

## **GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN E IDENTIDAD. SU RECEPCIÓN IMPLÍCITA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

**Autores:** Adriana Noemí Krasnow\* y Tatiana Pitasny\*

### **Resumen:**

*La gestación por sustitución cuenta con recepción implícita en el Cód. Civil y Com., por entender que la falta de mención de este procedimiento no implica prohibición. Nuestra posición encuentra sustento en el resguardo de los derechos humanos comprometidos, captados en los instrumentos internacionales de derechos humanos que junto con la Constitución nacional se ubican en la cúspide del sistema de fuentes interno; como expresa el Cód. Civil y Com. en su Título Preliminar.*

*Al encontrarnos frente a un Código de la persona, corresponde no establecer distinciones entre las fuentes de la filiación en lo que refiere al acceso a la verdad de origen. Así como, en la adopción se admite sin distinción el acceso de la verdad de origen, corresponde hacer lo mismo en la filiación por TRHA. Abrir las puertas a esta posibilidad, en nada afectará el emplazamiento filial que en esta fuente siempre responderá al elemento volitivo.*

### **1. La gestación por sustitución**

#### **1.1 Encuadre**

Con un alcance limitado, el entonces Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, reconocía la gestación por sustitución con alcance limitado al precisar que la gestante sólo podía participar en este carácter y al menos uno de los comitentes debía aportar el material genético.

En cambio, en la doctrina, se observa una disparidad de criterios<sup>1</sup>. Para un sector, se presenta cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, la que llevará adelante el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de la pareja<sup>2</sup>. Otra corriente

---

\* Profesor Asociado, Derecho Civil V, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

\* Adscripto, Derecho Civil V, , Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

<sup>1</sup> LAMM, Eleonora; *La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal*, en “Revista Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia”, N° 50, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 107 y ss.

<sup>2</sup> WAGMAISTER, Adriana M.; *Maternidad subrogada*, en “Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, N°3, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, pp.19 y ss.; MEDINA, Graciela y ERADES, Graciela; *Maternidad por otro. Alquiler de úteros*, en JA 1990-II-714; ZANNONI, Eduardo A.; *La genética actual y el derecho de familia*, en “Revista Tapia”, Año VII, Madrid,

adopta una concepción más amplia al comprender el supuesto de la mujer fértil que acuerda ser inseminada o fecundada “in vitro” con su propio óvulo y el aporte de semen de hombre casado, asumiendo el compromiso de tener el hijo y entregarlo a la pareja – conformada por el dador del semen y otra mujer o conformada por el dador del semen y otro hombre-, renunciando a sus derechos maternos filiales<sup>3</sup>.

Encontramos quienes comprenden otros supuestos: a) cuando la mujer es fecundada con gametas anónimas a la pareja – de igual o distinto sexo -, con quienes celebra el acuerdo de gestación por sustitución; b) cuando la mujer es fecundada con el óvulo de la mujer de la pareja contratante y semen de dador; c) cuando el acuerdo se entabla por una persona sola – mujer u hombre – con la mujer que actuará como madre gestante y quizá también genética; d) cuando dos parejas del mismo sexo que desean asumir conjuntamente la filiación, de modo que una de las mujeres de una pareja de lesbianas geste un hijo con el semen de uno de los varones de una pareja homosexual masculina; y, más complejo aun, que la gestación la lleve a cabo una de las mujeres de la pareja con el óvulo donado por la otra y el semen de uno de los varones de la unión masculina<sup>4</sup>.

## 1.2 Recepción en el Derecho interno

Como señalamos en el apartado anterior, el Proyecto reconocía este procedimiento en el entonces art. 562; suprimiéndose tanto en la versión que recibió media sanción en la Cámara de Senadores como en el Cód. Civil y Com.

En dicho artículo se exigía el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución, siendo el elemento volitivo junto a la prueba del nacimiento y la identidad del o los comitentes, los extremos a reunir para definir el emplazamiento.

La atribución que se concedía al juez de homologar el consentimiento informado, procedía si quedaba acreditado que: “... a. se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b. la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c. al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d. el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e. la gestante no ha aportado sus gametos; f. la gestante no ha recibido retribución; g. la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h. la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio...” (art. 562).

De los requisitos transcriptos, se desprendía que las limitaciones dispuestas tenían en mira la protección de todas las personas involucradas.

