, 16/10/2014, 1 - LA LEY 2014-F, 609 Cita Online: AR/DOC/3594/2014.

en sintonía con años de evolución legislativa, doctrinaria y jurisprudencial- reconoce y amplía el derecho del niño a obtener un emplazamiento acorde a la verdad biológica, tanto en la filiación matrimonial como en la extramatrimonial. Esto se comprueba en las nuevas normas relativas a competencia, legitimados activos, plazos², prueba, alimentos y daños (Arts. 576,579,580, 581, 586, 587, 588, 590, 591, 592, 593 CCC).

2.2. Filiación por adopción

En relación a la filiación adoptiva -recogiendo también años de evolución legislativa, doctrinaria y jurisprudencial- el nuevo Código Civil y Comercial el respeto por el derecho a la identidad es uno de los principios generales que rigen en materia de adopción (Art. 595 inc. b); junto con la preservación de los vínculos fraternos (Art. 595inc. d) y el derecho a conocer los orígenes (Art. 595inc. e), entre otros.

Siguiendo estos principios, los derechos del niño también se amplían de modo efectivo:

1) El derecho a conocer los orígenes -receptando el principio de autonomía progresiva- reconoce el derecho del adoptado, con edad y grado de madurez suficiente, a conocer los datos relativos a su origen y a acceder -cuando lo requiera- al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos (Art. 596 parr. 1 CCC).

2) Acompaña al adoptado menor de edad y a la familia adoptante, previendo la intervención de equipos técnicos para que presten colaboración y asesoramiento el ejercicio de este derecho a conocer los orígenes(Art. 596 parr. 2 CCC).

3) Con el fin de posibilitar el ejercicio de este derecho, se prevé que el expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles (Art. 596 parr. 3 CCC).

4) Mantiene el deber de los adoptantes de comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esta declaración en el expediente (Art. 596 parr. 4 CCC).

5) Como novedad, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes(Art. 596 parr. 5 CCC).

6) La adopción plena continúa extinguiendo el vínculo jurídico con la familia de origen. Sin embargo, cuando sea más conveniente para el niño - a petición de parte y por motivos fundados- el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen (Art. 621 CCC).

7) El prenombre del adoptado dado por su familia de origen debe ser respetado (Art. 623 CCC).

8) En la adopción plena, se admite la acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento por parte de éstos, sólo – y nada menos que - a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado (art. 624 CCC).

² Nos parece oportuno señalar que con respecto a los plazos de caducidad en las acciones de filiación, quienes se muestran favorables a su supresión utilizan como fundamento, entre otros, el derecho a la identidad del niño. En este sentido “Otro aspecto a tener en consideración, favorable a la supresión de los plazos de caducidad, en estas circunstancias, radica en el derecho a la identidad del niño, como eje principal a considerar en estas acciones judiciales. Especialmente, su naturaleza constitucional. (Solari, Néstor E. Los plazos de caducidad en las acciones de filiación DFyP 2015 (marzo), 09/03/2015, 3,Cita Online: AR/DOC/594/2015).

Se plasma el derecho a conocer su identidad, a acceder a la justicia, y a gozar de los derechos patrimoniales derivados de esta filiación de origen.

9) En la adopción simple, como regla los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen no quedan extinguidos -ex. la responsabilidad parental- (Art. 627 inc. a CCC); el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos (Art. 627 inc. c CCC) y puede solicitar que se mantenga el apellido de origen (Art. 627 inc. d CCC).

10) El adoptado puede ejercer acción de reclamación contra sus progenitores y puede ser reconocido por ellos (art. 628).

En síntesis, los derechos del niño también se han ampliado de modo positivo en este tipo de filiación.

2.3. Filiación por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)

2.3.1. La voluntad procreacional como único elemento fundante del vínculo

El amplio espectro de derechos reconocidos en la filiación por naturaleza y en la filiación por adopción, y basados en el respeto al derecho a la identidad del niño, son expresamente negados a los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida.

El Capítulo 2 del Título V aborda las llamadas “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida” (TRHA), regulando el consentimiento y la voluntad procreacional.

Con respecto al consentimiento, establece que el centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, consentimiento que debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones, disponiendo que el consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión³.

Al referirse a la voluntad procreacional, dispone que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Ana Ortelli ha expresado que la voluntad como el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por fecundación artificial “cosifica al hijo, transformándolo en objeto de deseo en lugar de considerarlo sujeto de derecho”⁴.

