

EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Autora: Florencia Luciana Martin*

Resumen:

El deber del ordenamiento legal positivo es ponderar y evaluar los intereses en juego. En pro del efectivo funcionamiento de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la eficacia de ellas, resulta razonable no otorgarle al niño concebido la acción jurídica que lo habilite a impugnar su filiación o demandar al donante. Sin embargo, su derecho inalienable a conocer su identidad biológica no es siquiera discutible. Con arreglo al principio del interés superior del niño, el nuevo Código Civil y Comercial debería reconocer expresamente el derecho de todo nacido mediante TRHA, con edad y grado de madurez suficiente, a obtener de modo ilimitado la información completa acerca de sus orígenes: sus lazos genéticos y su modo de concepción, incluida la individualización del donante de gametos.

1. Planteo de la cuestión

Si bien es loable que la legislación argentina haya dado pasos decisivos en pos de tutelar todas las variantes de modelos de familias, y las nuevas posibilidades que el avance de la ciencia ha permitido en materia de procreación, ciertas estipulaciones introducidas por el CCCN en referencia a las TRHA como nuevo tipo filial atentan directamente contra el derecho a la identidad de los nacidos bajo este régimen.

El primer punto crítico aparece cuando tratamos de determinar cuáles resultan ser los intereses protegidos y cuáles *deberían serlo*.

Resulta evidente que el criterio adoptado es absolutamente adultocéntrico y con la exclusiva mirada en la necesidad o el deseo de ser padre o madre, sin tener en consideración los derechos del niño que ha de nacer conforme a estas prácticas, especialmente en lo referente a su derecho a la identidad, a conocer su origen, cuyo ejercicio queda supeditado a determinadas circunstancias.

2. La identidad como derecho tutelado

El derecho a la identidad es uno de los derechos fundamentales que debe reconocerse al ser humano. Se lo considera prioritario, esencial, ya que sin él se ven menoscabados otros derechos fundamentales que han sido reconocidos por los juristas en el último siglo. Se deriva de la dignidad inherente al ser humano, perteneciéndole a todas las

* Estudiante, Universidad Abierta Interamericana. Con aval de Leandro Martín Merlo, Especialista en Derecho de Familia. Profesor adjunto, Universidad Abierta Interamericana en Derecho de Familia y Derecho Sucesorio. Jefe de Trabajos Prácticos UBA Derecho de Familia.

personas sin discriminación, estando en manos del Estado la obligación de garantizarlo mediante la ejecución de todos los medios que disponga para hacerlo efectivo.

Así, de hecho, lo ha entendido la SCBA: "Es la propia sociedad la que ha encargado al Estado tanto nacional como provincial la adopción de expresas y efectivas acciones positivas tendientes a determinar la identidad de origen, filiatoria y familiar de los individuos, y en especial, de los niños".¹

Se trata de un derecho humano complejo, que comprende derechos correlacionados: a tener un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha definido "como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso"². Siguiendo la misma idea, afirma que "la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez".³

Cabe destacar, que de esta manera se cataloga al derecho a la identidad del menor como un interés jurídico superior que prevalece sobre otros intereses jurídicos, ya sean, de terceros, de sus padres o del mismo Estado.

Ya nuestra Constitución Nacional de 1853 contuvo disposiciones protectoras del derecho a la identidad. La cláusula de garantía del art.33 lo reconoce implícitamente; y en el art 75, sus inc. 17 y 19 plasman la importancia de respetar la identidad cultural de las provincias y de los pueblos indígenas.

Sin embargo, es en la reforma de 1994 que se introducen elementos trascendentales para la protección este derecho. Allí, se lo recepta en el art.75 inc. 22 CN a través de diversos instrumentos internacionales incluidos y dotados, por tanto, de jerarquía constitucional, tales como: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y, especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño.

Si bien la Declaración Americana de los Derechos Humanos no lo menciona explícitamente, si incluye el derecho al nombre (art.18), el derecho a la nacionalidad (art.20), y el derecho relativo a la protección de la familia y derechos del niño (art.17 y 19).

Razonamiento similar se aplica al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que si bien tampoco reconoce expresamente el derecho a la identidad declara

¹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. "F. S. B. c/G. G. D. s/ Filiación" – 27/8/2008.

² CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, "Gelman vs Uruguay", 24 de Febrero de 2011, n°122.

³ CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, "Fornerón e Hija vs Argentina", 27 de Abril de 2012. Caso n°242

en su art. 16 que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Es evidente de que para que exista reconocimiento de la personalidad jurídica debe existir conjuntamente el derecho a la identidad que haga efectivo ese derecho. Además, su art. 24 establece que "[...] Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad". Esto último, implica como es lógico, la existencia de un registro e identificación apropiado, accesible, seguro y efectivo en el marco de las legislaciones internas a fin de asegurar la correcta acreditación de identidad.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño es el mayor referente de protección. Establece expresamente que: "Los Estados Partes, se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas". Y agrega, "Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad" (art. 8 CDN)

Al mismo tiempo, consagra en su art 3 inc. 1, el principio del interés superior del niño: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, *una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*".