---

1987, pp. 28 y ss.; MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo; *Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, T.III, p.71.; LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana; *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, ob. cit., pp. 318 y ss.

<sup>3</sup> SILVA RUIZ, Pedro; *El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada. La maternidad de alquiler*, Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, en “Revista Tapia”, Madrid, Año VII, N°36, p. 78; VIDAL MARTINEZ, Jaime; *Las nuevas formas de reproducción humana*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 85 y ss.; MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela N.; *Bioderecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p.75.

<sup>4</sup> FAMÁ, María Victoria; *Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación*, en LL, boletín del 21 de junio de 2011.

Asimismo, la rigurosidad que se desprendía de la exigencia de la reunión de los presupuestos que habilitaban la homologación del consentimiento, se completaba con lo dispuesto en el párrafo final del enunciado: “... *Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por la reglas de la filiación por naturaleza*”.

A pesar de su alcance restringido, el procedimiento no se recepta en la versión que, finalmente, alcanza el estado de Código.

Lamentamos esta decisión que implica a la vez un retroceso, al desatender una realidad instalada en nuestra sociedad que deja traslucir una fragmentación social entre quienes contando con capacidad económica pueden recurrir a una gestación por sustitución internacional vía Estados Unidos o la India y aquellos que no se encuentran en condiciones de poder hacerlo, situación que conlleva a una afectación del principio bioético de justicia. Como se expresara en la Fundamentos de lo que en sus inicios fuera el Anteproyecto de Reforma Cód. Civil y Com.: “... *El derecho comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación. El Anteproyecto sigue la tercera postura por diversas razones. En primer lugar, la fuerza de la realidad, tanto nacional como internacional. Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos económicos viajan con esos fines (se lo conoce como “turismo reproductivo”); de hecho, muchos niños ya nacieron, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres/madres*”.

Atendiendo a esta realidad, la justicia nacional abrió un camino que se proyecta hacia la admisión de la gestación por sustitución nacional. Adherimos al criterio seguido, por entender que conforme el sistema de fuentes interno en el Derecho argentino, el borrar la gestación por sustitución del Cód. Civil y Com. no implica prohibición. Encuentra sustento nuestra posición en la amplitud que consagra el art. 7 de la Ley 26.862, y especialmente, en el resguardo de los derechos humanos personalísimos comprometidos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales junto con la Constitución nacional ocupan el vértice de la pirámide jurídica; como lo expresa el Cód. Civil y Com. en su Título Preliminar.

A modo ilustrativo, acompañamos una reseña que parte del caso más cercano en el tiempo.

Una pareja se asesoró con un abogado durante un año para planear el nacimiento de su futuro bebé. A través de la Agencia Argentina Maternity, se contactaron con una mujer mendocina – mayor de edad y con dos hijos propios -, que estaba dispuesta a llevar el embarazo de un embrión fecundado in vitro con óvulo y semen del matrimonio. Se suscribe el contrato el 29 de abril 2014 y el bebé nace el 9 de enero de 2015, en el Hospital Español de Mendoza. La gestante se sometió a estudios médicos y psicológicos a fin de determinar que se hallaba apta para someterse al proceso. La atención psicológica se extendió durante el embarazo. Además, a fin de contar con cobertura médica se inscribió en OSDE.

El médico extendió el certificado de nacido vivo de J.C. a nombre de quien dio a luz (A.O). El planteo se formuló a través de una acción declarativa como medida autosatisfactiva. La titular de la 1º Asesoría de Menores e Incapaces toma la intervención que por ley le corresponde respecto del niño J.C., ofrece prueba (estudio de ADN y evaluación a las partes por intermedio del E.I.A.) y pide que se acompañe la partida de