Advierte María Magdalena Galli Fiant que “La voluntad de ser padre o madre como único fundamento del vínculo produce un quiebre: el respeto del derecho a la identidad deja de ser la inspiración de todas las normas referidas a la determinación de la filiación y las acciones.”⁵

³ Sobre este tema, puede consultarse: Basset, Úrsula C., El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial, Publicado en: LA LEY 14/07/2015, 14/07/2015, 1Cita Online: AR/DOC/2099/2015.

⁴ Ortelli, "Dos madres para un niño sin derechos. Entre la verdad y la voluntad", El Derecho 243-768, citando a Lafferrière, Jorge N., “Debate sobre comaternidad, jaque a la identidad” LL, 2001-B-907.

⁵ Galli Fiant, María Magdalena, “Paternidades limitadas”, Publicado en: DFyP 2014 (enero), 23/01/2014, 57 Fallo comentado: Tribunal Colegiado de Familia Nro. 3 de Santa Fe ~ 2013-07-29 ~ G., G.Y. c. C., H. O. s/

En el mismo sentido, Jorge A.M. Mazzingui ha señalado con firmeza: “En la reproducción por técnicas médicas, lo único que importa es la voluntad de los que quieren ser progenitores, y la realidad genética se subordina y se somete a este escenario que es artificial y que está construido sobre la expresión formal de un consentimiento libre e informado. El sistema, -muy cuestionable, por cierto-, posterga los derechos del niño, en particular, su derecho a la identidad y el derecho a establecer y mantener un vínculo jurídico con las personas que han aportado el material genético, posibilitando el nacimiento⁶.”

De este modo, la desigualdad se plantea ab – inicio en esta fuente de la filiación y se mantiene a lo largo de toda su regulación. A continuación, señalaremos algunas normas en dónde esto se verifica.

2.3.2. El Derecho a la Información.

Los artículos 563 y 564 CCC regulan el “derecho a la información”: la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento (Art. 563 CCC) y 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; b. revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local (Art. 564).

Entendemos que ni el derecho a la identidad, ni siquiera el derecho a conocer los orígenes encuentran recepción en la regulación del “Derecho a la información”: fríamente se habla de “información”; “legajo” (sin mayores precisiones ni garantías en comparación con la adopción); obtener “datos médicos” (cuando es relevante para la salud); y de “revelarse la identidad⁷” (por razones debidamente fundadas, judicializando el planteo). En síntesis, habría derecho a “información”, pero ni siquiera éste es irrestricto: debe fundar su petición, ante el centro de salud (por ser relevante para su salud) o judicialmente (“por razones debidamente fundadas”).

2.3.3. El Derecho de Acceso a la Justicia

En materia de acciones, se veda el acceso a la justicia del niño nacido por THRA. En primer término con una norma genérica que dispone la inadmisibilidad de las acciones de impugnación de filiación si medió consentimiento previo, informado y libre, así como también la inadmisibilidad del reconocimiento, del ejercicio de la acción de filiación o reclamo alguno de vínculo filial (Art. 577 CCC). Más aún, esta fórmula se reitera sistemáticamente en todos los artículos que regulan las acciones de reclamación e impugnación de la filiación (Arts. 582, 588, 589, 591, 592, 593 CCC).

Esta valla, no solo vulnera derechos con jerarquía constitucional como el derecho a

filiación extramatrimonial, alimentos y litisexpensas. Cita Online: AR/DOC/4759/2013.

⁶ Mazzinghi, Jorge A. M., “El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia”, Publicado en: LA LEY 24/04/2015, 1 • LA LEY 2015-B, 1077 .

⁷ Señala Ursula Basset que: “Queda, pues, por determinar si cuando el artículo 564 habla de identidad, habla de identidad o de orígenes. Esperemos que la interpretación ampliada prevalezca”. En: Basset, Úrsula C. “La democratización de la filiación asistida”, Publicado en: LA LEY 16/10/2014, 16/10/2014, 1 - LA LEY 2014-F, 609 Cita Online: AR/DOC/3594/2014.

identidad, a la igualdad y el derecho de acceso a la justicia, sino que repercute también en otros derechos extrapatrimoniales y patrimoniales consagrados en los otros tipos de filiación: mantener comunicación (Art. 627 CCC), posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios (Art. 624), etc.