Este principio garantista es un eje fundamental en nuestro sistema legal. "Su importancia y trascendencia jurídica resulta indiscutida en el estado actual de las leyes, así como en la doctrina autoral y jurisprudencial. La Corte Suprema de Justicia de la Nación lo aplica reiteradamente, [...] con el alcance prescripto en el derecho positivo, particularmente por imperio de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño que lo consagra expresamente"⁴

La introducción de los textos de los derechos humanos, sociales y culturales indudablemente amplia en mucho el espectro de la protección del derecho a la identidad.

Tal como se ha sostenido, "la Convención de los Derechos del Niño, no sólo integra el derecho interno, sino que además tiene rango supralegal luego de la reforma de la Carta Magna de la Nación producida en 1994 (art. 75 inc. 22), por lo que no puede invocarse ninguna norma doméstica que eventualmente contradiga lo allí establecido (art. 27, Conv. de Viena). Desde esa perspectiva parece baladí reiterar que dicho documento internacional confiere a los niños el derecho a conocer su filiación de origen (art. 7) y su identidad (art. 8)".⁵

De más está aclarar, que preservar la identidad del niño equivale a un derecho que acompaña a la persona en todas sus etapas de vida y que no se limita a un mínimo de edad.

⁴ SOLARI, Néstor. *Aplicación del interés superior del niño en fallos de la Corte Suprema*. Thomson Reuters. 17 de Junio de 2013. [en línea] Disponible en: <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/17/06/2013/doctrina-del-dia-aplicacion-del-interes-superior-del-nino-en-fallos-de-la-corte-suprema>. Consultado el 21/04/2015

⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, "R., M. E. c/ M., G.R. sobre Filiación" - C. 95.848 - 25/3/2009.

3. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como nuevo tipo filial y los conflictos jurídicos envueltos

3.1. Verdad biológica vs. Voluntad procreacional

Si se analizan los tipos filiatorios según se encuentran regulados en el nuevo Código Civil y Comercial notamos que, tanto en la filiación por naturaleza como en la filiación por adopción, rige el principio de la "verdad biológica". No así, en la filiación mediante TRHA, que prioriza el elemento volitivo.

En este sentido, el art. 562 CCCN establece como regla general 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 [...], con independencia de quien haya aportado los gametos".

De hecho, el artículo 565 CCCN, al referirse a la determinación de la maternidad, omite referirse a los casos de reproducción artificial. El principio general de que la maternidad se determina por dos hechos - la prueba del nacimiento y la identidad del nacido- sólo resulta aplicable a la filiación por naturaleza. En consecuencia, será "madre" del niño quien consienta, independientemente de si aportó sus gametos.

Asimismo, será considerado "padre" aquel que cumplió con el requisito del consentimiento previo estipulado en el artículo 560, careciendo de valor legal la presunción que se aplica para el caso de filiación matrimonial por naturaleza (conf. art. 566, 2da parte CCCN), al igual que todo reconocimiento posterior o sentencia en juicio de filiación tal como sucede en la filiación extramatrimonial por naturaleza (conf. arts. 570 y 575 CCCN). Tampoco resulta admisible su impugnación (art. 577 CCCN).

Tal como se advierte, la determinación de la filiación en estos casos, ya sea matrimonial o extramatrimonial, se deriva exclusivamente del consentimiento previo, informado y libre. Éste no hace más que reflejar o instrumentar la denominada "voluntad procreacional" que es el eje del nuevo esquema filiatorio del CCCN, modificando la idea de la verdad biológica como estándar de protección legal.

Se dice que la voluntad procreacional es el elemento central y fundante en estas técnicas, porque es lo que determinará el vínculo jurídico, con total independencia del material genético. En otras palabras, se trata de la búsqueda de la "verdad voluntaria".

En función a este escenario se infiere que el criterio adoptado es absolutamente adultocéntrico.

3.2. El derecho a conocer los orígenes vs. el anonimato en la donación de gametos.

El art. 564 define cual será el contenido de la información a la que tendrá acceso el concebido:

"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 se observa, si bien el principio es mantener el anonimato del donante, se prevé la posibilidad de acceder a la información no identificatoria a través del centro médico cuando sea relevante para la salud; O por vía judicial, a la información identificatoria por razones debidamente fundadas y evaluadas por el juez interviniente. Se restringe, entonces, el derecho a conocer el origen biológico, pues supedita su ejercicio a determinadas circunstancias.