nacimiento del niño. El abogado patrocinante de las partes, solicita que, como medida de no innovar, se le ordene al Registro de Estado Civil la no inscripción de oficio del menor, hasta tanto se resuelvan las presentes actuaciones. Se corre vista a la Asesora, quien manifiesta que asumirá la representación directa del niño por su situación de indocumentación e incertidumbre respecto a su identidad. Plantea la nulidad del acuerdo. El juez resuelve favorablemente: “... entiendo que en autos se dan los presupuestos para que la acción declarativa haya sido el camino adecuado para petitionar, pues se trata de tres personas que, de manera conjunta y sin intereses contrapuestos, se presentan ante la justicia para que la misma determine la verdadera filiación de un niño recién nacido quien ha sido gestado a través de técnicas de reproducción humana asistida y habiendo utilizado la subrogación de un vientre... Es necesario distinguir el caso de maternidad subrogada tradicional de la gestacional. En el primer caso, se pacta la entrega de un hijo propio, lo cual conllevaría un objeto ilícito, dado que sólo se puede entregar el hijo propio mediante el trámite de adopción. Pero en el caso de la maternidad subrogada gestacional, la mujer gestante no pacta la entrega de un hijo propio, dado que el niño no guarda ningún vínculo biológico con ella, no es su hijo ni desde el punto de vista biológico ni desde el punto de vista de la voluntad procreacional, dado que ha manifestado su libre consentimiento al respecto. Y en este caso se está retribuyendo un servicio, el servicio de gestación... entiendo que debe garantizarse a todas las personas que lo necesiten el poder hacer uso de esta técnica...RESUELVO: NO HACER LUGAR a la nulidad del convenio ... DETERMINAR que la filiación materna y paterna del niño, corresponde a los Sres. A.C.G. y J.J.F., DNI xxxx, por lo considerado IMPONER a los progenitores, a partir del momento en que su hijo adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional”<sup>5</sup>.

Con anterioridad al caso reseñado, el 25 de junio de 2015 el Juzgado Nacional Civil N° 83, dispuso la inscripción de una niña como hija de un matrimonio que recurrió a la gestación por sustitución. Se acompaña una breve descripción de los hechos.

El matrimonio y la mujer que acepta la implantación en su vientre del embrión fecundado con material genético de la pareja, celebran el “Acuerdo de voluntades maternidad subrogada”, siendo las firmas certificadas por escribano público. Junto con este documento que se presenta en el proceso, se acompaña el informe de la prueba genética donde consta que la niña es hija biológica del matrimonio. La gestante manifiesta que no tiene voluntad procreacional y que ya tiene dos hijas propias. De los hechos surge el conocimiento previo entre la gestante y el matrimonio. La niña nace el 7 de agosto de 2014.

En este contexto, se hace lugar a lo pedido: “Los avances médicos y el desarrollo de nuevas tecnologías no encuentran a la fecha una solución jurídica a la cuestión, como la que nos ocupa, dado que no se encuentra legislada la maternidad subrogada. En función de todo lo hasta aquí reseñado, entiendo, a la luz de las precitadas normas correspondería entonces estar, a lo que surge del convenio de ‘voluntad procreacional’ ... Ante el hecho consumado, el nacimiento y la falta de legislación vigente, considero que es un ‘deber’ del juzgador -en pos de un adecuado y ajustado ejercicio de la magistratura- permitir la realización del interés social en esclarecer la verdadera filiación de los niños, que importa la tutela legal de su derecho personalísimo de conocer los orígenes... Así las cosas, entiendo que ante la inexistencia de conflictos entre las partes intervinientes, merecen

---

<sup>5</sup> Juzgado Familia N°1 Mendoza, 31-07-2015, A.V.O., A.C.G. Y J.J.F.

*otorgarles preeminencia a los principios aquí involucrados como son el interés superior del niño, respecto del Derecho a la Identidad, y a la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia”<sup>6</sup>.*

Con elementos de hecho similares, pero con un camino judicial que se diferencia del caso precedente, se registra el fallo del Juzgado Nacional Civil N° 102 de fecha 18 de mayo de 2015.

