

IDENTIDAD Y FILIACIÓN ANTE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Autores: Jorge Nicolás Lafferriere¹ y Daniela Beatriz Zabaleta²

Resumen

La presente ponencia considera algunos aspectos de la regulación de la filiación en el nuevo Código Civil y Comercial (ley 26994) a la luz del derecho a la identidad. Se señalan algunos problemas metodológicos y de fondo en relación a la regulación establecida para las técnicas de reproducción humana asistida. En relación al texto aprobado, se realizan algunas consideraciones sobre la necesidad de un mayor resguardo del derecho a la identidad y se formulan algunas propuestas.

1.- La regulación de la filiación en el Código Civil y Comercial: aspectos metodológicos en torno al derecho a la identidad

El Código Civil y Comercial (ley 26994) introdujo grandes cambios al sistema filiatorio hasta entonces vigente en la República Argentina. A partir del 1° de agosto de 2015, tres son las fuentes de filiación que pueden verificarse en nuestro Derecho (art. 558), a saber: 1) por naturaleza; 2) por adopción; y 3) la habida por medio del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida – en adelante TRHA–.

De las tres fuentes filiatorias, la filiación por adopción es la que mayores similitudes presenta con la habida por medio de TRHA. En ambas, el nexo biológico no es el factor determinante del vínculo jurídico. Pero, mientras que la adopción aparece como un remedio jurídico para la protección y arraigo familiar de menores abandonados o desamparados, la filiación por voluntad procreacional es producto del mero deseo de personas adultas, sin consideración de los menores involucrados.

Consecuentemente, en la adopción la disociación que se produce respecto de la maternidad y paternidad biológica es sobreviniente al momento de la concepción, situación que no se verifica en las TRHA donde la disociación necesariamente se produce de manera previa a la concepción. Esta circunstancia se refleja en el diverso tratamiento que recibe una y otra fuente filiatoria.

Así, si bien metodológicamente la filiación es tratada en el Título V del Libro II del Nuevo Código, la adopción recibe un tratamiento autónomo en el Título VI del mismo Libro. Esta distinción genera algunas dudas interpretativas, en razón de la importancia que tienen en el

¹ Profesor Titular Ordinario de Principios de Derecho Privado e Instituciones de Derecho Civil (UCA), Profesor Adjunto de Elementos de Derecho Civil (UBA), Director del Centro de Bioética, Persona y Familia.

² Adscripta docente de la cátedra “Ética Social y Profesional” (Pontificia Universidad Católica Argentina), maestranda en Derecho Civil Patrimonial (UCA), miembro del Centro de Bioética, Persona y Familia.

nuevo Código las reglas generales. Nótese, por ejemplo, que el Título V comienza con “reglas especiales” para la fuente de filiación habida por TRHA, sin incorporar “reglas comunes” a todas las fuentes filiatorias; mientras que el Título VI sobre adopción se abre con “principios generales”.

Uno de estos “principios generales” a que se hace referencia en el Título VI es el derecho a la identidad. Específicamente se dice que “*La adopción se rige por los siguientes principios (...) b) el respeto por el derecho a la identidad*” (conf. art. 595 inciso b). En cambio, cuando en el Título V se regula la filiación habida por medio de las TRHA, el derecho a la identidad no es mencionado ni en las disposiciones generales ni en las reglas especiales atinentes a las TRHA. Ello parece no solo un error metodológico sino una omisión que incumple con los estándares de la Convención sobre los Derechos del Niño. Con estos antecedentes, llamamos la atención, por tanto, sobre la omisión del derecho a la identidad en esas reglas comunes a todas las formas de filiación.

Asimismo, puede observarse un diverso tratamiento legislativo entre una y otra fuente filiatoria. Mientras que en materia de adopción se prevé que los adoptantes tienen la obligación legal de hacerle conocer la circunstancia de su adopción adoptado y que éste, a su vez, tiene el derecho de conocer quiénes son sus progenitores biológicos; en los artículos dedicados a la regulación de las TRHA no se estipula una norma semejante, con excepción de lo que dispone el artículo 564 que luego analizaremos.