Quienes justifican el anonimato, se basan en argumentos como: la conveniencia de que el hijo no posea legitimación para impugnar la paternidad o reclamar la filiación respecto del donante; evitar una posible pretensión del nacido de demandar al donante ante algún problema de salud de origen genético; O quizás la posibilidad de que sea el donante quien quiera eventualmente, conocer y tomar contacto con el nacido y todo el daño psíquico que esto podría generar.

Estos fundamentos, sin embargo, no alcanzan a soslayar el valor eminente que toda persona tiene de conocer sus propios orígenes biológicos. La posibilidad de que se le permita al nacido acceder a su origen genético no se sigue necesariamente que este dispondrá de la acción jurídica que lo habilite a impugnar su filiación o demandar al donante.

Y aquí está el quid de la cuestión.

No debe confundirse el derecho fundamental y personalísimo del niño a conocer su identidad biológica -su origen-, con el derecho a poseer acción jurídica contra el donante a fin de reclamarle, por ejemplo, un emplazamiento filial, que en todo caso dependerá de una cuestión de política legislativa.

Razonándolo de otro modo, tanto los padres que expresan su voluntad procreacional como el donante que expresa su conformidad saben y aceptan formar parte de estas prácticas. En cambio, el individuo nacido mediante éstas no ha sido consultado y, "en virtud de la dignidad que impregna su ser persona, posee entre sus atributos cardinales el derecho a acceder a su patrimonio genético. Sin ambages, aquellos que han consentido libremente deberán afrontar los conflictos que puedan plantearse como una posibilidad contingente derivada de un acto libre -la fecundación heteróloga- que se asumió como prioritario pero que, como todas las cuestiones que hacen a la vida, conlleva riesgos que han de ser afrontados".⁶

En todo proceso debe primar la verdad jurídica e impedirse su ocultamiento a través de ritualismos puramente formales que solo conducen a la frustración de un adecuado servicio de justicia que resulta garantizado por nuestra ley fundamental.

El derecho a la identidad personal supone para cada individuo el acceso concreto y cierto al conocimiento de su origen biológico con independencia de su filiación. Ese derecho tiene que estar instrumentado en forma tal que no se torne abstracto ni de imposible cumplimiento. Por eso resulta inconstitucional el establecimiento de bancos anónimos de donantes para fecundación asistida.

El derecho a obtener la verdad completa acerca de sus orígenes no es materia opinable, sino un derecho inalienable. "La dignidad de la persona está en juego, porque es la específica 'verdad personal', es la cognición de aquello que se es realmente, lo que todo sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por

⁶ CANO, María Eleonora. *Derecho a la identidad y prácticas de fecundación humana asistida*. En Erreius Online. Diciembre 2013.

proyectos de vida elegidos desde la libertad. Pues ésta es -finalmente- la que resulta mancillada cuando el acceso a la verdad es obstruido. [...]".⁷

3.3. El derecho a la intimidad

Según el artículo 19 de la Constitución Nacional, "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". A partir de ello, se afirma que el ejercicio de la procreación humana es parte integrante de la intimidad.

Ahora bien, cuando la procreación es por medios naturales, esto es indiscutible. Sin embargo, ésta solución no resulta aplicable a la procreación por medios artificiales.

Coincidimos en que "El Estado no debe interferir cuando se ejerce la libertad de procrear por medios naturales, o sea, cuando acontece la reproducción humana en la intimidad; pero no es lo mismo si se acude a métodos artificiales con el auxilio y el concurso institucionalizado de los médicos y los centros de fertilización que operan en el país; ámbito en el que está comprometida la responsabilidad de la sociedad toda, por lo que la cuestión se veda aquí de la mera privacidad".⁸

Resulta insuficiente, por tanto, utilizar el argumento de la intimidad familiar con el fin de restringir el derecho del nacido a conocer sus orígenes. Tal como se ha concluido en las XXIV Jornadas Nacionales, "engendrar un hijo es una acción privada autorreferente sólo en cuanto a la decisión procreativa originaria. De ahí en más concebido el hijo, ninguna supuesta intimidad o privacidad -ni el padre, ni la madre, ni ambos en común- puede alegarse para frustrar los derechos del hijo -ni durante su gestación, ni después de nacido".⁹

3.4. El derecho de igualdad

En lo referente al derecho a la identidad, la desigualdad apuntada se confirma al compararse los tipos filiatorios entre sí.

A los hijos adoptados el nuevo CCCN les garantiza el derecho a conocer los datos relativos a su origen, y el acceso al expediente judicial y administrativo con la mayor cantidad de datos posibles en cuanto a su identidad y datos de la familia de origen (art. 596 CCCN). Esto no sucede con los niños concebidos con gametos de un tercero donante, a quienes se les acuerda un derecho restringido a la información (art. 564 CCCN).