De los hechos surge que F. A. C. y M. C. C. impugnan la maternidad de M. L. R. S. respecto de la menor E. C. nacida el 10 de marzo de 2014 y solicitan que se la emplace como hija de la coactora M. C. C. Refieren que comenzaron su relación de pareja en mayo de 2003, e iniciaron la convivencia al año y medio. Ante la imposibilidad de lograr un embarazo y el firme propósito de tener un hijo, la pareja consulta sobre la gestación por sustitución en la India y en Estados Unidos. Ante la imposibilidad económica de asumir una gestación por sustitución internacional, reciben el ofrecimiento de M., la niñera del sobrino de F. con quien mantenían un fuerte vínculo afectivo desde hace años. Manifiesta su disposición para llevar adelante el embarazo del embrión fecundado con material genético propio de la pareja. El 26 de junio de 2013 se utilizó la técnica de fecundación “in vitro” y se transfirió a M. el óvulo fecundado. Luego de nacer la hija fue reconocida por F., siendo emplazada en el vínculo materno como hija de M., conforme lo que disponía el art. 242 del Cód. Civil. El juez hace lugar a la demanda: *“La acción de impugnación de maternidad deducida por los padres biológicos de una niña contra la madre gestante, quien aceptó de forma libre y espontánea que el óvulo fecundado con el material genético de aquéllos fuera implantado en su cuerpo, debe admitirse y, en consecuencia, desplazarse del estado de madre a esta última y emplazar a la genética, en tanto la circunstancia de que la niña haya sido deseada por aquellos, quienes asumieron y ejercieron la responsabilidad parental desde su nacimiento, hace a su interés superior, el que se complementa con su realidad biológica y su derecho supremo a la identidad... La teoría de la explotación o cosificación de la mujer gestante, mediante la cual se rechaza la gestación por sustitución queda desvirtuada cuando se trata de un acuerdo voluntario y libre que, al no conllevar un interés económico por tener su base en el vínculo afectivo de las partes, tampoco puede tacharse de inmoral... El Código Civil y Comercial próximo a entrar en vigencia prevé que la filiación puede tener lugar por naturaleza, por técnicas de reproducción asistida y por adopción y admite, en consecuencia, la impugnación de la filiación originada en técnicas de reproducción asistida con las limitaciones que impone — arts. 576 y ss.”<sup>7</sup>.*

Cerramos esta reseña, con el primer caso en el que se hace lugar a la inscripción en el doble vínculo de un niño nacido a través de una gestación por sustitución.

El 18 de junio de 2013, el Juzgado de 1° Instancia en lo Civil N° 86 de Ciudad Autónoma de Buenos Aires ordenó la inscripción de una niña como hija del matrimonio<sup>8</sup>. Atento los hechos, la mujer cursó dos embarazos que no llegaron a término. En el segundo embarazo que transcurrió durante el año 2010 y se interrumpió en una fecha cercana a la

---

<sup>6</sup> Juzgado Civil N° 83, 25/06/2015, “NN o s/ Inscripción de Nacimiento”, Infojus.

<sup>7</sup> JNCiv. N° 102, 18/05/2015 - C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad, LA LEY2015-C, 522.

<sup>8</sup> Juzgado de 1ra. Instancia en lo Civil N° 86, 18/06/2013 – N. N. o D. G. M. B. M. s/inscripción de nacimiento -, en La Ley 2013-D, 195.

probable de parto, deriva en una intervención quirúrgica en la que se le extirpa el útero. En paralelo a la inscripción del matrimonio en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines de Adopción, se informan sobre la gestación por sustitución fuera del país, descartando esta última posibilidad por razones económicas. Una amiga, separada de hecho desde el año 2001 y con dos hijos de 18 y 21 años, se ofrece voluntariamente y sin exigencia de retribución a gestarlo en su vientre. Mientras la gestante que cuenta con el apoyo de sus dos hijos, se somete a un tratamiento terapéutico; el matrimonio a través de una fertilización “in vitro” logra un embrión que se implanta en el útero de la amiga común, lográndose el embarazo en el primer intento. La niña nace el 19 de abril de 2012 y en el certificado de nacimiento se enuncia como madre a la gestante, pero no se la inscribe en el Registro y, por tanto, la niña carece de partida de nacimiento y de documento nacional de identidad.

Conforme los hechos, el caso se ajustaba a lo dispuesto en el art. 562 del Proyecto y sobre esta base, la jueza ordena la inscripción de la niña como hija del matrimonio: *“La existencia de uniones afectivas donde la reproducción natural no resulta posible, obligan admitir la construcción de un parentesco que no se funde en bases biológicas, sino en la construcción de vínculos basados en la socioafectividad; y cuya construcción dependen de la existencia de una voluntad procreacional, a la que sin duda debe dar una respuesta el ordenamiento jurídico... Por ello y a los efectos de dictar un pronunciamiento que sea útil y efectivo pese a lo observado, debemos retomar en este punto lo referido a la voluntad procreacional del matrimonio, así como también, a no dudar, lo que surge de la correspondencia genética de la nacida con el matrimonio que, en definitiva es coherente con uno de los pilares básicos sobre los que asienta el derecho filial argentino, esto es, la correspondencia de la identidad biológica... en la técnica utilizada se han respetado las bases que se sientan en el proyecto de reforma al Código Civil que..., sin duda opera como una pauta a favor de la petición formulada...”*