Finalmente, cabe destacar que aún en el caso de la adopción plena se contempla la posibilidad de subsistencia de un vínculo jurídico con la familia de origen (art. 621), lo cual es inconcebible en materia de TRHA dada la virtualidad que se le concede a la voluntad procreacional.

2. Las reglas especiales para la filiación por las TRHA

La filiación habida por medio del empleo de las TRHA surge del consentimiento informado, previo y libre que prestan quienes encargan su realización (“comitentes”).

Conforme el artículo 560, el centro de salud interviniente en el proceso es el encargado de reunir el consentimiento y, una vez prestado, debe protocolizarse por ante notario o certificarse ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción, debiendo renovarse cada vez que se proceda a la utilización de los gametos o embriones. En el mismo sentido, el artículo 561 señala a ese consentimiento como “revocable”.

Cumplido tales recaudos, e inscripto el consentimiento en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, quien nazca por medio del empleo de una TRHA será considerado hijo de la persona que da a luz y de la otra persona que prestó su consentimiento para que la técnica se realice (art. 562). Este es el consentimiento que crea el vínculo filiatorio y que el artículo 562 llama “voluntad procreacional”, con clara alusión a que es el elemento volitivo el que tiene virtualidad suficiente como para crear el vínculo filiatorio. Consecuentemente, para la redacción del nuevo CCyC no importará el nexo biológico existente entre quien aportó los gametos para que la TRHA se realice y quien fue concebido por ella. De allí que el artículo 562 exprese que habrá filiación “*con independencia de quién haya aportado los gametos*”.

Consecuentemente, a partir de la entrada en vigencia del nuevo CCyC, nuestro ordenamiento positivo admite tanto las llamadas TRHA “homólogas” como las “heterólogas”, siendo las primeras aquellas en las cuales los gametos femeninos y masculinos utilizados pertenecen al varón y a la mujer que encargan la técnica y las segundas las que se verifican cuando los mismos pertenecen a un tercero (“donante”).

La legalización de dichas TRHA heterólogas conlleva una seria afectación al derecho a la identidad de quien nace de su empleo, puesto que, como dijimos, el vínculo filiatorio no se acuerda entre quienes poseen una conexión biológica –es decir, el donante y el niño–, sino entre quienes encargan la técnica (“comitentes”) y quien nace de ella, produciéndose de este modo una ruptura de la unidad de los estratos de la identidad del niño³. De allí que muchas veces se hayan señalado distintos problemas vinculados con las técnicas heterólogas –al igual que con las técnicas extracorpóreas en general–, que si bien exceden el ámbito de la presente ponencia que se circunscribe al tema del derecho a la identidad, no debemos dejar de soslayar.

3. El derecho a la identidad y la dación de gametos en las TRHA

La utilización de gametos de terceros plantea muy diversos problemas. En específica relación al derecho a la identidad, la cuestión a dilucidar es si ese niño se encuentra legitimado para conocer la identidad de su progenitor genético y, en tal caso, las diferentes alternativas que ello puede conllevar, las cuales van desde el mero hecho de conocer su identidad hasta el mantenimiento de contacto, o aún más, la posibilidad de iniciar acciones filiatorias. En esta ponencia, nos concentraremos únicamente en el primer aspecto, es decir la posibilidad de conocer la identidad del dador de gametos, aunque dejamos abierto el segundo aspecto mencionado para ulteriores desarrollos.

La disposición que se ocupa del tema es el artículo 564 el cual reza: “*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*”.

Como puede apreciarse, la norma mencionada establece un sistema de anonimato parcial o intermedio que determina en qué casos puntuales pueden las personas nacidas a través del empleo de una TRHA heteróloga conocer la información relativa a los datos médicos e identificatorios del donante. Lo primero es posible con la sola petición del interesado al centro de salud cuando ello sea relevante para su salud, compartiendo el criterio de quienes sostienen que no es necesario ser mayor de edad para formular tal petición.