3. El principio de la unidad de filiación o igualdad.

El principio de unidad o igualdad de filiación reconoce sus antecedentes en el Derecho Nacional en la Ley 23.264 (1985), que colocó en un pie de igualdad a todos los niños, estando sus padres unidos en matrimonio o no.

Este principio se encuentra consagrado en diversos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Argentina e incorporados con jerarquía constitucional al Art. 75 inc. 22, que reconocen el derecho humano a la igualdad y no discriminación:

- La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en su Art. 2 establece que "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales" (1989).

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que en su artículo 17 inc. 5 dispone que "la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijosnacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo" (1969).

Ursula C. Basset señala que este principio contiene tres reglas en una: 1) Un número clausurado de modalidades por las cuales el derecho recrea el vínculo filiatorio entre un niño y quienes serán denominados sus progenitores, 2) La regla de dos -nunca más de dos progenitores- y 3) La regla de la igualdad⁸.

Entendemos que este principio, que goza de jerarquía constitucional, consagra la igualdad de todos los niños sin admitir discriminaciones en función de la forma en que fueron concebidos, y no puede ser cercenado por voluntad de los progenitores o del legislador⁹.

⁸ Basset, Úrsula C. "La democratización de la filiación asistida", Publicado en: LA LEY 16/10/2014, 16/10/2014, 1 - LA LEY2014-F, 609Cita Online: AR/DOC/3594/2014.

⁹ María Magdalena Galli Fiant, señala que "Contamos con una norma constitucional que reconoce la igualdad de los derechos de todos los hijos. Esa igualdad deriva de su condición de personas humanas y no puede ser relativizada en función de las circunstancias de su gestación o de la voluntad de otros. En consecuencia, los derechos de todos los hijos deben regularse sin discriminaciones basadas en su origen, en el estado civil o condiciones de sus padres. Si aplicamos el principio de no regresividad, el resultado será: todos los hijos deben gozar de los mismos derechos, haya surgido el vínculo jurídico que los une con sus padres de la generación natural, de la gestación por técnicas de reproducción asistida o de la adopción (en Galli Fiant, María Magdalena "Régimen de filiación. Pautas para la creación de un "modelo argentino", Publicado en: DFyP 2013 (julio), 01/07/2013, 22Cita Online: AR/DOC/1792/2013). En el mismo sentido se expide Ursula Basset señalando que en el nuevo CCC "los adultos tienen la opción para demarcar el espectro de derechos de un niño" y que "algunos niños tienen más derechos que otros, por elección del legislador" (En Basset, Úrsula C. "La democratización de la filiación asistida", Publicado en: LA LEY 16/10/2014, 16/10/2014, 1 - LA LEY2014-F, 609Cita Online: AR/DOC/3594/2014.

4. Derecho a la Identidad.

Como señaláramos, el derecho a la Identidad del niño también goza de jerarquía constitucional en Argentina. La Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 8° dispone que: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad...”. La ley 26.061, en su artículo 11, también lo ratifica.

El derecho a la identidad tiene un notable desarrollo doctrinario y jurisprudencial a nivel nacional e internacional. En honor a la brevedad, citaremos tan solo algunas definiciones que trae el tesoro del portal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con respecto al derecho a la identidad, expresa que “el derecho a la identidad es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo¹⁰”.

Además que “El derecho a la identidad personal se desdobra en derecho a la propia herencia genética y derecho al habitat natural que como ser humano le es propio (3). Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano. La identidad de un individuo la constituye el genoma en diálogo con el ambiente, porque son los estímulos y respuestas del habitat quienes descifran el mensaje genético. La biología, proporciona las estructuras que interactúan recíprocamente con el mundo cultural. Éste transmite por instrucciones y aprendizaje, no sólo formas de vida, sino también los elementos que descodifican el mensaje genético¹¹”.

Jorge O. Perrino ha señalado: el retroceso en la materia, creando categorías de hijos con derechos diferenciados, según sea el modo de su concepción, resaltando que “El derecho a la identidad consiste en la facultad de la persona a conocer sus orígenes, a saber quiénes son sus padres biológicos y sus ancestros, tanto en lo biológico como lo social. Dicho de otra manera, importa el derecho a conocer su propia condición y el estado verdadero (es decir, si es hijo extramatrimonial, o adoptivo, o concebido mediante técnicas de fecundación asistida). De igual forma, importa el derecho a conocer quiénes son los que aportaron el material genético para su pro-creación”¹².