La apertura que se abre en la justicia argentina guarda relación con uno de los pilares del Cód. Civil y Com. como lo es el principio de pluralidad, el cual encuentra su manifestación en el reconocimiento de una multiplicidad de tipos de familias lo que permite garantizar el derecho de toda persona a vivir en familia<sup>9</sup>. Al mismo tiempo, este respeto a la diversidad contribuye con la efectividad del derecho a la salud, desde la noción amplia que brinda la Organización Mundial de la Salud que separa y no asocia salud con enfermedad: *“estado de completo bienestar físico, mental y social”*<sup>10</sup>.

No podemos desconocer que cerca de cada uno de nosotros esta realidad existe y desde el Derecho debemos brindar respuestas, más aún cuando, nos encontramos con niños nacidos a través de estos procedimientos. En igual sentido, desde la psiquiatría y psicoanálisis se ha dicho: *“... La maternidad por sustitución en la Argentina es una realidad. Está ocurriendo de manera no regulada, generando numerosos sufrimientos para los pacientes. Como todo nuevo tratamiento médico, cuando aparece, necesita de un*

---

<sup>9</sup> Con esta dimensión se recoge en el sistema que se proyecta el derecho a la vida familiar, consagrado en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>10</sup> Por su importancia, corresponde señalar dos casos que llegaron a conocimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los cuales por una cuestión de espacio no pueden ser objeto de estudio en este trabajo: “Labassee c. Francia” (demanda n° 65941/11) y “Menesson c. Francia” (demanda núm. 65192/11), resueltos por el Tribunal el 26 de junio 2014.

tiempo para ser aceptado. En este y en otros tratamientos de reproducción asistida, cuya consecuencia no es sólo un resultado médico. Sino que produce cambios fundamentales en la familia y en el parentesco, las reacciones adversas son esperables... podemos decir que la maternidad, la paternidad y la estabilidad emocional que un niño necesita para su bienestar están más relacionados con su historia, con la personalidad de sus padres y el afecto que éstos le brinden que con las circunstancias de su concepción”<sup>11</sup>.

## 2. El derecho a la identidad

### 2.1 Su encuadre y dimensiones

El derecho a la identidad ha sido considerado desde que en el sistema de fuentes interno se consolida la Doctrina internacional de los derechos humanos, como un derecho humano personalísimo de especial consideración, por cuanto se despliega en el devenir de la persona.

Es por ello, que la identidad puede ser entendida como un proceso o camino que se inicia con la concepción y termina con la muerte, siendo la verdad biológica el primer eslabón de esta cadena y no el único eslabón que integra este derecho<sup>12</sup>y<sup>13</sup>. En referencia a

---

<sup>11</sup> BARÓN, Luisa, *Maternidad subrogada: aspectos emocionales de la pareja, la madre subrogada y el niño nacido*, “Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia”, N° 63, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 43.

<sup>12</sup> KRASNOW, Adriana Noemí; *La filiación y sus fuentes en el Derecho argentino. La carencia normativa en la procreación humana asistida*, en Actualidad Jurídica de Córdoba, Año V, Vol.57, Enero 2009, pp. 6205-6218; *El derecho a la identidad en la procreación humana asistida*, en LL 2007-F, 1224; *La búsqueda de la verdad real: ¿debilita la defensa de la cosa juzgada en el proceso de filiación por naturaleza*, en LL Litoral 2007, 834 y *El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límite en el tiempo*, en LL 2007-F, 1224; *La medida autosatisfactiva como recurso que permite acceder al conocimiento de la realidad de origen sin impactar en el vínculo filial*, en “Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia”, N°39, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, pp. 45 y ss.; *Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