En cambio, para que el nacido tenga acceso a los datos identificatorios de su donante (inciso b) del artículo 564), se exige la promoción de un procedimiento judicial, que si bien habrá de tramitar por el procedimiento más breve que prevea la ley local exige “razones

³ En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2011 (Tucumán), se aprobó por unanimidad el siguiente despacho: “Los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica). Ver Basset, Úrsula C., “Derecho del niño a la unidad de toda su identidad”, La Ley, 2011-1005.

debidamente fundadas". Pensamos que supe tal requisito la sola invocación del derecho a la identidad por parte del peticionante puesto que su afectación es harto evidente.

De raigambre constitucional⁴, el derecho a la identidad supone la potestad subjetiva que asiste a toda persona de saber quién es⁵. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho 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 efectivo*"⁶.

La posibilidad de "*conocer la propia historia filial*" a que se hace mención en la cita transcrita es lo que suele conocerse como "derecho a conocer los orígenes". Para una parte de la doctrina, este derecho se encuentra "*subordinado "al orden general de la filiación y la familia"*", rechazando quienes adhieren a este postura su configuración como "*un derecho autónomo e independiente de la acción filiatoria y sus efectos*".

La tesis contraria sostiene que el conocimiento de la propia génesis es un derecho absoluto e irrenunciable, "*anterior y superior jurídica y axiológicamente al de la familia o a los terceros que no merezcan aquella calidad*"⁷, reconociendo en toda persona "*la posibilidad*

⁴ Así lo admitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación con base en el art. 33 de la Carta Magna (Fallos: 318:2158), y luego de la reforma constitucional, con la incorporación al art. 75 inciso 22 de los diferentes tratados internacionales suscriptos por nuestro país (Fallos: 321:2767). "*En los Tratados Internacionales, incorporados al orden jurídico argentino -art. 75, incs. 22 y 23 de nuestra Ley Fundamental- encontramos normas relativas y específicas al respeto, así podemos mencionar la Convención sobre los Derechos del Niño en sus arts. N° 7° y 8°; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como "Pacto de San José de Costa Rica"; Declaración Interamericana de los Derechos de la Familia (AG/res. 678 XIII-0/83). Asimismo en nuestras Constituciones Provinciales, también se encuentran disposiciones receptoras de ese respeto por la persona, por el niño y la familia. A modo de ejemplo podemos mencionar la nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires (reformada en 1994) se ha reconocido expresamente el derecho a la identidad personal, al formular categóricamente en el capítulo referido a los derechos y garantías personales -art. 12, punto 2-: La persona tiene derecho a: "A conocer la identidad de origen" y al referirse a los Derechos sociales, tal como titula el capítulo, en el art. 36 (punto 1 y 2), toma a la familia y a la niñez (amén la mujer, a la tercera edad, etc. ...) como sujetos de derechos que deben ser protegidos". Cámara de CCivComAzul, SalaI, 25/08/2011, S. M. C. c. A L. M. A. y otra s/ filiación en LLBA2011 (noviembre), 1121 - DJ15/02/2012, 86, cita online AR/JUR/52252/2011*

⁵ "*El "saber quién soy", que expresa el contenido esencial (Wesensgehalt) del derecho a la identidad, tiene alcances mucho más amplios que se derivan de la propia dignidad de la persona humana, abarcando -entre otros- el derecho "a reconstruir la propia historia" familiar (vide "Urteaga", Fallos, 321:2767, voto del juez Petracchi), toda vez que -sin atisbo de duda- "los vínculos jurídicos familiares, que determinan el estado de familia, integran la identidad de la persona (De Cupis, "Ildiritto dellapersonalita", t. II, N° 142, Ed. Milano, 1982; Francois Terré y Dominique Fenouillet, "Droit Civil. Les personnes. La Famille. Les incapacités", N° 125 y sigtes., Ed. Dalloz, 6a. ed., París, 1996)", tal como lo expresara el juez Bossert en la misma causa "Urteaga", incluyendo "sin lugar a dudas el poder conocer lo sucedido a sus familiares" (vide "Engel", Fallos, 322:1478, dictamen del señor Procurador General; también su dictamen en Fallos, 322:1754)". Cit. CSSantaFe30/11/2004, L., A. K. en LLLitoral 2005 (junio), 438, con nota de Mirta H. Mangione Muro; DJ 2005-2, 715, con nota de Mirta H. Mangione Muro; cita online: AR/JUR/4335/2004*