Entendemos con María Magdalena Galli Fiant¹³ que si en el nuevo Código resalta “la trascendencia de los principios constitucionales de fundar una familia, el reconocimiento de las diversas formas de organización familiar y el principio de igualdad y no discriminación

¹⁰ Fuente: <http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr705.cfm> Citado por el Centro de Bioética, Persona y Familia. Documentos de Trabajo. Serie: Proyecto de Código Civil 2012. El desigual tratamiento del derecho a la identidad en el proyecto de código civil.

¹¹ Fuente: <http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr1875.cfm>. Citado por el Centro de Bioética, Persona y Familia. DOCUMENTOS DE TRABAJO. Serie: Proyecto de Código Civil 2012. “El desigual tratamiento del derecho a la identidad en el proyecto de código civil”.

¹² Perrino, Jorge Oscar, “Hijos de primera e hijos de segunda,” El Derecho 255-785. NB: Este artículo es una publicación póstuma de uno de los juristas más íntegros que ha conocido la doctrina nacional. (...)

¹³ Galli Fiant, María Magdalena, “Régimen de filiación. Pautas para la creación de un "modelo argentino" Publicado en: DFyP 2013 (julio), 01/07/2013, 22Cita Online: AR/DOC/1792/2013.-

para respaldar el amplio acceso a las técnicas de reproducción humana asistida. Sólo resta ampliar la mirada y, bajo el mismo prisma constitucional, aplicar estos principios a favor de los hijos” y que quienes “recurran a las TRHA con gametos de terceros, al igual que los padres por adopción, asumirán sus limitaciones y aceptarán que sus hijos puedan tener, como todo ser humano, inquietudes por conocer sus orígenes. El Derecho deberá acompañarlos”¹⁴.

5. Un antecedente jurisprudencial que consagró el derecho a la identidad en la filiación por THRA antes de la entrada en vigencia del nuevo CCC.

El año pasado, la Sala V de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en un caso en que se debatía el resguardo del derecho a la identidad genética de quien nació por medio de la ovodonación, ordenó al Estado Nacional arbitrar "los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso(...)".Citando la jurisprudencia de la Corte Interamericana, dice la sentencia que comentamos: "Ese texto [el art. 8 de la CDN] ha sido interpretado, de manera concordante con el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido que el derecho de niño a la identidad se refiere tanto a la identidad en el sentido legal como a la verdadera o genuina, es decir, a conocer su identidad biológica (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Contreras vs. El Salvador")"¹⁵.

6. Conclusión

Por todo lo expuesto concluimos que el Estado debe garantizar y proteger el derecho a la identidad de todos los niños, sin atender a la forma en que éstos fueron concebidos. Por ello, proponemos que estas XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil se pronuncien por la inconstitucionalidad de los artículos 563, 564,577, 582, 588, 589, 591, 592, 593 CCC garantizando la tutela del derecho a la identidad de los niños nacidos por THRA en sintonía con lo dispuesto por los Tratados Internacionales sobre Derechos humanos de jerarquía constitucional. Entendemos que se impone la reforma de los artículos Arts. 577,582, 588, 589, 591, 592, 593 CCC, con el fin de garantizar la tutela del derecho a la identidad de los niños concebidos por THRA, sin restricciones.

¹⁴ En este sentido se ha dicho: “Acceder a la maternidad/paternidad de un hijo a través de las TRA heterólogas necesariamente requiere asumir que la historia fundante del hijo no comienza en el alumbramiento, sino que lo precede”.Torres Santomé, Natalia E. “Filiación: La donación anónima de gametos frente al derecho a conocer los orígenes”, en El Derecho Familia 32/-14 Tribunal: CNCiv., sala E, marzo 26-2012, “C., V. s/adopción”

¹⁵Lafferrière, Jorge Nicolás Zabaleta, Daniela B. , “Un fallo judicial sobre el derecho a la identidad de una niña concebida por ovodonación” Publicado en: DFyP 2014 (agosto), 01/08/2014, 245.Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala V ~ 2014-04-29 ~ C., E. M. y Otros c. EN-M. Salud s/ amparo Ley 16.986.Cita Online: AR/DOC/2342/2014