<sup>13</sup> Sobre derecho a la identidad, ver entre otros: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa; *Ley de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes. Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2007; RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *El derecho a la identidad en materia filiatoria*, en “El Derecho de Familia en Latinoamérica 2”, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2012, Vol. 2, pp. 907-922; BÍSCARO, Beatriz, *El derecho a la identidad, el nombre y la familia*, en “La familia en el nuevo derecho”, dir.: Aida Kemelmajer de Carlucci y coord.: Marisa Herrera, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, T. II, pp. 93-111; HERRERA, Marisa; *El derecho a la identidad en la adopción*, Buenos Aires, Universidad, 2008; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa; *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006, T.II; LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo; *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; *El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/02/2003, en el caso Odièvre c/Francia*, en “Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia”, trab. cit.; DUTTO, Ricardo; *El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas*, en “Revista de Derecho Procesal. Derecho Procesal de Familia – II”, 2002-2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, pp. 143 y ss.; CHIERI, Primarosa y ZANNONI, Eduardo; *Prueba del ADN*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 183 y ss.; ZANNONI, Eduardo; *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T.II, 4º edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 325, *Adopción plena y derecho a la identidad personal. (La “verdad biológica”: ¿nuevo paradigma en el derecho de familia?)*, en “Libro de Ponencias X Congreso Internacional de Derecho de Familia”, Mendoza, 1998 y *Adopción plena y derecho a la identidad personal*, en LL 1998-C, 1179; BELFORTE, Eduardo y ZENERE, Gisela; *Derecho a la identidad*, en JA 1997-I-843; D’ANTONIO, Daniel H.; *El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor*, en ED 165-1297; LLOVERAS, Nora; *La identidad personal: lo dinámico y estático en los derechos del niño*, en “Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria

la importancia que representa el dato biológico como cimiento necesario en la construcción de la identidad, cabe recordar el voto en disidencia de Petracchi en el caso “Muller”<sup>14</sup>.

De este pensamiento se infiere la importancia que tiene para el sujeto conocer sus orígenes para el desarrollo de su personalidad en el tiempo.

Atento lo precedente, si entendemos a la identidad como un proceso que no se reduce al dato biológico, sino comprende un conjunto de aspectos que acompañan a la persona durante su existencia, debemos seguir la distinción que hace Fernández Sessarego<sup>15</sup> entre dimensión estática y dimensión dinámica de la identidad.

La dimensión estática se integra con aquellos elementos que no se modifican sustancialmente en el tiempo y que refieren a la identificación del individuo, como la filiación, el nombre, datos respectivos a su nacimiento; mientras que la dimensión dinámica comprende el conjunto de atributos y características que permiten diferenciar al sujeto en la sociedad y que resultan variables en el tiempo (intelectuales, morales, culturales, religiosas, profesionales, políticas). Advertimos que estas dimensiones funcionan de manera interdependiente no siendo posible su escisión por conformar juntas la identidad.

Completa este encuadre, la clasificación que hace Zannoni<sup>16</sup>, quien desde una perspectiva jurídica entiende que la identidad comprende tres aspectos<sup>17</sup>: a) *Identidad personal en referencia a la realidad biológica*: derecho de toda persona a conocer su origen biológico, su pertenencia a determinada familia y el derecho a ser emplazado en el estado de familia que le corresponde de acuerdo a su realidad biológica, distinguiendo en este ámbito: identidad genética e identidad filiatoria; b) *Identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona*: comprende los rasgos externos de la persona que la individualizan e identifican, como: los atributos de la personalidad, la propia imagen, entre otros; c) *Identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona*:

---

de doctrina y jurisprudencia”, N°13, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 71 y ss.; OTEIZA, Eduardo; *La doctrina de la Corte Suprema sobre el derecho del niño a conocer su identidad, la adopción y las facultades instructorias de los jueces penales*, en LL, ejemplar del 3 de octubre de 1991; MENDOZA, Elena; *El derecho a la identidad, artículo 8 de la CDN*, en “Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia”, N°10, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, pp. 59 y ss.; CIFUENTES, Santos; *El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido*, en LL 2001-C, 759; LÓPEZ FAURA, Norma; *El derecho a la identidad y sus implicancias en la adopción*, en “Los derechos del niño en la familia”, dir.: Cecilia Grosman, Buenos Aires, Universidad, 1998, pp. 151 y ss.; OPPENHEIM, Ricardo E.; *¿De qué hablamos cuando nos referimos al derecho de identidad en los casos de fecundación humana asistida?*, en ED 163-989; LEVY, Lea e IÑIGO, Delia; *Identidad, filiación y reproducción humana asistida*, en “Bioética y derecho”, coord.: Nelly Minyersky y Salvador Bergel, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, pp. 259 y ss.; GUTIERREZ, Delia; *Derecho a la identidad versus derecho a la intimidad*, en LL 1996-C, 1376; GROSMAN, Cecilia P.; *El derecho infraconstitucional y los derechos del niño*, en “Libro de Ponencias del Congreso Internacional sobre la Persona y el Derecho en el Fin de Siglo”, Santa Fe, 1996, pp. 240 y ss.