⁶ <http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr705.cfm>-

⁷ DI LELLA, "*Paternidad y pruebas biológicas*", pág. 86, Rivera-Córdoba "*Derecho a la identidad...*" ED 158-462

de iniciar una acción de conocimiento de la realidad biológica, en forma autónoma e independiente a la acción de filiación”⁸.

Creemos que existe un sólido e irrefutable fundamento para sostener que la persona tiene derecho a conocer su identidad en todos sus alcances. No encontremos impedimentos para que quien nazca del uso de una TRHA pueda iniciar judicialmente un procedimiento tendiente a conocer la identidad del donante y que baste para acreditar las “razones debidamente fundadas” a que hace referencia el artículo 564 del CCyC la invocación por parte del nacido de su derecho a la identidad, y más precisamente de su derecho a conocer sus orígenes.

Ciertamente, como ya adelantamos, queda abierta la pregunta referida a la filiación. El nuevo CCyC veda completamente y en forma reiterada la posibilidad de iniciar acciones filiatorias en los casos de TRHA⁹. Nos preguntamos si tal disposición es conforme al derecho a la identidad. Ello supone profundizar la noción de filiación y sus problemáticas jurídicas, asunto que excede el acotado alcance de esta ponencia.

Finalmente, nos parece oportuno llamar la atención sobre dos puntos omitidos por el CCC. Por un lado, el deber de los padres de informar el origen concepcional a sus hijos. Por el otro, el deber de los establecimientos de conservar la información relativa a los dadores de gametos.

4. Conclusiones

De los desarrollos precedentes, concluimos:

Se recomienda incorporar de forma explícita el interés superior del niño y el derecho a la identidad como principios rectores comunes en las normas sobre filiación.

Las normas sobre técnicas de reproducción médicamente asistida incluidas en el nuevo Código Civil y Comercial presentan múltiples problemas éticos y jurídicos y se recomienda su modificación. En especial, y sin perjuicio de las observaciones de fondo que merecen las técnicas, afectan el derecho a la identidad de las personas concebidas por estas técnicas, en tanto legitiman una ruptura de la unidad de los estratos de la identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica).

En relación al Código Civil y Comercial vigente, la información relativa a los datos médicos del donante (art. 564 inciso a) debe darse a conocer con la sola petición del interesado al centro de salud cuando ello sea relevante para su salud. No es necesario ser mayor de edad para formular tal petición.

La información relativa a la identidad del donante requiere la promoción de un procedimiento judicial que habrá de tramitar por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

⁸Cám. Nac. Civ. Sala J, public. en LA LEY, 2001-C, 761, DI LELLA obra cit.

⁹ Adviértase que, en una controversial norma, aún en el caso de la adopción plena se contempla la posibilidad de subsistencia de un vínculo jurídico con la familia de origen (art. 621). Las marcadas diferencias entre la regulación de las TRHA y la de la adopción las hemos tratado en un trabajo publicado en www.centrodebioetica.org sobre “El nuevo Código Civil y Comercial y la bioética”, Agosto de 2015.

La sola invocación del derecho a la identidad del concebido por el empleo de la técnica de reproducción humana heteróloga resulta una “razón debidamente fundada” en los términos del artículo 564 inciso b del CCC.

Es deber de los padres informar al niño con edad y grado de madurez suficiente su origen concepcional.

Es deber del Establecimiento la conservación de los datos de identificación de los dadores de los gametos en los casos de TRHA.