Por otra parte, mientras que en la filiación por naturaleza la maternidad y paternidad puede impugnarse (arts. 588 y sigs. CCCN) y el hijo tiene acciones para reclamar su filiación (art. 582 y sigs. CCCN), los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida, no posee ninguna de ellas si ha mediado el consentimiento previo (art. 577 CCCN)

⁷ CSJN. Voto del Dr. Petracchi en Recurso de Queja por apelación denegada en la causa "M., J. s/ denuncia" del 13/11/90.

⁸ MIZRAHI, Mauricio Luis. *El niño y la reproducción humana asistida*, LA LEY, 30/08/2010.

⁹ XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad de Buenos Aires los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2013.

Al introducirse la "voluntad procreacional" como fuente fundamental para el emplazamiento filial, se está incorporando una distinción entre los niños otorgándoles más o menos derechos en función del modo en que han sido concebidos, de la decisión de los *adultos* sobre el modo de engendrar. Violando principios constitucionales y consagrados en tratados internacionales a los cuáles nuestro país ha adherido expresamente.¹⁰

4. La aplicación del principio del interés superior del niño como solución adecuada a las cuestiones expuestas

Más allá de que puede darse situaciones en las que lo mejor sería no priorizar el vínculo biológico, ésta no debe ser la regla sino una mera excepción y de acuerdo a las circunstancias debidamente evaluadas. En definitiva, lo que siempre habría que valorarse es el interés supremo del niño en cada caso particular.

La Ley 26.994 que aprobó el CCCN, establece en su Art. 5° que “Las leyes que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio, excepto lo establecido en el artículo 3° de la presente ley, mantienen su vigencia como leyes que complementan al Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por el artículo 1° de la presente.”

Dentro de dichas leyes se encuentra la ley 26.061 De Protección Integral de Los Derechos De Las Niñas, Niños Y Adolescentes –que no fue derogada por el Art. 3° de la ley 26994- y que consagra la *aplicación obligatoria* de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ésta “es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.” (art. 2, ley 26061).

Además, desde que se le ha dado jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño, el principio de interés superior del niño (art. 3 CDN) es un criterio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico y un pilar en el derecho de familia. Por consiguiente, en los casos de controversias entre derechos de niños y derechos de adultos, la cuestión debe resolverse en favor de los primeros.

5. Conclusiones

Los avances tecnológicos están trayendo soluciones a problemas que durante mucho tiempo han afligido a los seres humanos. Sin embargo, cada avance tecnológico presenta a su vez nuevos desafíos a resolver, en donde el Derecho como ciencia social debe intervenir para regularlas.

Lo anterior no significa que el Derecho deba intervenir para negar, para impedir, para obstaculizar, sino más bien para llevarnos a un resultado óptimo que evite los problemas originados en el mal uso de las nuevas tecnologías, y en el caso que nos ocupa, proteger de manera integral al ser humano.

¹⁰ BERBERE DELGADO, Jorge Carlos. "El Derecho Filial en el proyecto de Código Civil y Comercial — Nuevos paradigmas". Publicado en DFyP 2012 (julio), 01/07/2012, 141.

Tal como se ha expuesto, al analizar las TRHA como nuevo tipo filial, nos encontramos frente a un instituto regulado de forma tal que no responde al interés superior del niño. No sólo se desplaza el principio de la verdad biológica por la voluntad procreacional, sino que además se limita al nacido el acceso pleno a su origen biológico.

El deber del ordenamiento legal positivo es ponderar y evaluar los intereses en juego. En pro del efectivo funcionamiento de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la eficacia de ellas, resulta razonable no otorgarle al niño concebido la acción jurídica que lo habilite a impugnar su filiación o demandar al donante. Sin embargo, su derecho inalienable a conocer su identidad biológica no es siquiera discutible.

El principio del interés superior del niño es aceptado de manera unánime por toda nuestra doctrina. Parece contradictorio que defendiéndose la preeminencia del interés reconocido no se siga éste hasta sus últimas consecuencias, y se pretenda soslayarlo en base a otras consideraciones de poca fuerza jurídica.

6. Propuesta de lege ferenda

Por todo lo expuesto, se propone de *lege ferenda*, lo siguiente:

- El CCCN debe consagrar de manera expresa el derecho de todo nacido mediante técnicas de reproducción humana asistida, con edad y grado de madurez suficiente, a obtener la verdad completa a cerca de sus orígenes: sus lazos genéticos y su modo de concepción, incluida la individualización del donante de gametos.
- Lo anterior debe coordinarse otorgándole expresamente al concebido mediante las TRHA, la posibilidad de accionar por reclamación al sólo efecto de conocer su identidad sin limitación.