<sup>14</sup> “... conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende... El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuestas a esos interrogantes vitales... Conocer la verdad permite elaborar un proceso de crecimiento y estructuración del psiquismo”. CSJN, 13/11/90, en LL 1991-B, 473 y ED 141-263.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 113 y ss.

<sup>16</sup> ZANNONI, Eduardo y CHIERI, Primarosa; *Prueba del ADN*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 183 y ss.

<sup>17</sup> A las tres dimensiones hace referencia los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

realización del proyecto existencial de la persona, como creencias, pensamientos, ideologías, costumbres.

Lo descripto permite concluir que el dato biológico es uno de los elementos que integran el derecho a la identidad, pero no el único<sup>18</sup>.

### **3. A modo de cierre: gestación por sustitución y derecho a la identidad**

Del marco que precede, puede concluirse que resulta perfectamente posible garantizar el derecho a la identidad de la persona nacida por medio de una gestación por sustitución. La antecedentes jurisprudenciales que hemos descripto lo reflejan. Esta aclaración se corresponde con la diferenciación que corresponde hacer entre dos derechos humanos autónomos: el derecho a la identidad y el derecho a la filiación, entendiendo por este último el derecho de la persona de alcanzar un emplazamiento en el doble vínculo.

Cuando los progenitores no cumplan con el deber de informar al hijo la verdad acerca de su origen, éste tendrá durante toda su vida la facultad de recurrir a la justicia para el planteo de una acción autónoma sin que la situación necesariamente se enmarque en algunos de los supuestos de acceso a la identidad reconocidos en el art. 564 del Cód. Civil y Com.

En efecto, compartimos con cierto reparo, el criterio seguido en la norma respecto al acceso a la verdad de origen en las prácticas heterólogas: “... *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).

En relación al primer supuesto, la versión original de lo que fuera el Proyecto, adhería a la tendencia seguida en el Derecho comparado cuando se reconoce el acceso a datos que coadyuven a superar el riesgo en la salud de la persona; mientras que la versión que recibe media sanción en la Cámara de Senadores y que se traslada al Código, reemplaza *riesgo para la salud* por *relevante para la salud*. Esta modificación a nuestro entender no se limita a un mero cambio de término sino que dice mucho más, puesto que la palabra *relevante* permite comprender una multiplicidad de supuestos que excede el riesgo, pasando a depender su alcance en cada situación de cómo lo interprete el centro de salud que intervenga.

Respecto al segundo supuesto, entendemos que la responsabilidad que se traslada al juez puede derivar en soluciones disvaliosas, por las consideraciones siguientes: a) delegar en éste la evaluación de razones debidamente fundadas que puedan justificar el acceso a la identidad del donante, dejará librada la mayoría de las veces esta posibilidad a sus convicciones internas y valoraciones; b) la discrecionalidad de la autoridad judicial puede

---

<sup>18</sup> Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, artículo 3: “*Cada individuo posee una configuración genética característica. Sin embargo, la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y conlleva además una dimensión de libertad*”.

conducir a situaciones de desigualdad; c) se torna excesivo trasladar en su persona una responsabilidad de tal magnitud.

Atento las consideraciones expuestas, recomendamos una revisión de estos supuestos. Nos inclinamos a pensar que al contar en el presente con un Código cuyo pilar es la protección de la persona y sus derechos, corresponde no establecer distinciones entre las fuentes de la filiación en lo que refiere al acceso a la verdad de origen. Así como, la norma introduce en la adopción, la posibilidad de plantear una acción autónoma destinada a la efectividad del derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica (art. 596), corresponde hacer lo mismo en la filiación por TRHA. Abrir las puertas a esta posibilidad, en nada afectará el emplazamiento filial que en esta fuente siempre responderá al elemento volitivo<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> KRASNOW, Adriana N.; “El derecho a la identidad en la filiación por naturaleza y en la filiación por TRHA” (Capítulo IX), *Tratado Derecho de Familia*, Adriana Krasnow (dir.) – Rosana Di Tullio Budassi y Elena Radyk (coord.), La Ley, Buenos Aires, Tomo III, 2015, pp. 428 a 430.